

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO

Biblioteca de Derecho del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Temas de derecho público

Emilio Tafur Charun

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, junio 2023
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-04890

ISBN: 978-612-4400-60-5
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	13
Presentación	15
TEMAS DE DERECHO PÚBLICO	
La desviación de poder	19
Las normas «medida»	33
De los decretos de urgencia en general	49
La importancia de la cláusula de prevalencia en el Estado unitario y descentralizado (El caso del ordenamiento constitucional peruano)	69
La jerarquía de las ordenanzas municipales	105
Disección del artículo viii del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades	121
Las pluralidad de administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial	129
Una ojeada a la competencia administrativa y al interés público	145
Sobre decretos y resoluciones	159
La función constitucional de la ley	181
Algunos apuntes sobre el Decreto Supremo n.º 007-2022-JUS	193
Los privilegios de la Administración Pública (una aproximación)	203
El reglamento y el acto administrativo en cuanto pieza de contraste	211

La mora de la Administración en la dación de reglamentos ejecutivos	219
Acuerdos regionales y acuerdos municipales (vivisección)	233
La distribución de ámbitos materiales entre ley y reglamento en la Constitución de 1958 de la V República francesa	247

APÉNDICE

De los contratos conexos en general	255
El contrato de cuenta corriente mercantil. Análisis de la impronta del Código de Comercio en el vigente derecho de obligaciones y contratos privados	265
Los artículos 1365 y 1398 del Código Civil (causa y buena fe)	281
La independencia normativa de la comisión mercantil	289

A la memoria de mi padre

«One other thing. Before I forget. And listen to me, now, Bessie», he said.
«If you get any more ideas, like last night, of phoning Philly Byrnes' god-
dam psychoanalyst for Franny, just do one thing – that's all I ask. Just
think of what analysis did for Seymour». He paused for emphasis. «Hear
me? Will you do that?».

JD Salinger/ Zoëy

NOTA DEL EDITOR

Emilio Tafur Charun es uno de mis mejores amigos. Lo conozco desde 1982, cuando ambos ingresamos a la Pontificia Universidad Católica del Perú y nos hicimos amigos en 1984, en primer ciclo de Derecho.

Emilio es, ante todo, una gran persona y lo demuestra todos los días con su permanente preocupación por su hijo Emilio Tadeo y por su señora madre, Esther, a quien conozco y por quien guardo mucho cariño desde nuestros años universitarios, ya que en no pocas ocasiones estudiábamos en casa de Emilio, donde también recibíamos la mayor cordialidad de su señor padre, hoy fallecido, el ilustre médico cardiólogo don Emilio Tafur Revilla.

Con Emilio terminamos la carrera de Derecho en diciembre de 1988, junto a compañeros de primera y muy inteligentes, como es el caso de Claudia Teresa Agüero Estremera, Margarita Basay Vega, Luis Carlos Rodrigo Prado, Valentín Paniagua Jara, Ricardo Vásquez Kunze, Christian Schröder Romero, John Sylvester Góngora, Juan Rivadeneira Sánchez, José Álvaro Quiroga León, Daniel Bacigalupo Villanueva, Víctor Carlos Schwartzmann Larco y Álvaro Silva Rüdät (prematuramente fallecido).

Los años universitarios fueron de mucho estudio y, a la vez, compañerismo y generación de muy buenas amistades, de esas que duran para toda la vida, como es el caso de la mía con Emilio.

Pero Emilio también es un notable jurista. Él ya ha escrito dos libros muy importantes. El primero de ellos, titulado *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*, el mismo que fuera publicado el año 2015 dentro de la colección que integra la obra que ahora presentamos. El segundo libro lleva por título *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano* y fue publicado el año 2018 por el Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú.

Emilio, como ustedes conocen, es desde el 2022 colaborador invitado de nuestro Estudio de Abogados y publica constantemente artículos tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, siendo los primeros más numerosos en razón de su especialidad, pero los segundos también acreditan su versatilidad y notable formación jurídica.

Esta abundante producción académica de Emilio lo ha convertido, sin que necesariamente lo haya advertido mucha gente, en uno de los juristas peruanos que más ha escrito (y tan bien) sobre estas materias.

Para nosotros, entonces, es un orgullo el tener a Emilio como autor invitado dentro de la *Biblioteca de Derecho*, la misma que hoy se ve enriquecida con su segundo libro *Temas de derecho público*.

Agradezco a Emilio Tafur Charun por su antigua amistad y lo felicito públicamente por la gran persona y notable jurista que es.

Lima, mayo de 2023
Mario Castillo Freyre*
Director

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

PRESENTACIÓN

Durante el 2019, año del inicio de la pandemia, decidí tomar un *hiatus* en el ejercicio de esta carrera que tanto amo como es el derecho.

De otro lado, el doctor Mario Castillo Freyre es un viejo camarada de armas. Nos conocemos hace más de cuarenta años y a lo largo de todos estos años hemos podido cultivar una entrañable amistad. Es por todos sabido que Mario, hoy por hoy, es la cabeza visible de uno de los mejores estudios de abogados de Lima.

Comoquiera que una cosa lleva a la otra, Mario me ofreció ser colaborador permanente de la página web de su prestigiosa firma. La verdad que tal encargo hizo que me sintiera muy honrado. Así las cosas, yo le proveía a Mario, casi semanalmente, artículos sobre diversos temas legales. Notablemente, la mayoría de ellos eran de derecho público. Sin embargo, tampoco estuvieron ausentes algunos artículos de derecho privado.

Esta actividad permitió actualizarme, estudiar, investigar y leer sobre diversas materias vinculadas al derecho. La verdad, siento que no perdí el tiempo. A esa etapa de mi vida que se presagiaba árida, la convertí, con la ayuda de Mario, en una ventana de oportunidad que, a fin de cuentas, resultó ubérrimamente fructífera para mí y mi carrera.

Temas como el interés público, la competencia, la naturaleza de la Administración, los privilegios que esta detenta, la desviación de poder, el estudio de las fuentes del derecho, la autonomía, la autarquía, el concepto de ley, el *ius imperium*, el principio de legalidad, el reglamento, el acto administrativo, la descentralización política o el bloque de constitucionalidad no son ajenos a este libro y fueron siempre puestos de relieve.

En efecto, dado todo esto, y contando con la generosidad de Mario, hemos procedido a seleccionar y reunir una veintena de estos artículos en un libro, poniéndolos a consideración de la comunidad jurídica de tal manera que el aporte, grande o pequeño, importe la perduración, que es lo más importante, de todo lo que en ellos se dijo.

Vaya, pues, mi agradecimiento a Mario y también, por qué no, a Macarena Ruiz, incansable y prolija colaboradora.

Emilio Tafur Charun
Marzo, 2023

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO

LA DESVIACIÓN DE PODER

Sumario: 1. Las administraciones públicas.— 2. Competencia, fines de interés público y principio de legalidad.— 3. Control de los actos administrativos.— 4. La desviación de poder (justificación).— 5. Desviación de poder (los orígenes).—6. La desviación de poder según el Tribunal Constitucional.— 7. La desviación de poder en concreto.— 8. La desviación de poder en el ordenamiento positivo patrio.— 9. Colofón.— 10. Referencias.

«It was. It will never be again.
Remember».
Paul Auster

1. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Definir la naturaleza jurídica de la Administración Pública es ardua labor. Así, pues, existirán posturas que se inclinarán por un criterio objetivo. Sobre este particular, Marienhoff (1983) indica:

[...] al considerar la función administrativa, ¿qué criterio debe aceptarse? ¿El objetivo o el subjetivo? [...]. Yo precedentemente me decidí por el criterio material, sustancial u objetivo, porque lo que ha de definir una institución, es la «substancia» de la misma, no la «forma» ni el «autor» de los actos respectivos: la forma y el autor solo constituyen elementos contingentes. Este es el criterio predominante en la doctrina, que al respecto registra escasas excepciones. (p. 56)

Esto es, cualquier «entidad» del Estado, inclusive, en algunos casos, los particulares que realicen actividades propiamente administrativas (el dictado de actos administrativos o la dación de reglamentos), entre otras de mayor importancia y que justifican su existencia o primordial actividad como pueden ser las funciones jurisdiccionales, formarán parte de la Administración Pública.

Sin embargo, creemos que el elemento subjetivo es de la mayor importancia. Así, en la definición anotada se estaría dejando de lado el concepto de «sujeto» o «actor», esto es, la «Administración Pública». No obstante ello, para García de Enterría y Fernández (2001, pp. 29-30), la Administración Pública no es otra cosa que una persona jurídica capaz de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de responder por sus actos públicos ilícitos. La Administración Pública, siempre, en cuanto persona jurídica, se encuentra sujeta, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que la misma contribuye a formar a través de la dación de reglamentos. Administración Pública, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines de interés público dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto le dota de privilegios, exorbitancias, prerrogativas o *ius imperium*.

Entonces, queda claro que el quid que define lo que ha de entenderse por Administración Pública no se encuentra únicamente en las funciones y potestades que en alguna medida la definen como tal, sino notablemente en dos aspectos que a nuestro criterio son esenciales:

- a) El detentar personalidad jurídica con todo lo que ello supone.
- b) Y encaminar sus funciones y competencias a la consecución de los fines de interés público que define el ordenamiento.

Para tal efecto, las administraciones públicas, al detentar el atributo de personalidad jurídica, estarán dotadas de un patrimonio y, notablemente, tendrán la capacidad de detentar privilegios, exorbitancias, prerrogativas e *ius imperium*. Además, tendrán la función de dar reglamentos, que bien pueden ser vinculantes para el común de los administrados, así como dictar actos administrativos. En muchos casos, las administraciones públicas, además de todo lo indicado, detentarán el atributo de autonomía o autarquía, atributos estos que serán de suma importancia para que cumplan, con la independencia debida, sus fines de interés público, actividad que las dota de legitimidad y es su razón de ser.

Se habrá notado que no aludimos a una sola Administración Pública, sino a una *pluralidad de ellas*. Creemos que ello se justifica en la personalidad jurídica que cada una de ellas detenta, en su patrimonio, en su autonomía o autarquía, y en los distintos fines de interés público que cada una ellas procura, ejerciendo su respectivo ámbito de competencias.

Al respecto, baste con leer las leyes de organización y funciones (orgánicas u ordinarias) de los distintos órganos constitucionales u organismos públicos, para constatar lo aquí manifestado.

Finalmente, y siguiendo la doctrina de García de Enterría y Fernández (2001, pp. 28-30), así como desde nuestro punto de vista, la idea de Estado en cuanto persona solo debe activarse cuando de relaciones internacionales públicas se trate. Dicho esto, cómo se explicaría y justificaría la actuación del sector público a nivel interno. Cómo hallar justificación a la variedad y multiplicidad de los actos, de carácter general o especial, que tal sector realiza. Cómo ser parte en un contrato, lo que conlleva la estipulación de derechos y obligaciones para ambas partes. Así, pues, se requiere de una entidad pública, un auténtico sujeto de derecho, una persona jurídica, titular de derechos y obligaciones, que esté también en una relación de sujeción con el ordenamiento jurídico a través de una vinculación positiva, y que, asimismo, su actuación esté destinada a la consecución de los fines de interés público. Apelar a la idea de «Estado» en el ámbito del derecho público interno no resulta coherente, dada la lógica y dinámica del sistema jurídico. Así, y como prueba de ello, se recurre a alambicadas figuras para forzar y justificar la aparición del Estado como un auténtico sujeto titular de derechos y obligaciones en el ámbito interno. Esto es, el Estado se encuentra absolutamente impedido de ser «personificado» en el ordenamiento interno y, por lo tanto, incapacitado de obligarse, de tener un patrimonio, de ser responsable por sus actos. Incapaz, en suma, de ser sujeto titular de derechos y obligaciones.

2. COMPETENCIA, FINES DE INTERÉS PÚBLICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El jurista español De la Morena (1978) define la competencia de la siguiente manera:

Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y solo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, *lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento* en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular. (p. 153) (Las cursivas son mías)

En la misma obra, De la Morena (1978) ha manifestado: «No hay, pues, competencias sin fines declarados previa y legalmente de interés público, por más que excepcionalmente pueda haber fines de interés público (en un sentido material) no transmutados aún en competencias, pero transmutables en ellas» (p. 85).

De lo citado queda claro que existe una estrecha vinculación entre la idea de «competencia» y los fines de interés público. No puede existir uno sin el otro. Así las cosas, no puede existir una competencia administrativa sin un fin de interés público que corresponda cumplir a una Administración Pública y le haya sido asignada por una norma de atribución. En sentido inverso, no debería existir un fin de interés público cuya competencia, para efectos de su consecución, no haya sido asignada a determinada Administración Pública. Más aún, de existir un interés público cuya consecución

no haya sido atribuida a la Administración Pública que fuera, se procederá a *publicar* tal competencia atribuyendo la misma a la Administración Pública de que se trate. Claro está, siempre mediando la dación de una previa norma atributiva.

Detrás de toda esta elaboración se configura que el derecho público es rigurosamente atributivo. Esto es, la competencia que se ejerce por las administraciones públicas debe ser otorgada, regulada y atribuida por el ordenamiento jurídico. Existe, pues, una vinculación positiva entre ordenamiento y las administraciones públicas. Las administraciones públicas solo pueden ejercer las competencias positivamente atribuidas por el ordenamiento y para el riguroso cumplimiento de los fines de interés público dispuestos por este. Como decían los clásicos, «poder no otorgado, poder denegado».

Dentro del mismo tema, Sayagués (De Althaus, 1982) afirma:

Al revés de lo que pasa con los particulares, que se mueven bajo el principio de la libertad y deciden como quieran mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva, los órganos de administración actúan para el cumplimiento de los fines que el derecho objetivo establece y de conformidad con las reglas de fondo y de forma. Los órganos de administración están, pues, en una situación de deber, para cumplir la cual el derecho les asigna determinados poderes jurídicos. De esta manera queda claro que la forma de vinculación de los poderes del Estado con el ordenamiento es de naturaleza positiva. Por su parte, el tipo de vinculación de los ciudadanos con el mismo ordenamiento resulta siendo negativo. (4.3.1)

Este principio de «vinculación positiva», también conocido como principio de legalidad, está recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas* y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (Las cursivas son nuestras)

También en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) se dispone, en lo que respecta al principio de legalidad: «Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. *Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas*» (las cursivas son nuestras).

3. CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según García de Enterría y Fernández (2001) existe una distinción capital en el modo como se realiza la atribución de potestades administrativas: «potestad reglada-potestad discrecional» (p. 452).

Los mismos autores sostienen que en el caso de la potestad reglada existe un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo alguno, salvo a la constatación del supuesto mismo para cotejarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Administración de una manera que podríamos llamar automática (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 453).

Para Cristóbal Osorio (s. f.) la potestad reglada se configura cuando «[...] la ley define todos los supuestos formales y sustantivos del ejercicio de la potestad, de manera que dándose tales supuestos la administración sólo debe subsumir el enunciado legal y evacuar una única respuesta jurídicamente válida» (p. 3).

Gordillo (2014) sostiene:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. [...]. (p. 179)

En este caso

[...] la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no debe él elegir entre más de una decisión: su actitud solo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. (p. 179)

En lo que se refiere a la potestad discrecional, esta comporta la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extralegal que surja de un poder originario de la Administración, anterior o marginal al derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la ley, que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 453).

Según Baca Oneto (2012):

El que la discrecionalidad suponga un «margen de libertad» de la Administración frente al legislador implica que este no predetermina rigurosamente la actuación (tanto normativa como no normativa) de aquella. No obstante, es necesario precisar que solo en sentido figurado es posible hablar de la discrecionalidad como «libertad», puesto que aquella es una consecuencia del ordenamiento, no un dato previo a este. *La «libertad» de la Administración frente al ordenamiento, como indicábamos líneas arriba, no puede ser igual a la de los particulares, ya que, en tanto es un poder público, ha sido constituida por el ordenamiento jurídico, por lo que estará positivamente vinculada a él.* (p. 184).

Luego, Baca Oneto (2012) cita a Santamaría Pastor, manifestando:

Por tanto, la discrecionalidad es consecuencia de una remisión normativa consciente [...] al contrario de lo que acontece con los sujetos privados, a los que la ley no hace sino restringir una situación de libertad originaria y expansiva [...], la Administración carece *per se* de libertad para actuar autoritariamente, limitando las esferas jurídicas de los particulares: no hay aquí libertad, sino estrictamente los poderes que la Ley confiera [...] Por ello, la discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio hacía entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la Ley calle, sino porque la Ley quiere. (p. 185) (Las cursivas son nuestras)

Osorio (s. f.) define la potestad discrecional como aquella en que la ley entrega a la propia administración la facultad de definir sus supuestos de ejercicio, de manera que esta puede adoptar distintas decisiones, todas ellas jurídicamente válidas.

Gordillo (2014) sostiene: «Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera» (p. 179).

Existen, sin embargo, ciertos *elementos reglados* que no pueden faltar en el ejercicio de toda potestad discrecional, a saber: la existencia misma de la potestad; su extensión (que nunca podrá ser absoluta); la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y, dentro de este, a un órgano determinado y no a cualquiera; y,

[...] por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se refiere a un sector determinado de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrán que ser necesariamente una finalidad pública. (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 454)

Por su parte Osorio (s. f.) señala:

Hay ciertos elementos que siempre serán reglados, incluso en las potestades discrecionales sobre ellos recaerá el primer tipo de control. Se trata de los siguientes:

- La atribución de la potestad, es decir, que exista una norma que habilite expresa o implícitamente para actuar.
- La competencia, o sea, que la potestad haya sido ejecutada por el órgano competente.
- El procedimiento, es decir, que lo haya realizado bajo el procedimiento previsto.
- *El fin o finalidad, en otras palabras, que se haya ejercitado de acuerdo con el fin establecido en la ley.* (p. 17) (Las cursivas son nuestras)

Baste por ahora indicar que en todo acto discrecional existen *elementos reglados* suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación del control sobre los mismos. La discrecionalidad, justamente, porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, solo puede producirse legítimamente cuando respeta esos *elementos reglados* que condicionan tal atribución. El control mismo de los tribunales no suscita ninguna cuestión (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 466).

Martínez Useros (1955) señala:

El exceso en la discrecionalidad es un acto ilegal, puesto que la sujeción a la Ley impone el respeto al fin que en aquella se traza para el ejercicio del poder discrecional. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su potestad discrecional. A la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia. Al ejercer aquella su potestad no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la Ley quiere que se tengan en consideración. Y esto es así porque las relaciones del derecho público carecen de la elasticidad que caracteriza a las del derecho privado. Y así lo ha querido el Estado de derecho porque únicamente sometiendo estrechamente la autoridad a la Ley era posible obtener la seguridad e igualdad jurídicas que se reclamaban; y mientras el derecho privado deja amplio campo a las partes para crear y modificar sus relaciones jurídicas, en el derecho administrativo se trata de relaciones jurídicas trazadas principalmente *a priori* por la Ley. Y de aquí que la concetricidad de los círculos de la pura moral y de la pura legalidad tenga mayor coincidencia de radios en las relaciones jurídico-públicas que en las jurídico-privadas, precisamente porque la órbita de acción individual es más amplia en las segundas que en las primeras. (D51-D52)

En suma, y desde nuestro propio punto de vista, la potestad de discrecionalidad es un atributo que el ordenamiento asigna a las administraciones públicas. No es que exista un vacío normativo; al contrario, se trata de un atributo que supone un grado de libertad que el mismo ordenamiento confiere para así facilitar que las administraciones satisfagan los fines de interés público previstos por el mismo ordenamiento y cuya consecución corresponde, precisamente, a tales administraciones.

Aquí estamos, y queda claro, tomando como sustrato el principio de legalidad en cuanto vinculación positiva, pues la potestad discrecional requiere ser un otorgamiento del todo necesario para el ejercicio de las competencias dentro de un ámbito de libertad, ámbito de libertad que resulta necesario para la consecución de los fines de interés público de esta manera trazados, de otro modo no tendría razón de ser el otorgamiento de la potestad discrecional. Pero tal discrecionalidad resultará siendo ejecutada de modo indebido cuando la misma sea usada como instrumento para el cumplimiento de otros fines que no son los fines de interés público que han sido dispuestos por el ordenamiento a la

administración o agente de que se trate. De este modo, el acto configurará una arbitrariedad o, si se quiere, una ilegalidad, las mismas que no pueden ser toleradas por el ordenamiento.

Con todo, no podemos dejar de anotar lo dicho por García de Enterría y Fernández (2001):

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. [...] Esta facultad en orden a la práctica de cualquier clase de pruebas hace perfectamente viable un control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión y, a través de él, del correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración, que, cualquiera que sea su efectivo alcance, solo pueden operar cuando se producen las correctas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes. (p. 470)

4. LA DESVIACIÓN DE PODER (JUSTIFICACIÓN)

Se habrá notado que para entrar de lleno al estudio de la desviación de poder hemos recorrido un largo camino. Así, hemos iniciado este texto elaborando, sobre la naturaleza de las administraciones públicas, la fallida pretensión de dotar de personalidad jurídica interna al Estado, el principio de legalidad, la idea de competencia, los fines de interés público, el control de los actos administrativos, las potestades regladas, las potestades discrecionales. Teniendo todo ello en cuenta, y asumiendo tales conceptos como elementos basilares, entiendo que estamos ya equipados suficientemente para iniciar el estudio de la desviación de poder, aun cuando ya hemos adelantado algunas pinceladas sobre esta técnica.

5. DESVIACIÓN DE PODER (LOS ORÍGENES)

Creemos de la mayor importancia, a efectos de tener un claro concepto de la idea de desviación de poder es recurrir a sus antecedentes que son arcaicos y aurales, pues los mismos detallan con nitidez cómo es que se activa tal idea y notablemente los principios y valores que la misma importa y supone en lo que respecta al proceder de las administraciones cuando despliegan sus potestades.

López Mendoza (2013) señala:

El esbozo de la doctrina de la desviación de poder por parte del máximo tribunal administrativo francés puede encontrarse en el *arrêt* Vernes de mayo de 1858, cuando anuló una decisión del alcalde de Trouville que en uso de facultades de naturaleza policial, prohibió a los bañistas vestirse y desnudarse en lugares distintos a los establecimientos municipales, pero no con una finalidad de resguardo de seguridad o moral pública, sino con el fin de favorecer los intereses económicos del municipio. (p. 302)

Para García de Enterría y Fernández (2001), la desviación de poder es un hallazgo de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que se produce en la segunda mitad del siglo XIX (*arrêt* Lesbats de 1864):

[...] el prefecto solo puede regular la entrada, estacionamiento y circulación de vehículos en los patios de estaciones de ferrocarril en interés de la Policía, no para asegurar la ejecución de un contrato entre una compañía ferroviaria y un empresario de vehículos públicos) *a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que estatuye la facultad para actuar.* Si la autoridad u órganos de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables

para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad. (p. 467) (Las cursivas son nuestras)

Existe también otro *leading case* del Consejo de Estado francés, se trata del asunto Pariset (1875) y naturalmente versa sobre la desviación de poder. Transcribimos a continuación un extracto de la resolución.

Considerando que está establecido en la instrucción que el prefecto, al ordenar el cierre de la fábrica de fósforos del señor Pariset, en virtud de los poderes de policía que detenta de acuerdo a las leyes y reglamentos sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, no ha tenido como objetivo el cautelar los intereses que dichas leyes y reglamentos buscan garantizar, sino que ha actuado en ejecución de instrucciones emanadas del ministro de Finanzas de acuerdo con la ley de 2 de agosto de 1872 y en interés de los servicios financieros del Estado, y que de esa manera ha usado de los poderes de policía que detenta sobre los establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, para un objeto distinto de aquel para el cual le fueron conferidos, y que, por tanto, es fundada la demanda del señor Pariset solicitando la anulación de la orden del prefecto [...]. (De Althaus, 1982, 4.3.2)

6. LA DESVIACIÓN DE PODER SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación, citamos algunas sentencias del Tribunal Constitucional que aluden a la interdicción de la desviación de poder. Hemos de reconocer que las mismas no son abundantes. En esta tarea el aludido Tribunal no ha sido ubérrimo, pero estas sentencias nos han de dar una idea de hasta dónde hemos llegado en lo que se refiere al control constitucional de la desviación de poder.

El Tribunal Constitucional (Exp. n.º 02054-2017-PHC/TC, f. j. 57) cita la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando lo siguiente:

18. Al leer el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: [...] b. *Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a «razones de interés general» y no se aparten del «propósito para el cual han sido establecidas».* Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder. (Las cursivas son nuestras)

Aun cuando en la Sentencia n.º 0090-2004-AA, el Tribunal Constitucional no se refiere expresamente al término «desviación de poder», sino al más genérico concepto de interdicción de la arbitrariedad, resulta por demás ilustrativo citar algunos fundamentos jurídicos de tal sentencia que, no obstante lo indicado, importan el desarrollo de ciertos elementos basilares para la configuración y diseño de la técnica de desviación de poder.

Así, el fundamento jurídico 8 dispone:

La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina *lo que deben hacer* o, en su defecto, *cómo deben hacerlo*.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

Según el fundamento jurídico 9:

La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. [...]

El fundamento jurídico 10 prescribe:

[...] el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.

Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

El fundamento jurídico 11 por su parte, preceptúa:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

[...]

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

[...] Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida solo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

[...]

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, *debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.* (Las cursivas son nuestras)

El fundamento jurídico 16 señala:

Estos fundamentos también han sido asumidos, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia n.º 353/1993 en la que determina que «la “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de

los órganos establecidos para realizar la calificación [...], en tanto que presunción *ius tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por *desviación de poder*, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado» (fundamento jurídico n.º 3).

Asimismo, son expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-175/93, en la cual argumenta que «La facultad que se le atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las “razones del servicio”, no puede considerarse omnimoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcionado y racional *que se ajuste a los fines que persigue y que es este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional*, de manera que tales razones no puedan ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular, etc. [...]». (Las cursivas son nuestras)

De otro lado, resulta interesante citar el fundamento del voto del magistrado del Tribunal Constitucional Espinosa-Saldaña Barrera en el caso Rechazo Fáctico de la Cuestión de Confianza (Exp. n.º 0006-2019-CC- TC, f. j. 55), pues el mismo puede poner de manifiesto el «basamento constitucional» de la interdicción de la desviación de poder en el ordenamiento. El texto es el siguiente:

[Conforme al principio de cooperación], la interpretación de las competencias y las funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), o a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos y los organismos u órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de «lealtad constitucional», lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, con base en este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz agonal inevitable, es decir, relativa a la confrontación o lucha entre actores, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente relevante en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo a su rol moderador y pacificador de conflictos.

7. LA DESVIACIÓN DE PODER EN CONCRETO

Según Martínez Useros (1955, pp. 29-30), en 1896 decía Laferriere que la expresión desviación de poder se había introducido en una época relativamente reciente en la terminología de lo contencioso administrativo, significando el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerle servir a fines para los cuales no estaba destinado. El mismo Laferriere escribía que la desviación de poder constituye un abuso del poder de mando que el administrador ha recibido, pues el que la comete toma, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones cuya adopción no le corresponde y que se hallan viciadas por una especie de incompetencia, si no por las prescripciones que en las mismas se contienen, sí por el fin que ellas persiguen.

Para Hauriou, citado por López Mendoza (2013):

[...] la desviación de poder es «el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio». (p. 305)

El mismo autor cita a Marienhoff, relevando la especial importancia y vigencia de la técnica materia de estudio, y señala:

Por otra parte, resulta pertinente señalar que destacada doctrina ha indicado que «la desviación de poder posee un dominio que le es exclusivo, por el cual nunca perderá importancia: el de las determinaciones subjetivas, presentando un interés y una utilidad especialísima que ningún otro medio de apertura de recurso puede reemplazar. Además, y en esto se encuentra su justificación última, su campo de aplicación es más extendido que el de los restantes casos de exceso de poder, ya que permite el examen de los actos puramente discrecionales para los cuales no existe condición legal ninguna y, por ende, el medio de la “violación de la ley” carece absolutamente de efecto». (López Mendoza, 2013, p. 307)

Martínez Useros (1955) se refiere a la naturaleza de la desviación de poder de acuerdo a lo siguiente:

Y como es sabido que en derecho público no juega el principio de la autonomía de la voluntad, ya que en todo caso la voluntad pública ha de hallarse informada por el interés público, de donde resulta que las decisiones de los órganos administrativos carecen de aptitud creadora de la esencia o contenido básico de las relaciones a producir o a modificar, y que por ello no es ya solo el que las facultades de obrar de tales órganos no constituyan derechos subjetivos y signifiquen solo meras competencias o participaciones en los procesos de promoción del interés público; sino también el que el interés público actuado por las indicadas facultades haya de estar informado por la teleología funcionalmente atribuida a cada posibilidad de ejercicio o inhibición. Teleología o fines específicos, funcionales, que son los que se quebrantan en los actos incurridos en desviación de poder, de los cuales se puede decir, por consiguiente, que implican falta o simulación de causa, ya que el ejercicio de la competencia, la producción del acto, se determinó por unos motivos que no coinciden, ni se acomodan, a los objetivamente preconstituídos en el ordenamiento jurídico como razón —o causa— de que el poder de obrar —o competencia— actúe con el objetivo de alcanzar el específico fin de la función a ella encomendada. (pp. 37-38)

Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa. El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración.

Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa. A esta constatación de la identidad o divergencia de los fines se reduce todo el problema. En cualquier caso, es evidente que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia. Fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto señalado por la norma. (García de Enterría y Fernández, 2001, pp. 467-469).

Según Gordillo (2014) la decisión será ilegítima

[...] si el funcionario actúa con «desviación de poder», sea: a) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: Si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta. (Por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales.). (p. 183)

Para Sayagués (De Althaus, 1982, 4.3.2) el acto administrativo puede haber sido dictado por el órgano competente, cumpliendo las reglas de forma y de fondo siendo correcto, por tanto, en apariencia; pero si la Administración perseguía un fin que no era el debido, el acto es inválido por desviación de poder. En el acto que adolece de desviación de poder falta el fin propio del servicio que constituye uno de sus elementos esenciales. Generalmente, el vicio está oculto ante una apariencia de legalidad porque la Administración procura que no se trasluzca su verdadera intención; no obstante se logra ponerlo en evidencia, porque casi siempre quedan rastros en la documentación administrativa.

Por nuestra parte es de precisar que la desviación de poder se circunscribe a ser un problema de falta de competencia. En efecto, ya hemos dicho que la competencia se configura ante la existencia de fines de interés público que deben ser satisfechos. Si formalmente la Administración ejerce determinada competencia para la consecución de un fin de interés público y resulta que en rigor tal ejercicio no tiene por objeto la consecución de tal fin, aun cuando aquel fin también sea público, queda claro que la Administración estará actuando sin competencia dada la malversación de fines perpetrada. Reiteramos, la competencia nace del fin público que satisfacer, si el agente dicta el acto motivado por un fin de interés público que no le ha sido otorgado por el ordenamiento (principio de legalidad), estará actuando sin competencia y agravando así la discrecionalidad. Al final, lo que tendremos será un acto dictado sin competencia, un acto dictado por una Administración o agente carente de competencia.

8. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO PATRIO

Las normas relativas a la desviación de poder están recogidas mayoritariamente en la LPAG.

El artículo IV del Título Preliminar dispone:

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas *y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.* (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.2. del mismo artículo reconoce como principio del debido procedimiento que:

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo, mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; *a obtener una decisión motivada*, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.4 del mismo artículo reconoce el principio de razonabilidad preceptuando:

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida *y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.* (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.5. del mismo artículo prescribe con relación al principio de imparcialidad: «Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, *resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general*» (las cursivas son nuestras).

El numeral 1.17. consagra el principio del ejercicio legítimo del poder disponiendo:

La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

El artículo 3.3 alude al principio de finalidad pública, prescribiendo que es requisito de validez del acto administrativo:

Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

El artículo 3.4 señala: «El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico».

Por su parte, el artículo 74.1 preceptúa: «Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo».

De acuerdo al artículo 86.1, son deberes de las autoridades en los procedimientos: «Actuar dentro del ámbito de su competencia y *conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones*» (las cursivas son nuestras). El numeral 8 del mismo artículo prescribe que la Administración debe «Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados».

Según el artículo 213.1.: «En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, *siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales*» (las cursivas son nuestras).

9. COLOFÓN

Las administraciones públicas, al estar dotadas de personalidad jurídica y en tal sentido ser sujetos de derecho, se encuentran vinculadas de modo positivo al ordenamiento. Estas, las administraciones públicas, solo pueden actuar y específicamente, dictar actos administrativos, cuando las correspondientes competencias le son atribuidas por el ordenamiento. Y, siempre de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento, solo podrán ejercer las competencias así asignadas cuando las mismas tengan por causa la consecución de los fines de interés público que el mismo ordenamiento —siempre dentro de la órbita de la vinculación positiva— les asigne. Dictar actos destinados a cumplir un fin de interés público que no corresponde a la Administración Pública de que se trate, aun cuando formalmente esto no sea aparente, es actuar sin competencia. Inclusive esto resulta aplicable cuando se hubiese dictado un acto destinado al cumplimiento de un fin de interés público, pero la consecución de este no sea competencia de tal Administración. He aquí el quid de la interdicción de la desviación de poder: la relación entre fin público y competencia, para cuyo efecto esta, y no otra, ha sido positivamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de la Administración pública de que se trate.

10. REFERENCIAS

Baca Oneto, V. (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), pp. 181-202.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>

- De Althaus, M. (1982). *Materiales de enseñanza de derecho administrativo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Morena, L. (1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» y «medida» de control jurídicos. *Revista de Administración Pública*, (85), pp. 151-221.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098593>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gordillo, A. (2014). Formas jurídicas de la actividad administrativa. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo 9. Primeros manuales. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo8.pdf
- López Mendoza, J. (2013). La desviación de poder. Alonso Regueira, E. (dir.). *Estudios de derecho público*. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Martínez Useros, E. (1955). Desviación de poder. *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 1-2(14). <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/4645/1/Desviaci%e3%b3n%20de%20poder.pdf>
- Osorio, C. (s. f.). *Derecho administrativo. Universidad Diego Portales*. [Presentación de PowePoint]. <https://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/03/Clase-8-VFF.pdf>

LAS NORMAS «MEDIDA»

Sumario: 1. A modo de justificación.— 2. Del reglamento en general.— 3. Contraste entre reglamento y acto administrativo.— 4. Las normas medida en concreto.— 4.1 Leyes medidas.— 4.2. Reglamentos jurídicos medida.— 4.2.1. Los reglamentos medida y las administraciones públicas autónomas.— 4.2.2. BCR.— 4.2.3. SBSAFP.— 5. Análisis.— 5.1. Leyes medidas.— 5.2. Reglamentos jurídicos medida.— 6. Colofón.— 7. Referencias.

«Ajustándose nuevamente los prismáticos, prosiguió su observación: las figuras estaban allí, pero las veía parcialmente y por series sucesivas y desde un ángulo que no le permitía reconstruir la totalidad del dibujo. Era realmente extraño, nunca imaginó que en ese abigarrado rosedal existiera en verdad un orden. Cuando se repuso de su fatiga, guardó los prismáticos y emprendió el retorno».

Julio Ramon Ribeyro, Silvio en el Rosedal

1. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

En nuestro libro intítulado *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano* (2018), aludimos al tema materia del presente artículo, aunque de un modo disperso, pues así lo requería la estructura del referido libro. Pasado ya un tiempo, creemos necesario reformar y reelaborar lo ahí entonces planteado, dotando de organicidad, armonización, sistematicidad y articulación el tema de las normas «medida».

Es, pues, objetivo del presente trabajo analizar si las «medidas» pueden detentar la virtualidad de incardinarse como un nuevo tipo de reglamento que se deslinde de modo nítido de los otros tipos de reglamento que existen, y que el mismo tenga una naturaleza jurídica privativa, supuestos de hecho y también sus propias reglas de activación que le resulten aplicables. *Alternativamente, y de ser el caso, descartada la naturaleza de medida como reglamento, nos atreveremos a plantear la posibilidad de que, además del acto administrativo, del reglamento jurídico, del reglamento doméstico, del hecho administrativo y del contrato administrativo, las «medidas» configurarían una sexta especie de manifestación de voluntad de la Administración Pública. Sin perjuicio de ello, y saliendo del ámbito administrativo, cabe plantear si la ley formal, al adoptar la naturaleza de «medida», puede mantener indemne la fuerza, valor, rango y mecanismos de control privativas de aquella, esto es, leyes medidas que no cuentan con los atributos de generalidad y abstracción.*

2. DEL REGLAMENTO EN GENERAL

Prima facie, ensayamos la siguiente definición de reglamento: es un acto unilateral dado por la Administración Pública que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento o prosecución de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento, esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas. Según su relación específica con la ley, el reglamento puede ser ejecutivo, autónomo, independiente o doméstico. Los tres primeros reciben la denominación de «reglamentos jurídicos».

Pero antes de entrar de lleno al estudio de los reglamentos presumiblemente «medida» en concreto, creemos que es de la mayor importancia poner de relieve —y esto es aplicable a los distintos tipos de reglamentos— la estrecha vinculación entre competencia y fines de interés público. En efecto,

la competencia surge del fin público. Ahí donde existen fines públicos existen competencias administrativas. Así, pues, no se puede concebir la existencia de una competencia que no tenga por objeto el cumplimiento de determinado fin de interés público. Sin esa previa «publicación» del fin, mal podría existir una competencia. El fin público da origen a la competencia, pero no solo da origen a la competencia, sino también a las prerrogativas y privilegios que ostenta la Administración. Tales privilegios no tendrían razón de existir si no fuera para el cumplimiento de los fines públicos. Privilegio es la capacidad de profanar lo privado. En tal sentido, la potestad reglamentaria, al afectar directamente, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos, sencillamente, está procurando cumplir con la consecución de los fines público y, jurídicamente, profanando lo privado.

Al respecto, De la Morena (1983) sostiene:

Donde esté la Administración Pública actuando como tal estará presente el interés público o, invirtiendo los términos, donde esté el interés público estará presente y actuando la Administración Pública, ya de una manera «real» o efectiva, si ese interés ha sido previamente «publicado», ya de una manera «virtual» o potencial si se piensa en la posibilidad irrenunciable de que se «publifiquen» tan pronto como las circunstancias lo exijan o aconsejen. Actuación que podrá ser también «directa», cuando se ejerza a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o «indirecta», cuando se considere que la realización del interés público podrá alcanzarse con la misma eficacia y a menor coste social, a través de agentes sociales o de simples particulares. (p. 865)

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (2001) opinan:

Las potestades administrativas no pueden ejercitarse si no en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades. (pp. 445-446)

Sobre esta suerte de relación binaria entre competencia y fines de interés público, en este caso de sustrato constitucional, resulta necesario citar el siguiente fundamento jurídico dado por el Tribunal Constitucional que vincula estrechamente este tema recientemente mencionado con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional [...]. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel. (STC Exp. n.º 2235-2004/AA-TC). (Las cursivas son nuestras)

Como un adelanto de la noción de «medida» en concreto y su relación con los fines de interés público, es de citar a Fernández (2002) cuando indica que no serán arbitrarias «solo si tales medidas persiguen una finalidad de interés general y respetan al propio tiempo el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo» (p. 161).

El principio de razonabilidad o de proporcionalidad, según el artículo IV (1.4) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley n.º 27444), es definido como:

[...] las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

3. CONTRASTE ENTRE REGLAMENTO Y ACTO ADMINISTRATIVO

Como se ha visto, el reglamento se define como un acto unilateral, dado por la Administración Pública, que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento, esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas, todo ello en contraste con el acto administrativo. Según García de Enterría y Fernández (2001, pp. 183-184), el acto administrativo no se integra ni forma parte del ordenamiento jurídico. La dación de un acto administrativo en forma alguna supone una innovación del ordenamiento jurídico, es una mera aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de su dación. El acto administrativo es un acto «ordenado», mientras el reglamento es de carácter ordinamental.

4. LAS NORMAS MEDIDA EN CONCRETO

4.1. *Leyes medidas*

Una definición de las «medidas» o «leyes medidas» es la que proveen García de Enterría y Fernández (2001) cuando sostienen:

Estas leyes o normas escritas, ya lo hemos visto, han dejado de ser un precepto orientado a definir una justicia abstracta para convertirse en una voluntad ordenada a un fin político concreto, a una conformación política determinada. Esos fines políticos expresan o deben expresar verdaderas necesidades públicas (industrializar o desarrollar una región deprimida, por ejemplo; aumentar o disminuir el gasto público para levantar la onda baja del ciclo económico o reducir la inflación; promover la inversión; en general, atender a «dos principios rectores de la política social y económica» que la Constitución impone) [...]. Y en ese sentido se legitiman como determinaciones públicas y como contenidos de una norma; pero al convertirse tales fines en instrumento inmediato de esta, la norma no se propone ya otra cosa que el resultado político que se intenta conseguir, haciendo abstracción de todos los problemas de justicia que para llegar a tal resultado final han de plantearse necesariamente. (p. 85)

Prada Fernández (2007) enseña que «lo típico de la ley-medida es su dependencia teleológica de unos hechos dados [...] la ley-medida nace por una situación determinada ante la que está en relación estrecha de subordinación» (s. p.).

Con buena fortuna, Mendoza Escalante (2000, p. 389) también se refiere al concepto de «medidas». Así, las «medidas» se caracterizan por estar determinadas para una situación o condición concreta, pero no en el sentido de que lo existencial desborde la normatividad, sino en el de una diferencia entre leyes orientadas en la justicia y leyes-medida orientadas en la conveniencia (utilidad); sin embargo, no debe extremarse en este tipo de caracterizaciones, más bien se debe entender que se trata de un tipo de normas con específicos rasgos. Dicho de otro modo, la caracterización de este tipo de normas no debe partir de requisitos sustantivos (por ejemplo, su relación con determinados valores), sino más bien en función de sus rasgos formales en cuanto norma jurídica (por ejemplo, con sujetos destinatarios plenamente individualizados, con un contenido —efecto— plenamente determinado, no requiriendo un acto adicional de aplicación).

Jiménez Lechuga (1996, p. 183) opina que el concepto de ley singular (léase «medida») viene determinado por la idea de generalidad espacial y temporal. No debe olvidarse que por ley entendemos toda norma dictada por el Parlamento con los caracteres de abstracción, generalidad e indeterminación

tanto espacial como temporal que impone o regula relaciones que se concretan por actos aplicativos singulares. En este contexto, la interpretación de las leyes singulares desde la relación singularidad-generalidad en la estructura formal de la ley impone una noción amplia que incluye las que establecen un régimen jurídico aplicable a un sujeto o número indeterminado de sujetos —singularidad en el espacio— y se agota en su primera aplicación —singularidad en el tiempo—, las que tienen un número determinado de destinatarios o de situaciones jurídicas objetivas aunque puedan ser aplicadas un número indeterminado de veces, y aun las que son aplicables un número determinado de veces aunque afecten a una cantidad indeterminada de individuos o de situaciones objetivas, esto es, las singulares en el espacio y en el tiempo, las singulares en el tiempo y generales en el espacio.

Albertí Rovira (1986) señala:

La ley medida, aquella de contenido singular, dirigida solo a un sujeto o a un círculo determinado de ellos, y que se agota en su primera aplicación, debe considerarse propiamente como una ley, en sentido estricto. Esto es, participa de los atributos de rango, valor y fuerza que se reconoce a las leyes, como un determinado tipo de actos que se colocan en una determinada posición en el sistema general de fuentes. [...] La ley medida, desde esta perspectiva, que no es otra que la de la jerarquía, como principio ordenador básico de cada sistema interno de fuentes, es propiamente una ley, y nada añade o resta a su naturaleza y a su posición. (pp. 142-143)

Se ha hablado, dice Díez-Picazo (1985, p. 11), de las leyes medida que son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto, a adoptar medidas de situación, leyes, por consiguiente, sin ninguna pretensión de perennidad. La ley se va convirtiendo, asimismo, en un instrumento de carácter tecnocrático, muy relacionada con las coyunturas económicas (por ejemplo, la ley de aprobación de un plan económico).

García de Enterría y Fernández (2001, p. 80) refieren que la doctrina alemana,

[...] desarrollando una intuición del propio Schmitt, ha distinguido entre el concepto «clásico de la ley» (la Ley como definidora de un orden abstracto de justicia, con vocación de permanencia) y la «ley-medida», que más que definir un orden abstracto pretende, por el contrario, resolver un problema concreto y singular, instrumentar una «política pública» (crecimiento económico, pleno empleo, salud, educación, protección del medio ambiente, cultura, vivienda, etc.) lo que, en definitiva, supone adoptar, aunque con una técnica normativa, una «medida» o serie de medidas para afrontar un problema determinado y conseguir un determinado objetivo. La diferencia es la que se da entre el Código Civil, por ejemplo, y la anual Ley de Presupuesto, y sus cada vez más nutridas «leyes de acompañamiento» o de «medidas», o las circunstanciales leyes que afrontan catástrofes o situaciones excepcionales (inundaciones, sequías, inflación, guerra, etc.). La ley-medida no pretende definir un orden abstracto de justicia y por ello tendencialmente permanente, renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta como una norma ocasional, contingente, explicable solo en función de una situación o problema determinado que se pretende enderezar o superar, en todo caso conformar en función de una determinada política, fin o resultado a conseguir más que en función de una justicia abstracta. Incluso por ello también renuncia a la generalidad, que suele ser un correlato de la abstracción, para concretarse a supuestos singulares y específicos.

4.2. *Reglamentos jurídicos medida*

Provisionalmente, nosotros definiremos los probables «reglamentos jurídicos medida» como actos concretos o líneas de acción, traducidos en normas de inmediata y singular aplicación, adoptadas por la Administración, con la finalidad adecuada, valiosa y tutelada por el interés público y el ordenamiento de enfrentar y solucionar o mitigar los efectos nocivos generados por situaciones o circunstancias singulares, emergentes, concretas y determinadas. No es problema admitir que las «medidas» configuran auténticas normas por reacción. Dado ello tampoco es problema advertir el substrato *quirirgico* de las «medidas». También es cierto que estas deben ser proporcionales y razonables en relación con el medio empleado y el fin público perseguido.

Este tema lo desarrollamos de manera práctica en el siguiente apartado.

4.2.1. Los reglamentos medida y las administraciones públicas autónomas

Dentro del estudio de las medidas en concreto y por rigurosas razones de espacio, únicamente nos vamos a ocupar de la dación de medidas por parte del Banco Central de Reserva (BCR) y la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBSAFP) en tanto administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial. Estos reglamentos, que provisionalmente llamaremos «medidas», y dadas las especiales funciones y finalidades de tales administraciones, detentan una especial importancia y resultan manifiestos para poner de relieve las características y operatividad de los reglamentos medida. Así, pues, dentro del diseño de Estado complejo y descentralizado realizado por la Constitución y agotado por el bloque constitucional hallamos una pluralidad de instituciones que en rigor constituyen administraciones públicas al detentar todas ellas personalidad jurídica y autonomía, y al estar destinadas a la consecución de determinados fines públicos de interés general dispuestos por el ordenamiento. Así, según Meilán (2011, p. 231), son administraciones públicas los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil.

Tanto el BCR como la SBSAFP, entre otros, detentan el atributo de personalidad jurídica y de autonomía administrativa otorgados por el supraordenamiento y, asimismo, la asignada tarea de guiar toda su actuación hacia la consecución de los fines de interés público que les corresponde, además de la detentación de exorbitancias. Todo ello hace de estas administraciones auténticos sujetos de derecho.

Siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001), reitero lo ya dicho:

Las administraciones públicas no son otra cosa que personas jurídicas, capaces de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de responder por sus actos públicos ilícitos. Las administraciones públicas, siempre, en tanto personas jurídicas autónomas, se encuentran sujetas, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que las mismas también contribuyen a formar a través de la dación de sus propios reglamentos. Administraciones públicas, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines públicos de interés general dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto detentan privilegios, prerrogativas o exorbitancias. (p. 34)

Por otra parte, las administraciones públicas materia de estudio son dotadas por la Constitución de autonomía administrativa. Esto es, la atribución se da al más alto nivel del supraordenamiento. Este atributo, como no puede ser de otro modo, habilita a estas administraciones con la capacidad de dictar reglamentos que a su vez se encuentran en una posición de lateralidad respecto a los reglamentos dados por el Poder Ejecutivo, así como por otras administraciones públicas también de relevancia constitucional.

Conviene también indicar que tanto la Constitución como el bloque constitucional (normas sobre producción jurídica) esbozan y agotan, respectivamente, el diseño de las fuentes y de las competencias de estas administraciones, competencias dentro de las cuales las mismas van a desplegar su potestad reglamentaria y, con ella, también la capacidad de dictar actos administrativos. Potestad reglamentaria, en fin, que tiene por objeto regular el régimen jurídico de los entes o administrados ubicados bajo su ámbito de actuación y supervisión.

4.2.2. BCR

El artículo 4 de la Ley Orgánica del BCR (LOBCR) establece que:

Las disposiciones que emita el banco en el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del sistema financiero, así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda.

Las disposiciones de carácter general que al amparo de la presente ley establece el banco se denominan «circulares».

En tal sentido, dada la *discrecionalidad de grado mayor* que detenta eventualmente el BCR, este actuaría con mayor libertad y su conducta estaría determinada por su finalidad y fines, todos ellos de naturaleza pública, claro está. Pero esa discrecionalidad de «grado mayor» estará sujeta a límites. Como enseña García de Enterría (1962, p. 168) cuando sostiene que, entre otros, la potestad discrecional encuentra sus límites en lo que al fin de la misma se refiere. El fin es un elemento reglado de la potestad. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino, precisamente, de la finalidad considerada por la ley y, en todo caso, de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Así, según la Constitución, «la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones, de otra parte, son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica». Ello es reiterado por la LOBCR cuando establece: «La finalidad del banco es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas».

Así, según el artículo 24, son atribuciones y deberes del directorio: a) formular la política monetaria, en concordancia con la finalidad del banco, y aprobar las regulaciones necesarias para su ejecución; b) modificar los requisitos del encaje adicional de las entidades del sistema financiero; c) fijar, reglamentar tasas de interés y el índice de reajuste de deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos, con exclusión de las entidades del sistema financiero. Conforme al artículo 51, el banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero. Las mencionadas tasas, así como el índice de reajuste de deudas y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del sistema financiero. Además, es de precisar que los artículos 1243, 1244 y 1324 del Código Civil regulan las materias privativas del BCR en lo que se refiere a la fijación de las tasas de interés. Resulta nítido, así, que los aludidos artículos del Código Civil forman parte integrante, en términos materiales, del bloque constitucional.

Se podrá constatar que varias de las competencias citadas, en principio, no constituyen la dación de normas abstractas. Así, fijar el encaje, fijar el índice de reajuste de deudas, la fijación de las tasas de interés reflejan más bien, en muchos casos, lo que en el derecho comparado se conoce como «medidas».

El típico ejemplo de una «medida» sería, como ya se indicó, el manejo del encaje bancario o el establecimiento de tasas máximas de interés, a cargo del BCR, y mediante la dación de circulares («medidas de política económica»). Así, conforme indican los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001), el regular el BCR la tasa de interés —dado que tal regulación es un instrumento de política monetaria— puede incentivar u orientar el ahorro y la inversión, incrementar la productividad del capital o contrarrestar las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores.

También es un buen ejemplo de «medidas» la regulación de las tasas de interés preferencial por el BCR. Al respecto, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001) definen las tasas de interés preferencial indicando:

[...] son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía y tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores a los que se considere rezagados dentro del contexto global nacional. (p. 193)

Cabe preguntarse cómo se incardinan las circulares BCR en el ordenamiento jurídico nacional. La relación entre la LOBCR y las circulares no es en rigor de naturaleza jerárquica. Resulta impropia la idea de jerarquía. No es, tampoco, que las circulares constituyan en muchos casos decretos ejecutivos que reglamenten la LOBCR. La LOBCR forma parte del bloque constitucional y, en tal sentido, las circulares, cuando corresponda, se subordinan a esta ley orgánica en virtud del criterio de «función constitucional» que el bloque mismo ejerce. Parafraseando a García de Enterría, las «circulares», en este caso, detentarían una libertad *administrativa* de configuración de contenidos normativos de un ámbito necesariamente mucho más amplio. En lo que se refiere al resto de fuentes, y dada la autonomía atribuida al BCR, las circulares se posicionarán en una relación de lateralidad producto de su ámbito material de competencias. La relación es, pues, competencial. Téngase presente, asimismo, el artículo 3 de la LOBCR, el cual dispone que el BCR «se rige exclusivamente por las normas de esta ley y sus estatutos».

Cabe plantear si las competencias del BCR (una vez configurados los supuestos habilitadores) pueden temporalmente ser asumidas por el Presidente de la República a través de la dación de decretos de urgencia (artículo 118.19 de la Constitución). Este artículo preceptúa que corresponde al Presidente de la República «[d]ictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia». Nótese que el citado artículo alude a «medidas», «materia económica y financiera» e «interés nacional». De ser así, se configuraría uno de los principales efectos que produce el dictado de tales decretos, esto es: que el orden normal de distribución de competencias salte y quede subvertido. Y esto supone una «subrogación». Va de suyo sostener que los decretos de urgencia no solo regularían materias propias de la ley.

4.2.3. SBSAFP

La primera parte del artículo 87 de la Constitución dispone:

El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBSAFP) ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la *autonomía* funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Según el artículo 2 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del Superintendencia de Banca y Seguros (LOSBS), es objeto principal de esta ley (cuyo principal ejecutor es la Superintendencia) propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables que contribuyan al desarrollo nacional. La LOSBS, en su artículo 345, define como objeto de la superintendencia «proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros».

Asimismo, y según el artículo 347 de la misma ley, es finalidad de la SBSAFP

[...] defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la presente ley, procediendo a la clausura de sus locales, y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor.

Para el cumplimiento de sus fines u objetivos y el ejercicio de sus competencias, la superintendencia es dotada de autonomía y personalidad jurídica al nivel más alto del supraordenamiento. Así, el artículo 87 de la Constitución dota a la superintendencia de autonomía funcional. El artículo 345 de la LOSBS desarrolla el artículo 87 del modo siguiente: «La Superintendencia de Banca y Seguros es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público [...]».

El artículo 346 de la LOSBS, en su calidad de norma integrante del bloque constitucional, determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece su ubicación dentro de la estructura del Estado, define su ámbito de competencia, y señala sus demás funciones y atribuciones. Es de relieves la última parte del citado artículo 346, cuando dispone: «Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley, no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia».

Así, en cuanto a la potestad reglamentaria de la SBSAFP esta se manifiesta a través de «circulares». Son materia de las circulares, verbigracia: fijar los límites de concentración de cartera y los límites operativos, aplicar límites individuales bajo el criterio de riesgo único, aplicación de los límites al financiamiento de empresas del exterior, aplicación de límites a los financiamientos a personas vinculadas, aplicación de límites de créditos a directores y trabajadores, actualización del monto máximo de cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos, aplicación de la sustitución de contraparte crediticia, actualización de lista de bancos de primera categoría, información sobre comisiones y honorarios que deberán presentar corredores y auxiliares de seguros-personas naturales.

En rigor, no estamos ante reglamentos ejecutivos. Estas normas materia de circulares apuntan más a ser «medidas», en cuanto constituyen actos o acciones concretos adoptados por la autoridad en razón del interés público para solucionar o mitigar los efectos nocivos de una situación o circunstancia singular y emergente. Las medidas en modo alguno son preceptos abstractos. Pero también es cierto que las medidas deben ser el medio proporcional y adecuado en relación con el objetivo o finalidad concretos y reconocidos como valiosos por el ordenamiento. Así, en las materias anotadas tenemos funciones específicas como «aplicar», «solicitar», «actualizar», «fijar».

5. ANÁLISIS

5.1. *Leyes medidas*

Es de indicar que las leyes medidas son también conocidas como leyes singulares, leyes de caso único y leyes acto.

Albertí Rovira (1986), aludiendo al sistema jurídico español, se pregunta:

[...] ¿Puede el Estado-poder central adoptar cualquier medida (decisión) a través de ley, y esta subsumirse en la categoría «legislación», como título habilitante de su competencia? O, en otras palabras, ¿basta la forma de ley para afirmar que una determinada actuación constituye efectivamente un ejercicio legítimo de la competencia legislativa del Estado? (p. 143)

Al respecto, y refiriéndose también al sistema jurídico español, Razquín Lizárraga (1992, p. 115) sostiene que la doctrina constitucionalista actual se ha ocupado de señalar la crisis de la ley, de su concepto y la dificultad de establecer un concepto unitario de ley, advirtiendo en determinados casos que incluso en este momento el único concepto que puede existir de ley es un concepto puramente formal, es decir que la ley es aprobada por el Parlamento a través de un procedimiento parlamentario. El mismo autor (p. 129) agrega luego que últimamente nos encontramos con que las leyes autonómicas de ordenación territorial y de urbanismo exigen normas con rango de ley para la aprobación de determinados planes. Así, respecto de materias sujetas hasta hace muy poco tiempo a nivel reglamentario se introduce la exigencia de ley formal, apareciendo los planes como leyes de artículo único que recogen como anexo formando parte de la ley el correspondiente plan. *Ello se origina en que uno de los problemas que ha agudizado la crisis de la ley ha sido la crisis de su nota de generalidad. La ley se entendía como expresión*

de la voluntad general y como tal la ley debía tener también carácter general, debía afectar a todos los individuos o a un sector de los mismos, no siendo materia de ley la individualización de sus mandatos, que correspondía al Poder Ejecutivo. La división de estas tareas se realizaba en función de la distribución del poder político entre las diversas instituciones del Estado y también en razón del diferente papel que a cada uno de estos órganos se concedía dentro del sistema constitucional (p. 131).

Así las cosas, Prada Fernández (2007) sostiene:

Esta idea material de ley [...] conduce indefectiblemente a la necesidad de cuestionarse si ello significa que viene constitucionalmente impuesto que toda ley en sentido formal deba ser, además, ley en sentido material; es decir, utilizando las viejas categorías, si toda ley ha de ser auténtica norma jurídica, precepto general y abstracto. No parece que sea así. Ninguna disposición constitucional expresamente exige la generalidad y abstracción como requisito de validez de las leyes [...] Por lo tanto [...] las leyes pueden tener un grado mayor o menor de generalidad y abstracción e, incluso, ser singulares. (s. p.)

El mismo autor agrega:

[...] aunque dada la índole de este trabajo, tenemos que comprobar pormenorizadamente su adecuación al ordenamiento [...]. Para ello se hace obligado, como cada vez que se cuestiona la generalidad y abstracción de las leyes, considerar la significación del principio de igualdad en la ley y si de este principio se deduce una exigencia de generalidad y abstracción, como requisito técnico, o requisito de validez absoluto para todo tipo de legislación. Queremos advertir que en este acercamiento al principio de igualdad solo nos preocupara su conexión con la generalidad y abstracción de las leyes, pues del principio deriva otra vertiente, como son los límites para el legislador [...]. (s. p.)

Si bien el autor recientemente citado se refiere al sistema jurídico español, la materia tratada en modo alguno es ajena al derecho patrio. En este también se da la figura de leyes formales que no son ni abstractas ni generales y que, sin embargo, están revestidas de la forma, valor y rango de ley. Son, pues, las leyes medida que tienen la virtualidad de ser habilitadas para un caso concreto y, a su vez, destinadas —y esto lo decimos *prima facie*— a una aplicación singular. De ahí, y como veremos, la importancia de la activación del artículo 103 de la Constitución, ya que lo que en definitiva se quiere cautelar es la primacía del principio de igualdad.

Razquín Lizárraga (1992) sostiene que un nuevo enfoque sobre esta cuestión se proyecta a través de la denominada reserva de jurisdicción. Muñoz Machado se ha ocupado de estudiarla exponiendo, dentro del marco de la división separación de poderes, el carácter de la reserva de jurisdicción como un límite a la potestad legislativa, consistente en que «el legislador no puede sustituir a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional», por lo que la Constitución (artículo 117.3) prohíbe que la ley asuma directamente el ejercicio de la función de juzgar. De ahí que, a su juicio, las leyes singulares (léase «medidas») pueden ser inconstitucionales por invadir la reserva de jurisdicción. Así, nuestro autor cita a Muñoz Machado quien establece que:

En la relación legislación-jurisdicción, podemos particularizar algunos casos, derivados de análisis ya establecidos en este estudio; por ejemplo: a) la generalidad de la ley no es un simple desiderátum, sino un principio que trata de preservar la distinción entre las reglas del derecho y su aplicación concreta, tarea esta última en la que es decisiva la aportación de la jurisdicción; b) las leyes de caso concreto, si no respetan las garantías que se han examinado ya en este estudio, pueden ocupar un lugar constitucional que pertenece a los órganos del Poder Judicial; c) la independencia de los jueces y la exclusividad de su función se pierden cuando la ley contiene instrucciones y mandatos dirigidos directamente a los jueces; d) hay leyes de convalidación e interpretación que invaden los dominios de la jurisdicción y hacen que los jueces y magistrados pierdan toda su independencia en el ejercicio de la función que le corresponde; etcétera. (pp. 136-137)

Al respecto, bien dice Jiménez Lechuga (1996, p. 193) que también existe una reserva de jurisdicción. Si esto no es así, si no guarda la ley las notas de generalidad, abstracción y residualidad, puede suceder muy bien que el legislador invada funciones de jueces y magistrados que difícilmente podrán

cumplir sus funciones de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» en el supuesto de leyes singulares y de caso único.

Así las cosas, el propio Jiménez Lechuga (1996, p. 199) cita a Carnelutti cuando este señala que la sustracción al control judicial de actos legislativos de estructura singular supone promulgar leyes en «fraude de ley» ya que, en puridad, lo que se hace es atribuir arbitrariamente fuerza de ley a un acto administrativo para evitar la tutela judicial ordinaria e impedir así *a radice* cualquier posibilidad de intervención judicial.

Según Jiménez Lechuga (1996, p. 184), y citando para tal efecto a una pluralidad de juristas, las leyes medida y las leyes marco han sido perfectamente estudiadas por la doctrina alemana cuyo representante más ilustre en este terreno es Forsthoff, para quien el Estado se ve obligado a intervenir en el curso de la economía, ordenando situaciones singulares que requieren una regulación legal, contraponiendo «obrar por fines» y «normar constituyente», que es la ordenación racional y justa arraigada en el *ethos*, la costumbre y la autoconciencia cultural del pueblo que corresponde al legislador. Así, puede decirse que las leyes medida significan una intervención del Poder Legislativo en lo que es función del Ejecutivo, lo que demanda un especial control por el Tribunal Constitucional con arreglo a los principios de que los tribunales «controlan» los actos de la Administración. Por tanto, conforme afirma Menger, las leyes medida solo son admisibles en el ámbito del Gobierno y de la Administración configuradora, pero de ninguna manera puede modificar el derecho existente. Estas tesis y diferenciaciones coinciden básicamente también con las ideas pioneras de Schmitt sobre la ley norma y la ley medida.

Como bien dice Díez-Picazo (1988, p. 83), las exigencias de un Estado de derecho —de la limitación del poder, en definitiva— *imponen que todos los actos de los poderes públicos, incluida la ley, tengan un ámbito de actuación propio y definido en sus linderos por el respeto al campo de los demás actos. La Constitución, en otras palabras, encomienda a cada acto unos determinados cometidos* (las cursivas son nuestras).

En tal sentido, Astarloa Huarte-Mendicoa (2021, p. 76), aun cuando refiriéndose al sistema jurídico español, sostiene que se padece una gran invasión de leyes medida y va siendo hora de que se rescate ámbitos a la generalidad. Y ello ha de traducirse en que las leyes no generen discriminaciones irrazonables, ni afecten derechos fundamentales, pero también que no invadan el espacio de los otros poderes, adoptando «decisiones típicamente ejecutivas» o «asuntos típicamente reglamentarios», debiendo entonces reducirse a casos que por su extraordinaria naturaleza no son remediables por los instrumentos normales de la Administración. En realidad, solo deberían tramitarse «leyes actos», es decir, actos que por diferentes motivos se revisten del rango de ley en los casos en que la Constitución lo ha previsto o sea razonable que alguna ley lo haga, en atención a la especial naturaleza del asunto.

En lo que respecta al derecho patrio, y en particular a las leyes medida, queremos hacer las siguientes anotaciones:

- a) *Prima facie*, la ley debe ser general y abstracta.
- b) Ello no quita que existan supuestos en que leyes medida, singulares o de caso único puedan gozar de legitimidad atribuida por la Constitución. El supuesto más evidente de ello es la ley anual de presupuesto público. Esta supone en términos materiales, fundamentalmente, una «autorización de gasto».
- c) Así, son de mencionar los siguientes supuestos, entre otros, en que la Constitución prevé la dación de leyes medida o leyes acto, por ejemplo: el artículo 60, en cuya virtud, *solo autorizado por ley expresa*, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; artículo 70, según el cual a nadie puede privarse de su propiedad, sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, *declarada por ley*; artículo 80, *in fine*, precisa que los

créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso de la República tal como la Ley de Presupuesto; artículo 85, que preceptúa que el BCR *requiere autorización por ley* cuando el monto de tales operaciones o convenios de crédito supera el límite señalado por el presupuesto del sector público, con cargo de dar cuenta al Congreso; el artículo 102(7), que dispone que corresponde al Congreso aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. El mismo artículo, en su numeral 8, prescribe que es competencia del Congreso prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.

- d) Mediante la dación de leyes medida, el legislador no puede configurarse en una suerte de autoridad administrativa, pues ello, muy probablemente, puede devenir en una arbitrariedad. Existe lo que Marienhoff llamó la «reserva de la Administración», esto es, un ámbito privativo y procedimental de actuación de la Administración Pública, ámbito interdicto al desenvolvimiento del legislador.
- e) En muchos casos, la dación de la ley medida puede suponer un agravio al principio de igualdad. Para tal efecto, la Constitución prescribe en su artículo 103: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas».
- f) La dación de leyes medida debe tener por finalidad la consecución de fines de interés general. Y es que aquí entra en juego el principio de razonabilidad en cuanto el deber de mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
- g) Todo lo dicho encuentra su basamento en el principio de separación de poderes que configura un mandato constitucional. Así, pues, mal podría el legislador abocarse causas pendientes en la jurisdicción o pendientes de iniciación, invocando, por ejemplo, razones de interés general. Al igual que en el caso de la Administración Pública, ello bien podría configurar una arbitrariedad y, naturalmente, un frontal agravio al principio de separación de poderes y, con este, al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.
- h) Al invadir la ley medida los fueros de la Administración Pública y de la jurisdicción, las decisiones que se tomen mediante tal ley medida y que debieran tener la naturaleza de sentencias judiciales y actos administrativos resolutivos, paradójicamente, terminarán detentando forma y fuerza de ley.
- i) La dación de leyes medida no supone ni importa la participación en su elaboración de los ciudadanos vinculados o interesados en la temática de que se trate, como sí ocurre en el caso de los reglamentos y actos administrativos.

Pese a todo lo señalado en el presente epígrafe, somos de la idea que la Ley formal sigue siendo una fuente de la mayor prominencia en el ordenamiento jurídico tal como a continuación lo indica García de Enterría, citado por Astarloa Huarte-Mendicoa (2021):

Por mucho que se resalte la crisis de la ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la ley (en el ámbito de la Constitución, naturalmente, que no es sino la *lex superior*), de ese lugar central e insustituible [...] la democracia necesita justamente de la ley [...] es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos a la que todos pueden invocar y en la que todos pueden alcanzar la justicia que la sociedad les debe. (p. 72)

5.2. *Reglamentos jurídicos medida*

Repasando *supra*, nosotros hemos definido los «reglamentos jurídicos medida» como actos concretos o líneas de acción, traducidos en normas de inmediata y singular aplicación, adoptadas por la Administración, con la finalidad, adecuada, valiosa y tutelada por el interés público y el ordenamiento, de enfrentar y solucionar o mitigar los efectos nocivos generados por situaciones o circunstancias singulares, emergentes, concretas y determinadas. No es problema admitir que las «medidas» configuran auténticas normas por reacción. Dado ello, tampoco es problema advertir el substrato *quirúrgico* de las «medidas». También es cierto que las medidas deben ser proporcionales y razonables en relación con el medio empleado y el fin público perseguido.

Sobre el particular, es de indicar que estos reglamentos, al ser producto de las administraciones públicas, están sujetos al principio de legalidad. Esto es, a diferencia de la Ley, tales administraciones dictarán los reglamentos en la medida en que estén positivamente autorizadas por el ordenamiento jurídico. Existe, reiteramos, una vinculación positiva entre Administración y ordenamiento jurídico. Las administraciones solo pueden desenvolver sus competencias y, en concreto, su potestad normativa en tanto y en cuanto se encuentren autorizadas de modo «positivo» por el ordenamiento y tengan por objetivo la consecución de los fines de interés público que el mismo ordenamiento les ha encomendado. Ello, en parte, debido a que las administraciones son personas jurídicas o sujetos de derecho y, en consecuencia, se encuentran vinculadas al ordenamiento jurídico pudiendo dictar reglamentos, en tanto la competencia y el diseño de fuente normativa hayan sido así habilitadas.

Además, el despliegue de dichas competencias ha de estar necesariamente orientada a la consecución de fines de interés público, pero no a la consecución de cualquier fin, inclusive público, sino únicamente de aquellos que han sido predisuestos por el ordenamiento jurídico para la Administración Pública de que se trate.

Supra también hemos definido al reglamento como un acto unilateral dado por la Administración Pública que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento o prosecución de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento, *esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas*. Según su relación específica con la ley, el reglamento puede ser ejecutivo, autónomo, independiente o doméstico. Los tres primeros reciben la denominación de «reglamentos jurídicos».

Lo que aquí realmente importa es deslindar o contrastar la «generalidad» y «abstracción» que al común de reglamentos corresponde, con la especial activación y efectos teleológicos propios de los reglamentos jurídicos medida.

García de Enterría y Fernández (2001, p. 81) manifiestan que el campo más propio de la «Ley-medida» es, justamente, el administrativo. Schmitt pretendía que era la forma legislativa típica de lo que llama el «Estado administrativo», supuesta fórmula política contemporánea que se caracteriza por un predominio de la Administración respecto de las otras funciones tradicionales del Estado. *Asimismo, se ha de aclarar que cuando se alude a «leyes-medida» no nos referimos solo, ni siquiera primordialmente, a las leyes en sentido formal, sino que incluimos también, y sobre todo, al reglamento*. Es esta la norma por excelencia de ese carácter contingente y concreto. Y es él, también, el que sobre esa actuación respecto de situaciones específicas añade una tendencia intrínseca hacia la ocasionalidad y la circunstancialidad que es ya menos justificada y, propiamente hablando, degenerativa. Ello ocurre como consecuencia de que el Reglamento es un producto de la Administración, ella misma, como ya sabemos, un sujeto de derecho que goza del formidable privilegio de crear, en una gran medida, las propias normas que han de vincularla. Es frecuente, entonces, que en esta creación retenga intereses propios, intereses corporativos u organizativos y no necesariamente generales, de los que le será difícil hacer abstracción, como tal organización, además, pretende normalmente alcanzar resultados concretos más que definir un orden tendencialmente permanente.

Agregan García de Enterría y Fernández (2001, pp. 81-82) que, en fin, la Administración está animada por hombres cuya normal voluntad de dominio no aminora, antes bien exacerba su inserción burocrática, porque si es cierto que la burocracia está teóricamente ordenada hacia una posición instrumental y de servicio, no lo es menos que es consustancial a la misma estar, como tal, afectada de graves e inevitables «disfunciones», entre las cuales se halla la tendencia a la apropiación del aparato, a convertirse en fin y no instrumento de la organización. La nota de contingencia, el carácter coyuntural, como ahora suele decirse, de buena parte de las normas que integran el ordenamiento jurídico-administrativo ha hecho surgir nuevos problemas que contribuyen a aumentar el tradicional problematismo de la teoría de las fuentes. La norma ha perdido en buena parte su antigua vinculación con la justicia y la ha sustituido por una muy estrecha con unas concretas circunstancias de suyo cambiantes. Este giro es verdaderamente capital y obliga a adoptarse a él a los planteamientos tradicionales. Las circunstancias determinantes y su eventual cambio se convierten así en protagonistas de primer orden a la hora de afrontar no solo los problemas relativos a la aplicación de la norma, sino también, y muy especialmente, los referentes a la creación misma de la norma, al control de su validez, a la determinación de su vigencia y, por supuesto, a los términos en que sí es posible su impugnación. Si la norma se justifica en función de unas circunstancias concretas, es claro que no puede ser legítimamente aplicada más allá de esas circunstancias. Es claro, también, que si las circunstancias cambian se pierde su justificación; es evidente que su propia vigencia está igualmente condicionada al mantenimiento de la situación con base en la cual fue dictada.

Al respecto, podemos indicar lo siguiente.

- a) Para nosotros no es tan sombrío el panorama que constituye el hecho de que la Administración pueda contribuir, en tanto persona jurídica, a crear su propio ordenamiento jurídico mediante la dación de sus reglamentos. Como ya se ha indicado *supra*, Schmitt pretendía que la dación de «medidas» era «la forma legislativa típica de lo que llama el “Estado administrativo”, supuesta fórmula política contemporánea que se caracteriza por un predominio de la Administración respecto de las otras funciones tradicionales del Estado» (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 80). Dadas las características de las medidas (singularidad, concreción), estas resultan imprescindibles para afrontar las circunstancias específicas que pudieran suscitarse (inflación, desastres naturales, recesión económica). En suma, creemos que una norma abstracta y general, supuestamente sustentada en el valor «justicia», mal podría ser de utilidad para afrontar de suscitarse, las circunstancias específicas así aludidas.
- b) Es verdad que los reglamentos «medida» requieren un control de constitucionalidad y de legalidad «especial». Queda claro que los reglamentos medida no son normas generales y abstractas. Aludimos a que estas medidas para que detenten legitimidad deben ser idóneas a efectos de que cumplan con la función de paliar la situación suscitada y concreta que demanda su dación. De desaparecer la «causa», la norma carecerá de todo efecto y sentido, pues no estará configurada para la consecución del fin de interés público, que no es otra cosa que mitigar la situación concreta y específica suscitada. Creemos que en un caso como el expuesto deberá ser de aplicación el principio de legalidad en su acepción jurídica y administrativa rigurosa, pues ante la falta de «causa» el ordenamiento no debe reconocer ni atribuir de modo positivo a la Administración la competencia para dar el reglamento de que se trate y que, de no haber modificación en las circunstancias concretas y singulares, pudiera corresponder. A modo de ejemplo, resulta ilustrativo citar la resolución del Consejo de Estado francés de 10 de enero de 1930, referida por García de Enterría y Fernández (2001, p. 82), la cual consagró la posibilidad de pedir en cualquier momento la modificación o derogación del reglamento en el supuesto de que hubiera cambiado las circunstancias que determinaron en su día la aprobación del mismo, así como la correlativa obligación de su autor de proceder, en este caso, a la adaptación de la norma a las nuevas circunstancias.

6. COLOFÓN

- a) Las «medidas» son una modalidad especial de reglamentos jurídicos que se deslindan nítidamente de los reglamentos ejecutivos, autónomos e independientes.

«Se llama reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración». Tal es la definición que ensayan García de Enterría y Fernández (2001, p. 177). Además de tener carácter de *prima facie*, la definición es diminuta, provisional y notoriamente subjetivista. Y calificamos esta definición como «subjetivista», pues además de aludir a la Administración, en modo alguno se refiere a un ámbito de materias que sea privativo, en alguna manera, de la actividad de la Administración Pública y, con ella, la dación de reglamentos. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la aludida «norma escrita»?

La respuesta la encontramos en el siguiente texto de Serra Rojas (2003):

Ese conjunto de normas en número superior al de las leyes *son creadoras de una situación jurídica general, abstracta, que en ningún caso regula una situación jurídica concreta* y son dictadas para la atención pormenorizada de los servicios públicos para la ejecución de la ley, y para los demás fines de la administración pública [...]. El reglamento facilita la aplicación de la ley. También se alude a los reglamentos sobre el régimen interior de las instituciones administrativas, desde luego excluidos los reglamentos de las corporaciones paraestatales». (p. 197) (Las cursivas son nuestras)

Precisamente, las cursivas correspondientes a la cita inmediata precedente suponen o importan el contraste entre las «medidas» y el resto de los distintos tipos de reglamento. Más que su alcance normativo (generalidad-abstracción) cuando hablamos de reglamentos medida debemos poner de relieve su naturaleza «instrumental». La teoría podrá decir que todo reglamento es general y abstracto, pero en la esforzada hermenéutica del derecho administrativo no podemos dejar de lado el aspecto circunstancial, singular y concreto que activan la dación de los reglamentos materia de estudio y para cuyo efecto al ser, precisamente, medidas, denotan de modo nítido su naturaleza instrumental.

Siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, p. 185), creemos necesario decir algunas palabras sobre los actos administrativos generales. Estos están destinados a una pluralidad de sujetos que no se determina aun siendo determinable, y otros donde ni siquiera la determinación previa o posterior es posible. Hay, a la vez, en estos actos colectivos meras invitaciones (concursos públicos), pero también verdaderos condicionamientos de derechos y señalamientos de caducidades e inclusive verdaderas órdenes colectivas. El caso más importante de estas es el de las órdenes generales de policía (órdenes de limpieza de las calles en días de nevada, instrucciones en caso de catástrofe). Parece claro que, no obstante la generalidad de estos actos, y aun de su posible carácter preceptivo, no estamos en presencia de verdaderos reglamentos. La razón: tales actos, no obstante la generalidad de sus contenidos, no se integran en el ordenamiento jurídico, este sigue siendo el mismo antes y después de que esos actos se produzcan o se cumplan, son actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo. El criterio puede ilustrarse con una comprobación muy simple: el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en un simple cumplimiento, se consume en este; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto.

- b) Al tener las medidas la naturaleza de reglamento queda descartado de plano el planteamiento consistente en que las medidas puedan configurar una manifestación de voluntad de la Administración que se deslinde de las tradicionales.
- c) No vemos inconveniente en que las medidas también puedan tener forma, fuerza y valor de ley. Inclusive y como se ha visto *supra*, la Constitución remite algunas materias a la regulación por leyes singulares. El límite a la actividad del legislador será en todo caso, el respeto que deba guardar por la «reserva jurisdiccional» y la «reserva administrativa». El artículo 103, *ab*

initio, de la Constitución dispone: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas». Creemos que este artículo tiene como *ratio*, además de garantizar el principio de igualdad, mantener y preservar indemnes el ámbito privativo de la jurisdicción y de la capacidad procedimental de las administraciones públicas de cualquier intromisión invasiva del legislador.

7. REFERENCIAS

- Albertí Rovira, E. (Septiembre-diciembre 1986). Leyes medidas y distribución de competencia: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18), pp. 141-162.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2021). Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo. *Revista de las Cortes Generales*, (110), primer semestre.
- De la Morena, L. (Enero-diciembre 1983). Derecho administrativo e interés público. Correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 847-880.
- Díez-Picazo, L. (Septiembre-diciembre 1988). Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de la Ley en la Constitución española?). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (2), año 8.
- Fernández, T. (Enero-abril, 2012). Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. *Revista de Administración Pública*, (187), pp.141-170.
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, (38), pp. 159-205.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Jiménez Lechuga, F. (1996). “Las leyes singulares en el derecho español: de nuevo sobre el caso Rumasa y su epílogo, la S.T.E.D.H. de 23 de junio de 1993”. En: *Revista de las Cortes Generales*, (37). Disponible en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/download/782/1344/>
- Meilán Gil, J. (2011). «Una concepción iusadministrativista vista de los contratos públicos». *Derecho PUCP*, (66), pp. 223-245.
- Mendoza Escalante, M. (2000). «El amparo como mecanismo de control de la constitucionalidad». *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 363-397.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (marzo de 2001). «Consideraciones generales acerca del pago de intereses». *Advocatus, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, (4), pp. 171-199. <https://castillofreyre.com/articulos/consideraciones-generales-acerca-del-pago-de-intereses-2/>
- Prada Fernández, J. (2007). *Contribución al examen de la transformación de la categoría de ley en los estados constitucionales contemporáneos*. [Tesis doctoral]. Tenerife: Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. <https://www.eumed.net/tesis-doctorales/2007/jlp/621.htm>
- Razquín Lizárraga, M. (Mayo-agosto 1992). Ley autonómica, reglamento y control. *Revista de Administración Pública*, (128). <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/238091992128107.pdf>

Serra Rojas, A. (2003). *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Primer curso*. México D. F.: Porrúa.

Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN GENERAL

Sumario: 1. Antecedentes.— 2. Naturaleza jurídica.— 3. «Medidas».— 4. Control político y jurisdiccional.— 5. Los decretos de urgencia y las competencias de las administraciones públicas autónomas.— 6. Referencias.

«I put on an act sometimes, and people think I'm insensitive. Really, it's like a kind of armor because I'm too sensitive. If there are two hundred people in a room and one of them doesn't like me, I've got to get out.»
Marlon Brando

1. ANTECEDENTES

El artículo 211.20 de la derogada carta de 1979 regulaba como atribución del Presidente de la República, el dictado de medidas extraordinarias de acuerdo a lo siguiente: «Administrar la hacienda pública; negociar los empréstitos; y *dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso*» (las cursivas son nuestras).

Como veremos a lo largo de este epígrafe, la Asamblea Constituyente que redactó la carta de 1979 descartó expresamente lo que en su acepción jurídica rigurosa constituyen «decretos de urgencia». Pero la atribución presidencial consistente en la dación de medidas extraordinarias en materia económica y financiera a que se refiere el mismo artículo 211.20 de la carta de 1979 se mantuvo indemne a lo largo del debate y formó parte del articulado de tal Constitución. A estas «medidas» se les otorgó indebidamente la forma normativa de «decreto supremo». Esto generaba aún más confusión, pues sabido es que bajo la denominación de «decretos supremos» se configuran una serie de modalidades preceptuales como son los «decretos supremos ejecutivos», los «decretos supremos autónomos», los «decretos supremos independientes», y los «decretos supremos autoorganizativos». De otra parte, y como ya lo hemos insinuado, los auténticos decretos de urgencia, denominados «decretos leyes» en el proyecto, fueron expresamente descartados por la Asamblea Constituyente. Así, por lo expuesto, se puede afirmar que los decretos supremos —a los que agregaremos el adjetivo de «extraordinarios»— entraron al derecho patrio por la puerta trasera.

Según Bernaldes Ballesteros (1989):

[...] el Partido Popular Cristiano propuso a la Asamblea un proyecto que incluía expresamente los decretos de urgencia, bajo la modalidad de decretos-leyes. La Asamblea no aceptó tal temperamento de tal manera que el inciso 20 carece de antecedentes que abonen la posibilidad de considerar las medidas extraordinarias como decretos-leyes. Antes bien, hay fundamento para sostener que la deliberación constituyente fue más bien en sentido contrario, evitando que por esa vía el Ejecutivo pudiese legislar. (p. 151)

En tal sentido, Planas Silva (1993) daba cuenta:

En sesión del 23 de mayo de 1979, la Comisión Principal revisó el título en torno a la Estructura del Estado en función de los criterios expresados en el debate de la Asamblea. El constituyente Enrique Chirinos Soto (PAP) propone suprimir, dentro de las atribuciones de la Comisión Permanente, la de «autorizar al Presidente de la República a dictar decretos de urgencia con fuerza de ley», preocupado por el significado limitativo de la «autorización». El constituyente Ramírez del Villar transó y recomendó que las atribuciones de la Comisión Permanente sean aquellas «que le señala la Constitución y el Reglamento del Congreso», tal como quedó establecido en el artículo 185 de la Constitución de 1979. Así se suprimió la referencia al decreto de urgencia en el primero

de los cinco artículos reseñados; sin embargo, aún quedaban cuatro. Entre ellos, un artículo expreso (artículo 195) y otro, que distinguía entre decretos legislativos y decretos de urgencia (artículo 196). Los constituyentes Roger Cáceres Velásquez (FNTC) y Enrique Chirinos Soto (PAP) consideraron que ambos artículos, al consagrar el decreto de urgencia, *reforzaban en exceso las facultades del Presidente de la República* y que era conveniente suprimir el instituto. Ramírez del Villar (PPC) aceptó la supresión y así fue votada y aprobada la eliminación de los decretos de urgencia de la Constitución de 1979. Como era evidente, a propuesta del propio constituyente Enrique Chirinos Soto, también fue suprimida la mención al decreto de urgencia dentro del artículo que consignaba las atribuciones del Presidente de la República.

Paralelamente, la figura de las «medidas extraordinarias en materia económica y financiera», considerada también dentro de las atribuciones del Presidente de la República, siguió su curso sin mayor debate. Fue ratificada por la Comisión Principal y aprobada, luego, en la Asamblea Constituyente, con el tenor propuesto por la Comisión que es el mismo que figura como inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979. (p. 140)

Sin embargo, y una vez entrada en vigencia la Constitución de 1979, tal parece que esta fuente extraordinaria de derecho —«medidas extraordinarias en materia económica y financiera»—, permaneció en una suerte de *vacatio legis de facto*, pues no es sino hasta el año 1983 que se empieza a hacer uso de la misma. Según Eguiguren (1986): «[...] dicha norma pasó virtualmente inadvertida para los analistas de la nueva Constitución, adquiriendo luego gran notoriedad sólo a raíz de su empleo profuso y distorsionado tanto en el anterior gobierno como en el actual» (p. 171).

El mismo Eguiguren (1986) agrega:

Tenemos casi la certeza de que los constituyentes no tomaron plena consciencia de la nueva institución que estaban introduciendo en la carta constitucional, lo que se evidencia en la virtual ausencia de debate y fundamentación sobre la materia, y en las omisiones y confusiones presentes en el texto final. Por ello no faltan quienes sostienen que los llamados decretos de necesidad y urgencia fueron rechazados y excluidos en el proceso constituyente; pero al afirmarlo no alcanzan a descubrir que los constituyentes (no sabemos si queriéndolo o no) plasmaron una atribución presidencial que permite dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera sin necesidad de requerir autorización previa alguna del Parlamento y con cargo a rendirle ulteriormente cuentas a este. (p. 176)

Decía Planas Silva (1993, p. 146) que el revuelo doctrinal —y político— surgió a mediados de 1983 al expedirse, apelando al inciso 20, los decretos supremos 100-83-EFC, 175-83-EFC, 179-83-EFC y 198-83-EFC, vinculados todos ellos con operaciones de renegociación de la deuda externa.

Curiosamente, como bien dice Herrera Vásquez (1996), las «medidas extraordinarias» fueron aprobadas *casi inadvertidamente*, sin sufrir modificación la propuesta de la Comisión Especial de Poderes del Estado, resultando el tenor del artículo 211, inciso 20 de la carta de 1979» (p. 241) (las cursivas son nuestras).

Así las cosas, durante un buen tiempo nadie vio el gorila color rosado de quinientos kilos de peso que se paseaba por el salón.

El uso que distintos gobiernos hicieron de esta fuente de derecho fue excesivo y hasta frenético: un uso incontrolado, aunque no resultaría apropiado en este caso hablar de uso, sino de «abuso».

Así, mediante estos decretos supremos «extraordinarios» se regularon sistemáticamente distintas materias de orden financiero y económico, específicamente de naturaleza tributaria, presupuestaria (créditos suplementarios) y control de moneda extranjera (Tafur, 2015, p. 146).

Contaba Planas Silva (1993, p. 146) que entre 1980 y 1992 —antes del 5 de abril—, César Landa había podido detectar la espeluznante cantidad de 2579 «medidas extraordinarias» derivadas de este

inciso 20. De ellas, corresponden 667 al periodo constitucional del presidente Belaunde; 1338 al presidente García y 574 a los veinte meses en que el ingeniero Fujimori actuó como presidente constitucional.

En cuanto a los desencuentros interorgánicos entre Congreso y Poder Ejecutivo, la dación de esta cantidad exorbitante de decretos supremos extraordinarios —entre otras contingencias— devino en la crisis constitucional que concluyó con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 conducido por el presidente Fujimori.

Jiménez Mayor (1994) explica muy bien cómo se configuró esta coyuntura:

La actitud de hostilidad del Gobierno se reflejó en muchos ámbitos, como en el abuso de la utilización de figuras constitucionales extraordinarias, como son los decretos supremos de urgencia que dispone el inciso 20) del art. 211 de la Constitución. Su uso fue por decir lo menos, exagerado, transformando las más diversas normas del Estado y legislando a través de decretos, con prescindencia de los mecanismos legales, desnaturalizando la institución en lo que compete a lo extraordinario y urgente de la medida. (p. 158)

Pero hay más. El artículo 132 de la Constitución de 1979 disponía que «En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario». Durante la vigencia de la Constitución de 1979 no hubo, en líneas generales, acuerdo en la doctrina nacional sobre la naturaleza y alcances del artículo 132. No se pudo deslindar la naturaleza de esta facultad de intervenir la actividad económica con la establecida en el artículo 211.20 de la derogada carta. Inclusive, hubo casos de decretos supremos «extraordinarios» cuyo dictado se fundamentaba tanto en el artículo 211.20 como en el artículo 132. (Tafur Charun, 2015, p. 147).

Aunque ya es muy tarde pues ambos artículos constitucionales no están más en vigencia, consideramos que no es un ejercicio inútil decir algunas palabras sobre este asunto. Nos atreveríamos a decir que en una Constitución como la de 1979, que consagraba una intensa participación del Estado en la economía, resultaba completamente fuera de lugar una norma como la del artículo 132. Esta norma partía de un supuesto claro: el Estado en condiciones de normalidad no interviene en la economía. En otras palabras, el lugar de una norma como la contenida en el artículo 132 correspondía a una Constitución de un Estado gendarme y liberal. Esto es, Estado gendarme en tanto

[...] sistema que hace del mercado la clave de la asignación de recursos, la gran motivación para la intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y se restringirá su iniciativa empresarial a sectores como servicios públicos sociales (salud, educación, asistencia social, etc.) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos a los inversionistas privados (tales como infraestructura vial y energética). (Ochoa Cardich, 1985, p. 233)

Sobre el particular, el mismo Ochoa Cardich (1990) manifiesta:

El Estado ante la defensa de la individualidad conlleva una desvalorización de este que queda reducido a un Estado mínimo relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (*night-watchman state*) limitado a velar por los derechos individuales, imposibilitado de restringirlos en función del interés social o público. (p. 194)

Sí, pues, el artículo 132, era un dispositivo más apropiado para un Estado gendarme y liberal.

El Estado diseñado por la carta de 1979 era, pues, potencialmente intervencionista. Al respecto, baste con citar el artículo 110 de esta Constitución que a la letra dice:

El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno

empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores. (Tafur, 2015, pp. 148-149)

Así, Ochoa Cardich y Kresalja (1999, p. 734) refieren que es con la carta de 1979, que dedicó su título III al «régimen económico», que se inicia la configuración de una Constitución económica propiamente dicha, sistematizada y orgánica, mediante la recepción tardía de un Estado social de derecho que combinaba el reconocimiento de la iniciativa privada dentro de una «economía social de mercado», con un rol potencialmente intervencionista del Estado en las relaciones económicas y con una presencia significativa de empresas públicas.

Sobre este mismo tema, aun cuando en otro trabajo, Ochoa Cardich (2013) aludía al régimen económico de la carta de 1979 como sigue:

La Constitución peruana de 1979, en su artículo 115, proclamó como sistema económico constitucional a la *economía social de mercado* y estableció, dentro de los principios del régimen económico, la habilitación al Estado de reservarse actividades productivas o de servicios. Esta reserva constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acuerde por ley y que se declare la existencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y de seguridad nacional. (p. 112)

En fin, es el profesor Ochoa Cardich (1990) quien alude al artículo 132 de la carta de 1979 del modo siguiente:

A nuestro juicio, debemos precisar que dentro del ordenamiento jurídico peruano la intervención es una institución de derecho administrativo, constitucionalizada por el artículo 132 de la Constitución de 1979, constituyendo una restricción a los principios de libre iniciativa privada y al de libertad de industria y comercio, establecidos en los artículos 115 y 131 de la Constitución, así como del derecho de propiedad privada sobre el cual es viable el ejercicio de la libertad de empresa. (p. 199)

Por nuestra parte, y sin embargo, creemos que nunca resultó necesaria la inclusión de la potestad contenida en el artículo 132 de la Constitución de 1979. Ya el Poder Ejecutivo estaba investido por el artículo 211.20 de la potestad de dictar medidas de urgencia en materia económica y financiera cuando así lo requiriese el interés nacional. Incluso, como ya se dijo, el Poder Ejecutivo dictó una pluralidad de medidas de urgencia basándose, además del artículo 211.20, en el aludido artículo 132. Si de lo que se trataba era de establecer una norma específica para el caso de restringir, intervenir o interferir la actividad empresarial privada, resultaba suficiente el artículo 114 de la misma Constitución. Como hemos visto, el artículo 114 disponía: «Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos».

El único aspecto que podría configurar un contraste entre los decretos supremos de urgencia y las medidas del artículo 132 de la carta de 1979 es que este último atribuye también tal potestad al Estado y no solo al Presidente de la República, como es en el caso de las medidas dispuestas en el artículo 211.20. Esto es, habrían contado también con esta potestad el Congreso de la República, las regiones, los municipios, las administraciones públicas autónomas en cuanto tengan un ámbito de competencia de virtualidad económica y financiera (Tafur Charun, 2015, pp. 150-151).

Reiteramos la pregunta: qué organismos incluía el término «Estado» al cual aludía el artículo 132. Podría ser el Congreso (mediante ley) o el Poder Ejecutivo. No se descartaría tampoco que los gobiernos regionales y los gobiernos locales hubieran podido ejercer esta potestad dictando medidas cuando la situación de crisis grave o emergencia se configurase dentro de su correspondiente ámbito territorial y afectara sus intereses respectivos y con estos, su ámbito privativo competencial.

El artículo 132 de la carta de 1979 no podía ser calificado sino como un «texto anómalo», esto es, implicaba un resquebrajamiento de la carta de 1979 en su coherencia sistemática en materia económica y financiera (Tafur Charun, 2015, p. 151)

Sin embargo, es pertinente citar a García Belaunde (1994), cuando refiriéndose a situaciones como la reseñada con relación al artículo 132 de la carta derogada, afirma que:

En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico, en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra a tal punto que se ha alegado la existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el baremo final al cual se remite como cierre toda interpretación.

Por cierto, dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así, hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan solo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomamos dos normas en pie de igualdad y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada). (p. 31)

2. NATURALEZA JURÍDICA

Es el artículo 118.19 de la Constitución de 1993 el que define como potestad del Presidente de la República el dictar decretos de urgencia:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

A continuación, nos ocuparemos de algunos aspectos referentes a los decretos de urgencia, los mismos que consideramos de la mayor importancia, tales como su naturaleza jurídica, virtualidad normativa, y ámbito material de competencia.

En primer lugar, resulta por demás importante citar a Muñoz Machado (2015) cuando se refiere a la *ratio* de las normas de excepción:

A lo largo de la historia de la utilización de normas gubernamentales con rango de ley, se han visto aparecer casi todas las justificaciones posibles de dicha práctica: la necesidad como fuente del derecho, que permite sustituir la legalidad ordinaria por otra de excepción en cuyo marco es posible, naturalmente, hacer ceder el régimen de la separación de poderes y, con él, el de la atribución de la función legislativa, para atender a la defensa de un bien jurídico perentorio y más fuerte. Igualmente, la urgencia es el motivo de que si el Parlamento no puede dar respuesta a las necesidades inminentes, deba el Gobierno extender su función de gestor. La atención inmediata de los problemas permite esta sustitución provisional de papeles que, incluso, como hemos visto en algunas experiencias históricas, admite una ratificación ulterior por el Parlamento de lo hecho por el Gobierno. (p. 96)

De esta manera, al suponer la dación de decretos de urgencia una subversión del orden normal de competencias y ser, en alguna medida, una válvula de escape del sistema de competencias, y al descansar uno de sus supuestos habilitadores en el *interés nacional*, esto es, en un criterio estándar o concepto jurídicamente indeterminado, tal dación debe ser un recurso de extremo uso excepcional (De la Morena, 1978, p. 169).

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (2001) opinan:

Las potestades administrativas no pueden ejercitarse, sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple

admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades. (pp. 445-446)

García de Enterría (1962, p. 168) enseña que cuando, entre otros, la potestad discrecional encuentra sus límites en lo que al fin de la misma se refiere. El fin es un elemento reglado de la potestad. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Como un adelanto de la noción de «medidas» en concreto y su relación con los fines de interés público, es de citar a Fernández (2012) cuando indica que las normas de urgencia no serán arbitrarias «solo si tales medidas persiguen una finalidad de interés general y respetan al propio tiempo el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo» (p. 161). García de Enterría y Fernández (2001) sostienen:

Que la dación de medidas de urgencia no puede ser abusivamente ejercida. Es una potestad claramente excepcional y no de uso ordinario o general y que ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de objetiva «necesidad», y necesidad de claro interés general. Se alteran las competencias normales por razones también excepcionales y estrictamente valoradas, y de interés general que resulten objetivables y visibles. Por la naturaleza de su virtualidad normativa y las circunstancias propias y especiales de su dación de acuerdo a los supuestos habilitadores, las normas de urgencia no pueden ser catalogadas, sino como medidas». (p. 338)

En lo que respecta al ámbito material de competencias de los decretos de urgencia, queda claro que los mismos se circunscriben a la regulación de materia económica y financiera una vez configurados los supuestos habilitadores, claro está. Sobre la materia económica y financiera, y con cargo a definirla de modo ulterior a través de una marcada concretización, podemos indicar lo siguiente:

Las finanzas públicas constituyen la actividad económica del sector público, con su particular y característica estructura que convive con la economía de mercado, de la cual obtiene los recursos y a la cual le presta un marco de acción.

Comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la nación y todos los demás bienes y rentas cuya administración corresponde al poder nacional a través de las distintas instituciones creadas por el Estado para tal fin. El Estado para realizar sus funciones y afrontar sus necesidades públicas debe contar con recursos, y los mismos se obtienen a través de los diferentes procedimientos legalmente estatuidos y preceptuados en principios legales constitucionales.

Las finanzas públicas establece; estudia las necesidades; crea los recursos; ingresos; gastos. El Estado hace uso de los recursos necesarios provenientes de su gestión política para desarrollar actividades financieras a través de la explotación y distribución de las riquezas para satisfacer las necesidades públicas (individuales y colectivas). (elEconomista, s. f.).

Por nuestra parte, es correcto precisar que la materia económica y financiera es muy amplia. De una forma u otra cualquier materia puede tener un substrato económico y financiero, por lo que para efectos prácticos lo correcto sería enumerar algunas materias que, sin lugar a dudas, forman parte de la misma. Así, por ejemplo, tenemos las siguientes: tributos, presupuestos, regulación del crédito, regulación de la moneda, políticas antiinflacionarias, políticas antirecesión, tasas de interés, fijación de tarifas, administración del Tesoro Público, supervisión del sistema financiero, crédito público, emisión de bonos y otros valores, regular el gasto público, fomentar la inversión, administración de bienes públicos, contratación de bienes y servicios, regulación de precios, fijación de encaje, regulación de las reservas del fisco, administración de la deuda pública, balanza de pagos, fijación de tasas de reajuste de deudas (estabilización), infraestructura, servicios públicos.

Sin embargo, y entre algunas de las materias acabadas de citar, las hay las que escapan al modelo de la Constitución vigente. Por ejemplo, fijación de tarifas y control de precios.

En todo caso corresponderá al supremo intérprete y al Congreso, caso por caso, determinar si en realidad se configura en el decreto de urgencia dado, la materia económica y financiera, sin olvidar que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado y existe en algún grado, un elemento de discrecionalidad.

Pero según el artículo 74 de la Constitución los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Ello se explica simplemente en la necesidad de suprimir esta materia dado el funesto precedente que supuso la creación indebida de tributos a través de decretos supremos «extraordinarios» bajo la Constitución de 1979.

De otro lado, no deja de ser interesante el artículo 135, cuyo texto es como sigue:

Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, *el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia*, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale. (Las cursivas son nuestras)

Al respecto, solo tenemos una pregunta: ¿qué pasa si durante el interregno se requiere con urgencia la creación de tributos para financiar un súbito déficit fiscal?

Entendemos que el texto constitucional debe hallar su propia sistematicidad y coherencia. Y ya hemos visto hasta el cansancio que las situaciones emergentes y de urgencia hacen saltar y modificar el esquema normal y ordinario de competencias. Ello porque se trata de cautelar los fines de interés general. No existe otra explicación. Por ello creemos que ante una emergencia de naturaleza tributaria y estando vigente el interregno, los decretos de urgencia podrán regular materia tributaria. Al respecto, y como refuerzo de nuestro aserto, es de citar a Rivero (1951) cuando alude al «estado de necesidad normativa» del siguiente modo:

Es propio de la naturaleza de la acción, gubernamental del poder, si el interés público lo exige, liberarse de la letra de la ley cuando esta paralizaría peligrosamente iniciativas necesarias, de donde se deriva la teoría de las «circunstancias excepcionales» que reconocen en tiempo de crisis la legalidad de las decisiones necesarias aun cuando hayan sido tomadas estas *praeter lege* o incluso *contra lege*. (p. 295)

Queda claro que una vez concluido el interregno tales decretos se elevarán al Congreso.

Se debe notar, asimismo, que el interregno puede durar hasta más de cuatro meses contados desde la fecha de disolución (artículo 134).

3. «MEDIDAS»

Un buen ejemplo de lo que es una «medida» lo encontramos en el Decreto de Urgencia n.º 018-2022, el cual tiene por objeto establecer medidas que permitan garantizar la capacidad de respuesta en la atención de salud con la disponibilidad de los recursos humanos necesarios para sostener la operatividad del sistema de salud en todos los niveles de atención, frente a la pandemia causada por la COVID-19 y dictar otras disposiciones. Otro ejemplo es el Decreto de Urgencia n.º 011-2022 el cual tiene por objeto establecer medidas extraordinarias complementarias, en materia económica y financiera, para que las empresas del sistema financiero con sus recursos propios puedan reprogramar los créditos garantizados con el Programa «Reactiva Perú», para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto de la COVID-19; así como para financiar actividades de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, así como sus gastos

operativos, a fin de coadyuvar a la recuperación de la inversión pública y privada. Finalmente, el Decreto de Urgencia n.º 010-2022 que tiene por objeto aprobar medidas extraordinarias en materia económica y financiera que permitan el aseguramiento de la comercialización de hidrocarburos a nivel nacional y mantener la continuidad de la cadena de pagos, a través del otorgamiento excepcional de un apoyo financiero transitorio a favor de la empresa Petróleos del Perú - Petroperú S. A., así como a autorizar la emisión de Documentos Cancelatorios - Tesoro Público destinados al pago de derechos arancelarios e impuestos asociados a las compras de crudo y productos combustibles que realice Petroperú S. A., así como cualquier otro impuesto a cargo de dicha empresa por sus operaciones de comercialización de combustibles.

Se ha escrito mucho sobre las «leyes medidas». Sin embargo, a nuestro entender, la mejor definición de las mismas es brindada paradójicamente por un eximio civilista. Aun cuando las denomina «leyes de circunstancia», el profesor Osterling Parodi (2007) define las leyes medidas como que:

La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El «legislador de emergencia» empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas.

«Leyes de circunstancias» las llaman. La equidad, el interés social, el orden público obligan al «legislador de emergencia» a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas «leyes de circunstancias» empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestro tiempo. (pp. 16-17)

Una definición de las «medidas» o «leyes medidas» es la que proveen García de Enterría y Fernández (2001) cuando sostienen:

Estas leyes o normas escritas, ya lo hemos visto, han dejado de ser un precepto orientado a definir una justicia abstracta para convertirse en una voluntad ordenada a un fin político concreto, a una conformación política determinada. Esos fines políticos expresan o deben expresar verdaderas necesidades públicas (industrializar o desarrollar una región deprimida, por ejemplo, aumentar o disminuir el gasto público para levantar la onda baja del ciclo económico o reducir la inflación, promover la inversión; en general, atender a «los principios rectores de la política social y económica» que la Constitución impone) [...]. Y en ese sentido se legitiman como determinaciones públicas y como contenidos de una norma; pero al convertirse tales fines en instrumento inmediato de esta, la norma no se propone ya otra cosa que el resultado político que se intenta conseguir, haciendo abstracción de todos los problemas de justicia que para llegar a tal resultado final han de plantearse necesariamente. (p. 85)

Otra definición de «ley-medida» que me parece importante citar, pese a su brevedad, es la que formula Gómez-Ferrer Morant (1987): «Son leyes que se dictan para una finalidad concreta y con un contenido adecuado a dicha finalidad» (p. 14).

Ángel Acedo Penco (2010, p. 77), aunque las llama «medidas legislativas», las define como medidas de carácter excepcional para afrontar determinadas situaciones imprevistas de gran repercusión social.

Se ha hablado, dice Díez-Picazo (1988, p. 11), de las leyes medida que son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto, a adoptar medidas de situación, leyes, por consiguiente, sin ninguna pretensión de perennidad. La ley se va convirtiendo, asimismo, en un instrumento de carácter tecnocrático, muy relacionada con las coyunturas económicas (por ejemplo, la ley de aprobación de un plan económico).

Sin embargo, la definición de «medida» realizada por el Tribunal Constitucional es más bien pobre: «Leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito reducido de destinatarios (artículo 103 de la Constitución)» (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 13).

De acuerdo a esta última definición, cualquier norma que verse sobre asuntos concretos y singulares que afecten a una pluralidad reducida de administrados, sería «ley medida».

Así, pues, y según García de Enterría (1979) las normas de urgencia constituirían «medidas» (en su acepción jurídica rigurosa), que de darse los supuestos habilitantes, esto es, *estado de necesidad normativa*, subvierten el orden normal de las competencias de naturaleza económica y financiera, y en tal sentido, constituyen auténticas normas de intervención.

En casos de necesidad y en virtud del principio *salus publica lex*, esto se entiende que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite a que se tramite y apruebe una Ley). (p. 82)

Por nuestra parte, y provisionalmente, definiremos los probables «reglamentos jurídicos medida» —formalmente en cuanto decretos de urgencia— como actos concretos o líneas de acción, traducidos en normas de inmediata y singular aplicación, adoptadas por la Administración, con la finalidad, adecuada, valiosa y tutelada por el interés público y el ordenamiento de enfrenar y solucionar o mitigar los efectos nocivos generados por situaciones o circunstancias singulares, emergentes, concretas y determinadas. No es problema admitir que las «medidas» configuran auténticas normas por reacción. Dado ello, tampoco es problema advertir el substrato *quiriúrgico* de las «medidas». También es cierto que las medidas deben ser proporcionales y razonables en relación con el medio empleado y el fin público perseguido.

4. CONTROL POLÍTICO Y JURISDICCIONAL

El artículo 118.19 de la carta política peruana vigente constituye en rigor una auténtica «cláusula general habilitante para el ejercicio de competencias ajenas».

La realidad de los hechos nos ha demostrado que por cerca de cuarenta años la dación de decretos de urgencia no ha sido excepcional. Es menester que en cuanto al presupuesto fáctico habilitador para la dación de los decretos de urgencia se debe ejercer control tomando en cuenta la «regla de proporcionalidad y razonabilidad».

Es nítido, según el artículo 11.4 de la LOPE, que los decretos de urgencia están sujetos al control político del Congreso de la República. Ello supone un gran avance en «la lucha contra las inmunidades del poder político», pero queda pendiente el tema en lo que se refiere a la habilitación de la jurisdicción constitucional para ejercer, además del control de razonabilidad y proporcionalidad, el control de oportunidad y conveniencia.

Por ello en las líneas siguientes elaboraremos algunas consideraciones sobre la conveniencia y la justificación de que la jurisdicción ejerza el aludido control sobre los decretos de urgencia cuando se configure un estado de necesidad normativa.

El tema es más pacífico en el caso del control parlamentario, pues caben distintos tipos de control (oportunidad, conveniencia, razonabilidad y proporcionalidad). Como bien sostiene Ruíz Mollado (2000):

El parámetro del control parlamentario puede ser básicamente de dos tipos, un control político sobre la base del principio de oportunidad, y un control jurídico, sobre la base del principio de constitucionalidad, pudiendo el Parlamento recurrir a ambos, sin jamás olvidar que la decisión es básicamente sobre la base de un control político, debido a la naturaleza política del Congreso.

Incluso, hemos sostenido que aun cuando utilicemos el parámetro del control jurídico constitucional es inevitable la recurrencia al principio de oportunidad, en la evaluación de los requisitos exigidos por la Constitución. (p. 543)

No queremos, sin embargo, iniciar el tratamiento del control de razonabilidad y proporcionalidad por parte de la jurisdicción sobre decretos de urgencia sin antes referir que durante el franquismo, el jefe de Gobierno contaba con la facultad de dictar normas de urgencia frente a casos de calamidad pública. Estas normas se denominaban decretos leyes. La apreciación de la urgencia en cada caso correspondía exclusivamente al jefe del Estado. El hecho de que no se diera la urgencia en determinados supuestos no tenía, pues, relevancia jurídica alguna, como tampoco la simple noticia al Gobierno, dada la publicación de las disposiciones en el *Boletín Oficial del Estado* (Salas, 1966, p. 46).

Lo sucedido con ocasión del *putch* de Argelia en 1962, configura un auténtico hecho histórico de punto de no retorno.

Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado (francés) de un recurso dirigido contra un acto producido por el presidente De Gaulle, en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución, poderes que utilizó en el *putch* de Argel. Pues bien, para un gran sector de la doctrina el ejercicio de estos poderes extraordinarios, todos los poderes del Estado, que el presidente asume, era infiscalizable ante la jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado dijo lo contrario. Afirmó que estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podrán incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, son plenamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando de la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno [...]. (García de Enterría, 1962, p. 192)

Entrando en materia, diremos que la actuación del Estado, tanto en su sustrato político y jurisdiccional, así como meramente administrativo, ha de discurrir hacia la consecución de los fines públicos para el logro del bienestar de los ciudadanos. Así, sin tales fines públicos no se justificaría la actividad de los poderes del Estado, y menos aun cuando dicha actuación está revestida de la potestad de imperio que les permite profanar el ámbito de lo privado. Ahí donde se hallan fines públicos existirán necesariamente potestades o competencias estatales que han de ejercitarse de acuerdo a una rigurosa sujeción al ordenamiento jurídico (principios de constitucionalidad y de legalidad).

Tradicionalmente, se ha entendido que los actos discrecionales que revisten la forma de actos de gobierno o de decisiones políticas fundamentales, por el hecho precisamente de ser no reglados o tratarse de conceptos jurídicamente indeterminados, y en tal sentido dejar una libertad más o menos amplia entre una pluralidad de opciones al agente o poder público que los adopta, no eran recurribles ante la jurisdicción. Esto es, eran inmunes al control jurisdiccional al menos en lo que se refiere al juicio de la razonabilidad y proporcionalidad de su dictado.

Es, por ejemplo, acto discrecional emblemático en nuestro ordenamiento: el dictado por parte del Presidente de la República de decretos de urgencia cuando así lo requiera el interés nacional. Sin embargo, actualmente la tendencia uniforme en el derecho comparado es «juridificar», en la medida de lo posible, todas las decisiones del Estado, no dejar cotos inmunes al control de la jurisdicción constitucional) (Tafur Charun, 2015, p. 158).

La judicialización de las decisiones del Estado se vincula muy estrechamente con la consecución de los fines de interés público que ha de perseguir toda actuación estatal. La constitucionalidad y legalidad a la que hacíamos referencia no solo supone la adecuación del acto a los elementos reglados previstos por el ordenamiento —formalidad, plazos, comunicaciones, etc.—, sino también a la oportunidad, conveniencia, proporcionalidad y razonabilidad de su dictado, en rigor, si se han configurado o no los presupuestos facticos habilitadores. Los presupuestos fácticos habilitadores se configurarán si y sólo si con ocasión del dictado del acto se han perseguido oportuna, conveniente, razonable y proporcionalmente los fines de interés público. Y no nos referimos a cualquier fin, aun cuando sea público, sino exclusivamente al fin concreto por el cual la competencia o potestad —en muchos casos

exorbitante— fue otorgada por el ordenamiento. De lo contrario, se estarían malversando fines, y señaladamente competencias o potestades públicas, contraviniendo de un modo frontal el ordenamiento jurídico y el orden normal de competencias, y agravando los principios de constitucionalidad y legalidad. Pero la labor del juez constitucional al momento de hacer esta constatación no se referirá en absoluto al examen de reglas morales, sino que supondrá un ejercicio por el que se evalúe si efectivamente se configuraron los supuestos habilitantes para el dictado del acto (dato objetivo), y si este se ajusta en cuanto a su oportunidad, conveniencia, proporcionalidad y razonabilidad al fin público por el cual la competencia fue otorgada (Tafur Charun, 2015, p. 159).

Sin embargo, el artículo 200 de la carta de 1993 establece: «[...] No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio». Este mandato queda nítidamente neutralizado, pues siguiendo a Baca Oneto (2012), en virtud del texto del último párrafo del propio artículo 200 de la carta

[...] que permite la interposición de acciones de hábeas corpus y amparo en relación con derechos restringidos o suspendidos durante la vigencia de estos regímenes de excepción, permitiéndosele al juez examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Así, si bien no se puede impugnar la declaración misma, sí serán impugnables sus efectos, al recurrirse los actos concretos tomados en virtud de ella. (pp. 151-152)

Así, pues, entendemos que ha de haber una justificación o motivación suficiente y, en cada caso, basada en la real ocurrencia de los hechos materiales (emergencia, extraordinariedad y, sobre todo, el «factor tiempo», esto es, la necesidad de obrar rápidamente), a efectos de que se configure la habilitación para el dictado oportuno, conveniente razonable y proporcional, de normativa excepcional y de urgencia, y que esta última esté enderezada a la consecución de los fines de interés público o nacional que, a su vez, y a ella misma, dan legitimidad, legalidad y constitucionalidad (Tafur Charun, 2015, p. 160).

El tema de la discrecionalidad, de los conceptos jurídicos indeterminados, de la libertad de configuración, de la oportunidad, de la conveniencia, de la razonabilidad, de la proporcionalidad, encuentran en el ordenamiento nacional, *mutatis mutandis* y señaladamente, en la LPAG y en su artículo 4.1.4 un adecuado marco normativo, aun cuando tomado en préstamo del derecho administrativo:

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Volviendo al tema de control político, el autor Blume (2011) sostiene:

Cabe precisar que el control llevado a cabo en el ámbito del Congreso de la República es un control de naturaleza política ya que la evaluación no se circunscribe a que el decreto en cuestión haya sido dictado dentro de los márgenes impuestos por la Constitución, conforme a los requisitos que han sido explicados líneas arriba, sino que también se tienen en cuenta criterios de conveniencia u oportunidad. Además, es realizado por un sujeto de naturaleza eminentemente política, como lo es el Congreso de la República. (p. 21)

García de Enterría (2004) refiere que:

Sobre el control político por la jurisdicción, diremos que de considerarse normas infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente a favor del ente emisor una verdadera patente de corso para vulnerar la ley y el derecho. (p. 107)

Como bien anota Salas (1966): «La falta absoluta de motivación o la inconsistencia de la misma puede ser indicio de no existir los hechos que justifican el uso del instrumento jurídico de que se trata» (p. 65).

García de Enterría y Fernández (2001), sobre este mismo tema, señalan lo siguiente:

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. (p. 470)

Es de citar a Espinosa-Saldaña (2013) cuando señala:

[...] no creemos que pueda hablarse de respuestas «únicas» o «correctas» para todos los temas, sobre todo si lo que está en juego es aquel conjunto de decisiones consideradas centrales para el gobierno de una sociedad determinada. Entonces, y para evitar el abuso de quien tiene autoridad, sin duda es conveniente y hasta necesario que se ejerza control sobre las acciones ejercidas por dichas autoridades, aun cuando las mismas tengan un carácter discrecional y se encuentren dentro del ámbito de lo que podríamos más bien considerar el campo de «lo político», incluso en un sentido que cabría reputar como más estricto. (p. 196)

El Tribunal Constitucional ha procedido disponiendo que:

Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, no lo es menos que, como se señaló en el caso citado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y por el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

- a) Excepcionalidad: la norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la «voluntad» de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español —criterio que este colegiado sustancialmente comparte— que «en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma» (STC n.º 29/1982, f. j. n.º 3).
- b) Necesidad: las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) Transitoriedad: las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) Generalidad: el principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. n.ºs 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, f. j. n.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución, debe ser el «interés nacional» el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 27)

No obstante ello, con anterioridad a la dación de la sentencia ya citada, el Tribunal Constitucional resolvió: «Evidentemente, (el Tribunal Constitucional) prescindirá, para el análisis y fundamentación de su fallo, de la conveniencia, necesidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la política nacional

relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional» (STC Exp. n.º 018-2003-AI/TC, f. j. 2).

El artículo 118.19 *in fine* de la Constitución dispone que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia. En tanto el artículo 102.1 dispone que corresponde al Congreso «dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes». Habría, pues, una aparente redundancia o tautología, dado que es de ordinario una atribución del Congreso derogar o modificar las leyes (queda claro que esta referencia a leyes no solo alude a la ley formal, sino a todas las demás formas normativas que constituyen leyes materiales). Debe hallarse, entonces, una justificación o una *ratio* a la parte final del artículo 118.19, pues de otra manera esta carecería de toda razón de ser. Es necesario, asimismo, que se enfatice un contraste entre ambos dispositivos, de tal manera que cada uno de ellos se constituya en pieza de deslinde del otro y el sistema recobre así su coherencia sin que se confundan los planos y las competencias.

Al respecto, el artículo 91 del Reglamento del Congreso detalla el procedimiento de control de los decretos de urgencia del modo siguiente:

El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el portal del Congreso, o en la gaceta del Congreso o en el diario oficial *El Peruano*.
- c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y *se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.* [Las cursivas son nuestras]
- d) Si el pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el presidente del Congreso debe promulgarlo por ley.

Además de configurar un control que se califica como «político» (oportunidad y conveniencia) en lo que se refiere a los supuestos habilitantes para la decretación de urgencia, contenido político que no debería ser ajeno a la jurisdicción constitucional, es de relieves el transcrito literal d) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Este dispone, como se ha visto, que «si el pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el presidente del Congreso debe promulgarlo por ley». Esto es, a diferencia de la atribución contenida en el artículo 102.1, que supone la promulgación por el Presidente de la República de las leyes dadas, el procedimiento contenido en el artículo 91 del Reglamento del Congreso supone la promulgación por parte del presidente del Congreso de la ley ratificatoria o convalidatoria, modificatoria o derogatoria del decreto de urgencia sin intervención alguna del Presidente de la República. Esto resulta razonable, pues es el Presidente de la República quien tiene la potestad de expedir decretos de urgencia y resultaría muy probable que observase el proyecto de ley que modifica o deroga el decreto de urgencia dado por él mismo.

Con todo, debe quedar claro que el control del Congreso sobre los decretos de urgencia no ha de limitarse a ser un control político, esto es, el control sobre la oportunidad o conveniencia de su dictado. Es pacífico que el Congreso podrá controlar la constitucionalidad del decreto de urgencia en lo que se refiere al contenido normativo de tal decreto. En suma: un control jurídico constitucional.

5. LOS DECRETOS DE URGENCIA Y LAS COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AUTÓNOMAS

Aun cuando refiriéndose a la carta de 1979, Cantuarias y Oquendo (1991) señalan: «todo hace pensar que los decretos presidenciales de urgencia tratan materias normalmente reservadas a la ley; por lo que, de acuerdo a su contenido, son leyes en sentido material, esto es, normas con rango de ley» (p. 368).

No es que los decretos de urgencia solo regulen materias propias de la ley, sino también materias del ámbito competencial de las administraciones públicas autónomas (sistema monetario, regulación del crédito, banca, seguros, pensiones y regulación del sistema financiero, materia presupuestal) que tales administraciones (BCR y SBSAFP) detentan, evidentemente, como contenido de su esfera de competencias y autonomía de naturaleza económica y financiera y garantizadas constitucionalmente.

Por rigurosas razones de espacio únicamente nos vamos a ocupar de la dación de reglamentos por parte del Banco Central de Reserva (BCR) y la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBSAFP) en tanto administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial, y dotadas de competencias privativas de sustrato económico y financiero.

Dadas las especiales funciones y finalidades de tales administraciones, detentan una especial importancia y resultan manifiestas para poner de relieve las características y operatividad de sus reglamentos. Así, pues, dentro del diseño de Estado complejo y descentralizado realizado por la Constitución y agotado por el bloque constitucional hallamos una pluralidad de instituciones que en rigor constituyen administraciones públicas al detentar todas ellas personalidad jurídica y autonomía, y al estar destinadas a la consecución de determinados fines públicos de interés nacional dispuestos por el ordenamiento.

Tanto el BCR como la SBSAFP, entre otras, detentan los atributos de personalidad jurídica y de autonomía administrativa otorgados por el supraordenamiento y, asimismo, la asignada tarea de guiar toda su actuación hacia la consecución de los fines de interés público y nacional que les corresponde, además de la detentación de exorbitancias. Todo ello hace de estas administraciones auténticos sujetos de derecho.

Siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, p. 34), señalamos que las administraciones públicas no son otra cosa que personas jurídicas capaces de manifestar su voluntad, tener un patrimonio propio, obligarse y responder por sus actos públicos ilícitos. Las administraciones públicas siempre, en tanto personas jurídicas autónomas, se encuentran sujetas, de modo positivo, al ordenamiento jurídico que las mismas también contribuyen a formar a través de la dación de sus propios reglamentos. Administraciones públicas, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines públicos de interés general y nacional dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto detentan privilegios, prerrogativas o exorbitancias.

De otro lado, las administraciones públicas materia de estudio son dotadas por la Constitución de autonomía administrativa. Esto es, la atribución se da al más alto nivel del supraordenamiento. Esta atribución, como no puede ser de otro modo, habilita a estas administraciones con la capacidad de dictar reglamentos que a su vez se encuentran en una posición de lateralidad respecto a los reglamentos dados por el Poder Ejecutivo, así como por otras administraciones públicas también de relevancia constitucional entre las que incluimos a las regiones y municipalidades en su actuación administrativa.

Conviene también indicar que tanto la Constitución como el bloque constitucional (normas sobre producción jurídica) esbozan y agotan, respectivamente, el diseño de las fuentes y de las competencias de estas administraciones, competencias dentro de las cuales las mismas van a desplegar su potestad reglamentaria y, con ella, también la capacidad de dictar actos administrativos, potestad reglamentaria, en fin, que tiene por objeto regular el régimen jurídico de los entes o administrados ubicados bajo su ámbito de actuación y supervisión.

De presentarse los supuestos de carácter económico y financiero habilitantes para la dación de un decreto de urgencia, este bien podría regular además de las materias propias de la ley, las materias propias y privativas de las aludidas administraciones públicas constitucionales no territoriales que detentan competencias en materia económica y financiera. Sin perjuicio de lo que precisaremos más adelante, y en lo que se refiere a las regiones y municipalidades, ello no es tan nítido pues la dación del decreto de urgencia de que se trate ha de ser requerida, conforme a la Constitución, por el «interés nacional», que por evidentes razones y en la mayoría de casos, las regiones y municipalidades no pueden ni van a configurar.

Es casi unánime en la doctrinal nacional que el ámbito material de los decretos de urgencia es el contenido en el título III, «Del régimen económico», de la Constitución. Y esto dota de más fuerza la postura propuesta en el sentido de que los decretos de urgencia no solo regulan materias propias de la ley (reserva material o formal), sino también ámbitos normativos de carácter económico y financiero privativos de administraciones públicas autónomas, pues el capítulo V («De la moneda y la banca») del aludido título III diseña, otorga autonomía y competencias a tales administraciones públicas autónomas. No todos los decretos de urgencia, pues, regulan exclusivamente materia propia de la ley.

Repetimos: los decretos de urgencia, al estar dotados de fuerza de ley por la Constitución (artículos 118.19 y 200.4 de la Constitución; artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; artículo 76 del nuevo Código Procesal Constitucional), pueden regular materias sujetas a reserva legal (material o formal). Pero el asunto va más allá. Podría darse en concreto la posibilidad de que los decretos de urgencia regulen materias que no son propias de la ley congresal, sino que pertenezcan al ámbito competencial de alguna administración pública constitucionalmente autónoma con competencias administrativas y exclusivas de contenido económico y financiero. Insistimos que nos referimos sobre todo a la SBSAFP y al BCR.

De presentarse los presupuestos fácticos habilitadores para la dación de los decretos de urgencia, el orden normal de competencias salta y queda subvertido, se configura un régimen de excepción, en su acepción más lata (esta es, la *ratio* que se configura como una suerte de medidas de «intervención»). Y a través de estos decretos de urgencia se puede regular sobre materias que son privativas de la potestad reglamentaria, por ejemplo, del BCR, de la SBSAFP y, eventualmente, ajenas a la ley nacional. Es de la mayor importancia resaltar y reiterar que en muchos casos los reglamentos dados por instituciones autónomas, territoriales o no territoriales, también constituyen en sentido material auténticas «normas-medida».

Así, por ejemplo y según la Constitución, «la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones, de otra parte, son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica». Ello es reiterado por la LOBCR cuando la misma establece: «La finalidad del banco es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas».

Así, según el artículo 24 de la LOBCR, son atribuciones y deberes del directorio: a) formular la política monetaria, en concordancia con la finalidad del banco, y aprobar las regulaciones necesarias para su ejecución; b) modificar los requisitos del encaje adicional de las entidades del sistema financiero; c) fijar, reglamentar tasas de interés y el índice de reajuste de deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos, con exclusión de las entidades del sistema financiero. Conforme al artículo 51, el banco establece, de conformidad con el Código Civil, las tasas

máximas de interés compensatorio, moratorio y legal para las operaciones ajenas al sistema financiero. Las mencionadas tasas, así como el índice de reajuste de deudas y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema, deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del sistema financiero. Además, es de precisar que los artículos 1243, 1244 y 1324 del Código Civil regulan las materias privativas del BCR en lo que se refiere a la fijación de las tasas de interés. Resulta nítido, así, que los aludidos artículos del Código Civil forman también parte integrante, en términos materiales, del bloque constitucional.

El típico ejemplo de una «medida» sería, como ya se indicó, el manejo del encaje bancario o el establecimiento de tasas máximas de interés, a cargo del BCR, y mediante la dación de circulares («medidas normativas de política económica»). Así, conforme indican los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001), al regular el BCR la tasa de interés —dado que tal regulación es un instrumento de política monetaria— puede incentivar u orientar el ahorro y la inversión, incrementar la productividad del capital o contrarrestar las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores.

También es un buen ejemplo de «medidas» la regulación de las tasas de interés preferencial por el BCR. Al respecto, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001) definen las tasas de interés preferencial indicando:

Son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía y tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores a los que se considere rezagados dentro del contexto global nacional. (p. 193)

Así, en cuanto a la potestad reglamentaria de la SBSAFP, esta se manifiesta bajo la forma normativa de «circulares» y «resoluciones». Son materia de las circulares y resoluciones, verbigracia, fijar los límites de concentración de cartera y los límites operativos; aplicar límites individuales bajo el criterio de riesgo único; aplicación de los límites al financiamiento de empresas del exterior; aplicación de límites a los financiamientos a personas vinculadas; aplicación de límites de créditos a directores y trabajadores; actualización del monto máximo de cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos; aplicación de la sustitución de contraparte crediticia; actualización de lista de bancos de primera categoría; información sobre comisiones y honorarios que deberán presentar corredores y auxiliares de seguros-personas naturales.

En rigor, no estamos ante reglamentos ejecutivos. Estas normas materia de circulares y resoluciones apuntan más a ser «medidas». Medidas en cuanto constituyen actos o acciones concretos adoptados por la autoridad en razón del interés público, para solucionar o mitigar los efectos nocivos de una situación o circunstancia singular y emergente. Las medidas en modo alguno son preceptos abstractos. Pero, también es cierto que las medidas deben ser el medio proporcional y adecuado en relación con el objetivo o finalidad concretos y reconocidos como valiosos por el ordenamiento. Así, en las materias anotadas tenemos funciones específicas como «aplicar», «solicitar», «actualizar», «fijar» (Tafur, 2022).

Además de los mandatos constitucionales, respaldamos estos asertos citando las siguientes normas a las que ya nos hemos referido sin entrar en detalle:

LOBCR

Artículo 3.- «El Banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus Estatutos».

LOSBS

Artículo 346.- «Autonomía y ámbito de competencia de la Superintendencia

La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones.

Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley, no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia». (Las cursivas son nuestras)

Se podrá constatar asimismo, que varias de las competencias citadas, en principio, no constituyen la dación de normas abstractas. De este modo, fijar el encaje, fijar el índice de reajuste de deudas, la fijación de las tasas de interés, reflejan más bien, en muchos casos, lo que conocemos como «medidas».

Tal naturaleza de «medidas» calza perfectamente con el planteamiento que los decretos de urgencia, en tanto medidas, pueden regular, de darse los supuestos habilitadores, materias económicas, financieras y privativas de las administraciones públicas autónomas (BCR, SBSAFP).

Ahora bien, debe ponerse en relieve, aunque hasta donde sabemos la doctrina no ha abordado el tema, la problemática que se suscita cuando el decreto de urgencia es dictado, diríamos, para normar materia privativa de las competencias propias del BCR y la SBSAFP (resoluciones, circulares, oficios) y se da una ley del Congreso para derogar o modificar tal decreto de urgencia. Queda claro que una ley del Congreso no podrá modificar o derogar tal decreto de urgencia, pues el Congreso no es competente para regular las materias privativas y reglamentarias del BCR y la SBSAFP contenidas en tal decreto de urgencia, siendo estas administraciones públicas autónomas a nivel constitucional y del bloque de constitucionalidad (artículo 3 de la LOBCR y artículo 346 de LOSBS). La fuerza pasiva del decreto de urgencia será, pues, más fuerte que la fuerza activa de la ley del Congreso. Aunque no queremos agotar el tema, pero siguiendo con esta lógica, cabría plantear la posibilidad, dado que el nuestro es un Gobierno descentralizado —no solo territorialmente— y unitario a la vez, de que una circular del BCR o de la SBSAFP pudiese reivindicar sus competencias, derogando o modificando el decreto de urgencia en cuestión, una vez que la situación de urgencia y de excepción haya sido superada.

En cuanto a los gobiernos regionales el tema es pacífico. Esta herramienta de intervención también se encuentra correctamente consagrada por el artículo 90-A de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (LOGR):

Artículo 90-A.- «Situaciones extraordinarias y sostenibilidad fiscal. Se dictan medidas temporales y extraordinarias en materia económica y financiera, conforme al inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los Gobiernos Regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización. El Congreso tomará conocimiento de dichas medidas y adoptará las decisiones que le correspondan, de acuerdo a la Constitución y la Ley». (Las cursivas son nuestras)

Aparentemente, habría una contradicción entre lo afirmado *supra* y este artículo de la LOGR recientemente citado. Sin embargo, resulta nítido que este artículo alude a «un grave riesgo de la economía nacional». Ello va más allá de lo que configura el respectivo y exclusivo interés de la región de que se trate.

En virtud de este apoderamiento, el Gobierno nacional, previos los requisitos fácticos habilitadores, puede suspender, modificar o derogar normas regionales, pues está facultado para actuar positivamente para proteger el interés general, pudiendo restablecer el *statu quo* ante del atentado grave al interés general (Coscuella, 1979, p. 37).

Otro supuesto de intervención es el previsto por el tercer párrafo del artículo 75, tercer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo texto es el siguiente: «Solo por ley expresa y con las mismas facultades exigidas para la dación de la presente Ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado.

Baste indicar que la norma citada no detalla suficientemente lo que se entiende por un régimen especial transitorio. Tampoco preceptúa este artículo cuáles son las causales que activan este régimen especial. Inclusive, no precisa cuáles son esos otros organismos públicos que pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades.

Lo que tampoco queda claro es por qué ambos tipos de gobierno territorial (regiones y municipalidades) se encuentran sujetos a diferentes mecanismos de intervención. ¿Qué justifica este tratamiento diferenciado? ¿Cuál es la *ratio*? ¿Existe una *ratio*?

6. REFERENCIAS

- Acedo Penco, Á. (2010). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Dickinson.
- Baca Oneto, V. (2012). Los actos de gobierno en el derecho peruano. *Ita Inus Esto*, (1). <https://medicinelake1.com/i/itausesto.com1.html>
- Bernales Ballesteros, E. (1989). *La Constitución diez años después*. Lima: Hipatia - Fundación Friedrich Naumann, El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979.
- Blume, A. (2011). *Los decretos de urgencia de Alan García. El abuso y la usurpación de facultades por parte de Poder Ejecutivo*. Lima: IDI, .
- Cantuarías Salaverry, F., y Oquendo Heraud, S. (1991). Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional. *Derecho PUCP*, (45), pp. 351-418. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199101.011>
- Coscuela Montañés, L. (Mayo-agosto 1979). La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas. *Revista de Administración Pública*, (89).
- De la Morena, L. (Enero-abril 1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio» y «medida» de control jurídico. *Revista de Administración Pública*, (85).
- Díez-Picazo, L. (Septiembre-diciembre 1988). Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de la Ley en la Constitución española?). *Revista Española de Derecho*, (24).
- Eguiguren Praeli, F. (1986). Los decretos de urgencia en relación con la atribución de dictar medidas extraordinarias contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución. *Derecho PUCP*, (40).
- elEconomista. (s. f). *Finanzas*. [eshttps://www.economista.es/diccionario-de-economia/finanzas](https://www.economista.es/diccionario-de-economia/finanzas)
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2013). Balance a veinte años de vigencia de la carta de 1993. En *Pensamiento Constitucional*, 18(18).
- Fernández, T. (Enero-abril 2012). Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. *Revista de Administración Pública*, (181), pp. 141-170.

- García Belaunde, D. (1994) La interpretación constitucional como problema. *Pensamiento Constitucional*, 1,(1).
- García de Enterría, E. (1979). *La lucha contra las inmunidades del Poder. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, (38), pp. 159-205.
- García de Enterría, E. (2004). *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Madrid: Civitas.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (Mayo-agosto, 1987). Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. *Revista de Administración Pública*, (113), pp. 7-38.
- Herrera Vásquez, R. (1996) Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano. *Derecho PUCP*, (50).
- Jiménez Mayor, J. (1994). Las relaciones parlamento ejecutivo y el sistema legislativo (algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana). *Pensamiento Constitucional*, 1(1).
- Ochoa Cardich, C. (1985). Constitución y economía de mercado. *Derecho PUCP*, (39).
- Ochoa Cardich, C. (1990). Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979. *Derecho PUCP*, (43-44).
- Ochoa Cardich, C. (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento Constitucional*, 18(18).
- Ochoa Cardich, C. y Kresalja, B. (1999). Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional. *Pensamiento Constitucional*, (6).
- Osterling Parodi, F. (2007). Las obligaciones. 8.ª edición. Lima: Grijley.
<https://www.osterlingfirm.com/libros/Las%20Obligaciones.pdf>
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (marzo de 2001). «Consideraciones generales acerca del pago de intereses». *Advocatus, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, (4), pp. 171-199. <https://castillofreyre.com/articulos/consideraciones-generales-acerca-del-pago-de-intereses-2/>
- Martin-Retortillo Baquer, S. (enero-abril 1957). La desviación de poder en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, (22).
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*. Tomo VI. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Planas Silva, P. (1993). Decreto de urgencia y «medidas extraordinarias». Notas para una tipificación. *Ius Et Veritas*, 4(7), pp. 133-158.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404>
- Rivero, J. (Septiembre-diciembre 1951). Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo. *Revista de Administración Pública*, (6).

- Ruiz Mollado, J. (2000). El control parlamentario de los decretos de urgencia en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 7(7), p. 543.
- Salas, J. (Septiembre-diciembre 1966). Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia. *Revista de Administración Pública*, (51).
- Tafur Charun, E. (2015). *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*. Lima: Biblioteca de Derecho Estudio Mario Castillo Freyre.
- Tafur Charun, E. (2022). Las normas «medida». *Estudio Castillo Freyre, Artículos*.
<https://castillofreyre.com/articulos/las-normas-medida/>

LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN EL ESTADO UNITARIO Y DESCENTRALIZADO (EL CASO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO)

Sumario: 1. Exordio.— 2. Planteamiento del problema. 3. Acerba crítica.— 4. La cláusula de prevalencia en el derecho comparado. El caso especial del derecho español.— 5. La *ratio* de la activación de la cláusula de prevalencia en el derecho comparado y, de modo provisional, en el derecho nacional (interés general superior e intereses respectivos).— 5.1. Rectoría del Gobierno nacional sobre los entes territoriales (cuestión previa).— 5.2. Justificación.— 6. La cláusula de prevalencia en el derecho nacional (una aproximación).— 6.1. La cláusula de residualidad.— 7. Cláusula de prevalencia y control difuso.— 8. A modo de conclusión.— 9. Referencias.

«Hoy día, probablemente, sería factible alcanzar el virtuosismo explicando todo un curso de derecho constitucional sin hacer mención alguna del principio de jerarquía».

Luis Díez-Picazo

1. EXORDIO

Una de las novedades de mayor importancia aportada por la carta de 1993 (notablemente, a partir de la reforma del año 2002), es el diseño que la misma lleva a cabo de una pluralidad de instituciones a las que dota de personalidad jurídica, y señaladamente de autonomía —algunas de ellas de naturaleza territorial y substrato político— con capacidad consecuentemente de generar normatividad jurídica, detentoras de competencias propias y nítidamente deslindadas de los poderes estatales clásicos. En el caso de las entidades que detentan naturaleza territorial y gozan de una prominente autonomía política, aludimos a las regiones y a las municipalidades.

En tal sentido, y como diría García Belaunde, el modelo triádico de Estado ha estallado en mil pedazos y, tal como se ha insinuado, existe una pluralidad de instituciones territoriales (en rigor, ordenamientos jurídicos) diseñados a nivel constitucional. Cada una de estas instituciones tiene su acervo de competencias y sistema de fuentes atribuido por la Constitución y agotado y desarrollado por el bloque constitucional. Ello es rigurosamente cierto. Sin embargo, no compartimos el aserto de Predieri en el sentido de que tales innovaciones estarían produciendo la transformación del Estado piramidal en un archipiélago de autoridades independientes. Ya veremos por qué.

De otro lado, y siguiendo a García de Enterría (1983):

[...] es bien sabido que en toda organización de una mínima complejidad, los criterios de distribución de competencias no son homogéneos, de forma que el reparto de funciones opere por trozos netos y distintos, como las porciones de una tarta o de un queso. Por el contrario, los criterios de distribución competencial son necesariamente heterogéneos, de modo que se entrecruzan entre sí y esta es, justamente, la fuente de los conflictos de competencia, la necesidad de articular en un sistema esa heterogeneidad de funciones. (p. 284)

He ahí la especial importancia de la cláusula de prevalencia, la misma que se activa dados los conflictos de colisión que pueden suscitarse como efecto de la tarea harto compleja que supone el reparto de competencias normativas que llevan a cabo la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Finalmente, es de precisar que en el presente capítulo nos limitaremos a estudiar y a proponer *de lege ferenda* la interrelación entre fuentes normativas procedentes del Gobierno nacional y de los entes territoriales. Esto es, se trata de competencias y funciones específicas estrechamente vinculadas a lo que se podría denominar como «autonomía normativa». Ello queda claro, como se verá, debido a que la cláusula de prevalencia opera únicamente en lo que a normas positivas se refiere.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Bien dice Kelsen (1995): «Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho» (p. 3).

En tal sentido, y lamentablemente, en nuestro derecho no ha sido materia de mayor estudio y menos aún positivada expresamente y en su acepción jurídica rigurosa una institución de la valía de la cláusula de prevalencia. Esta cláusula es fundamental para la construcción, articulación y funcionamiento normativo de los Estados federales y regionales. Adelantamos que recurrir a esta cláusula puede suponer, y de hecho lo hace, la utilización de una herramienta muy útil para salvaguardar la organicidad, coherencia y compatibilidad del ordenamiento constitucional y preservar así la predictibilidad o seguridad jurídica. Para tal efecto, la cláusula de prevalencia detenta la virtualidad de activarse para solucionar conflictos interordenamentales. Esto es, en caso de que se produzca una colisión entre normas provenientes de diferentes ordenamientos (nacional/territoriales).

Así las cosas, la cláusula operará haciendo prevalecer a la norma nacional sobre la territorial. Como efecto de ello, la norma territorial resultará siendo desplazada o inaplicada, pero no derogada. Incidimos en que ambas normas son presumiblemente válidas pues, como veremos, estamos frente a una regla de colisión y no de competencia. Como justificación, esta prevalencia se inclina por la norma nacional, pues el Gobierno nacional es el que concretiza el interés general superior de la nación. Finalmente, veremos si es posible que *de lege lata* nuestro ordenamiento resulte suficiente para la aplicación de tal cláusula o si sería necesario proceder a una reforma constitucional.

3. ACERBA CRÍTICA

Es de indicar que en el derecho europeo, la cláusula de prevalencia ha sido objeto de acerba crítica. Así, es necesario transcribir las palabras de Kelsen cuando, siendo citado por De Otto (1981), afirma:

[...] es una de las paradojas de la teoría del Estado federal el que se considere el principio según el cual el derecho federal rompe el de los Estados como esencial al Estado federal y que de ese modo se haya ocultado la necesidad de un Tribunal Constitucional para ese Estado. Es fácil demostrar que nada puede ser más contrario a la idea del Estado federal que tal principio, que hace que la existencia política y jurídica de los Estados miembros dependa del capricho de la Federación, al hacer posible que por una ley ordinaria, incluso por un simple reglamento, se violen las competencias de los Estados miembros en contradicción con la constitución global. (p. 60)

Sin embargo, para García de Enterría (1983) la regla no opera, ni en el derecho americano ni en el germánico, en el sentido criticado por Kelsen.

La cláusula de prevalencia no es, en efecto, una regla que distribuya competencias y que, en ese sentido, faculte a la Federación para autoatribuirse las que «juzgue oportuno». *Por el contrario, es una regla de colisión o de conflicto, que presupone que cada una de las dos normas en concurso están actuando en su propia esfera de competencia y que prima a una de ellas, a la federal (a la estatal, en nuestro caso), no porque pueda quebrantar la competencia autonómica y, por tanto, excluirla, sino porque en este concurso, en el que cada cual actúa en su ámbito legítimo, la norma primada se entiende de mayor calidad, «suprema», en la fórmula americana, que es mucho menos equívoca. (p. 280)*(Las cursivas son nuestras)

4. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN EL DERECHO COMPARADO. EL CASO ESPECIAL DEL DERECHO ESPAÑOL

A continuación recurriremos al derecho comparado, concretamente al régimen jurídico español, a efectos de que podamos formarnos un concepto más claro de la institución materia de estudio y así poder estar adecuadamente equipados para, si se quiere, realizar un prolijo y ulterior estudio de esta en lo que a su aplicación en el ordenamiento nacional respecta.

Para Alonso Mas (2003, p. 344), y en lo que se refiere al régimen jurídico español, la citada cláusula (de prevalencia) no comporta la invalidez de la norma autonómica contraria a la ley estatal prevalente por incompetencia de aquella, sino que solo supone el desplazamiento en la aplicación de esa norma autonómica. *Derogada la norma estatal, la norma autonómica podrá volver a aplicarse*. Es evidente que la cláusula de prevalencia es un mandato constitucional que vincula a los poderes públicos. También lo es que esa cláusula será de aplicación cuando exista un conflicto entre dos normas válidas y aplicables, además a un concreto caso por razones espaciales y temporales. Y, asimismo, que dicha prevalencia solo opera un efecto desplazamiento de la norma no prevalente en el caso concreto, precisamente porque su validez y su vigencia no quedan afectadas. Para la autora citada (2003)

[D]ecir que, en un caso concreto, existen dos normas igualmente válidas y en principio aplicables al caso, una estatal y una territorial que son contradictorias entre sí. Y, teniendo en cuenta que el vicio de incompetencia comporta la invalidez de la norma incurso en el mismo, hay que entender, pues, que para que la citada cláusula sea aplicable será preciso que ambas normas hayan sido dictadas en virtud de títulos competenciales suficientes. (pp. 309-310)

De la Quadra-Salcedo Janini (2009, p. 211) manifiesta que el principio de prevalencia como regla de resolución de colisiones normativas tiene como característica esencial producir la inaplicación de la norma autonómica válida que se opone a la norma estatal válida sin afectar, sin embargo, la validez de la norma inaplicada. Ello supone que el principio de prevalencia no sirve, como ocurre con el principio de competencia, para establecer cuál es el nivel territorial competente para adoptar una determinada regulación, sino que sirve para establecer cuál es la norma aplicable cuando los diversos niveles territoriales han ejercido válidamente sus propias competencias.

Según De Otto, no se pretende dirimir una cuestión de competencias, sino que este aspecto se deja a un lado para tratar de resolver únicamente la cuestión suscitada por el concurso de normas en un caso concreto. De Otto (1981, p. 62) sostiene luego que la regla de la prevalencia obedece más bien a un principio político: la necesidad de apoyar e impulsar la superposición del ordenamiento federal sobre los ordenamientos preexistentes, venciendo de inmediato la eventual resistencia de estos, y la de ampliar el campo de competencia de la Federación dentro de los límites constitucionales, en aquellos supuestos en que estos no excluyen por sí mismos a los Estados miembros. Finalmente, De Otto (1981, pp. 81-82) afirma que quien se encuentra ante el problema de la aplicación no podría resolverlo en ningún caso recurriendo al examen de la validez del derecho del Estado porque el problema no es resolver si tal derecho es o no válido, sino si debe aplicarse de modo preferente o de modo supletorio.

Tornos Mas (1991, pp. 33-34) sostiene que la prevalencia no incide sobre la validez de las normas, pues se limita a declarar la aplicación de una e inaplicación de otra. El elemento decisivo, por tanto, para determinar el valor de la regla de prevalencia es entender que sus destinatarios son los jueces ordinarios o la Administración, a los cuales, en razón del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento ofrece una regla de conflicto para resolver qué norma se aplica al caso concreto sin tener que pronunciarse sobre la validez de la norma que quede desplazada. Por idéntica razón, pero en sentido contrario, la regla de prevalencia no se dirige al juez constitucional, que sí debe determinar qué norma es conforme con la Constitución, si bien para ello utilizará únicamente como parámetro el bloque de constitucionalidad, dominado en nuestro sistema de distribución competencial por un sistema de concurrencia imperfecta, que exige analizar en cada caso los títulos materiales y funcionales.

Con todo, creemos que el siguiente texto de Tornos Mas (1991), pese a su brevedad, en gran medida refleja la esencia de la institución bajo estudio y la deslinda de modo nítido de otras: «La regla de prevalencia solo resuelve el problema de la norma aplicable, pero no el de la norma válida» (p. 37).

Para García de Enterría, citado por De la Quadra-Salcedo Janini (2009):

[...] en los supuestos de concurrencia de competencias materiales la aplicación de la prevalencia de la norma estatal tendría como efecto la aplicación preferente de la norma estatal con la consiguiente inaplicación de la autonómica sin que ello suponga, en su opinión, la asignación de la materia al Estado, pues en los supuestos de superposición de títulos no se resuelve el conflicto mediante la declaración de invalidez de la norma autonómica por haberse dictado sin tener competencia para ello, *pues competencia la tiene*, sino que se resuelve mediante la inaplicabilidad de la norma autonómica en virtud del principio de prevalencia. El principio de prevalencia no serviría para establecer cuál es el nivel territorial competente para adoptar una determinada regulación, sino que sirve para establecer cuál es la norma aplicable cuando los diversos niveles territoriales han ejercido válidamente sus propias competencias, establecimiento de la norma aplicable que puede realizar cualquier juez o tribunal. En este caso, parece asumirse que la imposibilidad de determinar el nivel territorial competente por la dificultad de delimitar las materias supone la necesidad de aplicar la regla de prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico. La regla de prevalencia se constituiría en una regla de aplicación subsidiaria para el supuesto de que mediante una delimitación de las materias no se pudiese llegar a la resolución del conflicto. (p. 224) (Las cursivas son nuestras)

Sobre el mismo asunto, Díez-Picazo (1989) sostiene:

Efectivamente, la cláusula de prevalencia significaría tan solo lo que en presencia de dos normas antinómicas, una estatal y otra autonómica, y siendo ambas válidas —la cláusula de prevalencia, por definición, solo opera en supuestos de legislación compartida y concurrente, lo que excluye la invalidez automática por incompetencia—, *el juez o el operador jurídico debe aplicar con preferencia la norma estatal sin hacer indagaciones sobre la constitucionalidad de las normas legales más que en caso de sospecha de que su enunciado mismo incurre en extralimitación competencial*. (p. 85) (Las cursivas son nuestras)

Resulta por demás interesante la siguiente opinión de Ruiz López (2013):

Por consiguiente, la prevalencia del derecho estatal no pretende legítimar en abstracto una reducción del alcance y extensión de los ordenamientos autonómicos, pues a buen seguro esa sería la vía más rápida para alcanzar un Estado territorialmente descompuesto, periclitado y caduco. La prevalencia es una regla para la resolución *ad casum* de un conflicto entre la norma estatal y autonómica que opera desde la perspectiva de la garantía de la unidad del ordenamiento jurídico, y que no pretende determinar quién es competente, invalidando la norma que incurra en un exceso, sino atribuir carácter prevalente a la norma estatal sin negar la validez de los respectivos ámbitos competenciales. (p. 146)

Y agrega Ruiz López (2013): «En síntesis, no es procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, ya que la selección de la norma aplicable en esos casos no incluye “ningún juicio de eventual [in]constitucionalidad de normas autonómicas”» (p. 159).

Por nuestra parte, diremos que aquí no resulta de aplicación el principio de jerarquía, pues las normas en conflicto proceden de ordenamientos distintos y, a su vez, detentan, eventualmente, igual rango. El derecho no es, pues, solamente forma, es también materia. *De este modo, no estaríamos entonces frente a una norma inconstitucional, no existe juicio de constitucionalidad*. La norma territorial puede suponer una ejecución impecable del supraordenamiento, pero contradecir el contenido de una norma nacional —también válida— con la que se relaciona a partir de la idea de competencia. Repetimos, no estamos frente a un juicio constitucional; se trata, simplemente, de la activación de la aludida cláusula que supone una regla de colisión para dirimir que la norma nacional prevalece por importar la misma la detentación de un interés general superior, correspondiendo a la norma territorial el ser desplazada o inaplicada no obstante ser válida.

Así las cosas, la norma nacional prevalece por cuatro razones: a) estamos frente a una regla de colisión y no de competencia; b) regla de colisión en tanto y en cuanto ambas normas en conflicto (nacional y territorial) son válidas dado que el reparto de competencias llevado a cabo por la Constitución y el bloque de constitucionalidad no siempre puede ser perfecto; c) el derecho nacional se concretiza a diferencia del derecho territorial, en una supremacía que se origina en la consecución del interés general superior y la prominencia del principio de unidad del Estado; d) sin que esto configure la incompetencia de la norma territorial, existe la necesidad de que la materia de que se trate tenga una regulación uniforme para toda la nación por tratarse, precisamente, de aspectos o parcelas de la realidad que van más allá de las singularidades, peculiaridades, particularidades, diversas realidades y, en suma y notablemente, de los intereses respectivos de los entes territoriales.

5. LA *RATIO* DE LA ACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y, DE MODO PROVISIONAL, EN EL DERECHO NACIONAL (INTERÉS GENERAL SUPERIOR E INTERESES RESPECTIVOS)

Cabe cuestionarse cómo se configura y, a la vez, cómo se justifica esta primacía o prevalencia de la normatividad del Gobierno nacional sobre la que proviene de los entes territoriales. Según García de Enterría (1982, p. 75), de esa función general de todas las competencias exclusivas del Estado como estructuradoras del conjunto y como factores de integración supraterritorial, capaces de articular y de sostener el sistema, deriva, justamente, el principio de prevalencia del derecho del Estado sobre el autonómico, que formula el propio artículo 149 en su apartado 3 (Constitución de España).

El mismo autor agrega que una sentencia del Tribunal Constitucional español,

[...] de la del 28 de enero de 1982, especifica que las «bases» que al Estado corresponde dictar en varios de los apartados del artículo 149.1 de la Constitución española como competencia exclusiva han de formular «una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador, normativo»; en otro lugar, esta misma sentencia insiste en que «los intereses de cada Comunidad no pueden prevalecer sobre las necesidades más generales (del Estado)». (García de Enterría, 1982, p. 76) (Las cursivas son nuestras)

Otra importante sentencia del Tribunal Constitucional español es la de fecha 2 de febrero de 1981 que dispone: «[La Constitución] contempla la necesidad —como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés general de la nación— de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad [...] en relación a las Comunidades Autónomas» (Las cursivas son nuestras).

En el mismo tenor Jiménez Campo (1989) refiere:

La necesidad de que sean los órganos del Estado los que inicialmente afirmen el alcance territorial de sus reglas y el espacio, con ello, que corresponde al desarrollo autonómico responde, en primer lugar, a la misma vigencia del principio democrático [...] Definir lo que sea básico es afirmar lo que los intereses generales (nacionales) demandan como regulación uniforme en ciertos ámbitos, y esta determinación debe ser adoptada, en un principio, por el órgano de la representación nacional o, en su caso, por aquel que es ante ella políticamente responsable. (p. 91) (Las cursivas son nuestras)

De la Quadra-Salcedo Janini (2004) manifiesta que la razón de conferir la determinación inicial de las bases al Estado se explica por la función que las mismas desarrollan en el sistema jurídico español. Las bases, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, establecen el común denominador normativo en toda la nación, *común denominador que debe ser establecido por el nivel territorial que representa el interés general, el Estado*. Para el Tribunal Constitucional de España

«lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada [...] es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, lo cual asegura,

en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan [...]. (STC coeficientes de inversión, 1/1982, f. j. 1.7). (Borrajo Iniesta, 2018, p. 1518) (Las cursivas son nuestras)

De otra parte, como dice Leguina Villa (1993):

Los partidarios del control judicial sostienen que la ley básica estatal es una ley *superior* a la ley autonómica, tiene «más valor» normativo, y por ello, en caso de conflicto, el juez ordinario está más fuertemente vinculado a la ley básica estatal que a la ley autonómica complementaria, razón por la cual deberá aplicar aquella y desconocer e inaplicar esta última. En defensa de esta postura se matiza, *para evitar equívocos, que la superioridad de la ley básica estatal no es jerárquica o de rango sino sólo funcional: es superior la función que la Constitución encomienda a la ley del Estado —crear una regulación uniforme que asegure, en aras de los intereses generales, un denominador común normativo en todo el territorio nacional— que la que cumple la ley autonómica al expresar y garantizar los intereses propios de la Comunidad Autónoma*. Ello bastaría, según esta opción, para asegurar la prevalencia de la ley básica estatal en caso de conflicto con la ley autonómica complementaria, mediante la utilización de la regla del artículo 149.3 de la Constitución de España. *Tal superioridad funcional permitiría al juez ordinario, con apoyo en la regla de la prevalencia, aplicar la ley básica estatal e inaplicar la ley autonómica complementaria que la contradiga*. (p. 234) (Las cursivas son nuestras)

Según Alonso Mas (2003),

si la cuestión se planteara en estrictos términos competenciales, ambas leyes se limitarían recíprocamente con la misma intensidad. Pero si la ley estatal básica se dicta en virtud del *interés general* y las Comunidades Autónomas deben respetar ese interés, hay que entender que aquella se halla en una posición de supremacía respecto de la ley autonómica, *si bien dicha supremacía es limitada por cuanto debe respetarse el ámbito legítimo de competencia autonómica*. (p. 318) (Las cursivas son nuestras)

Bien dice García de Enterría (1983):

Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, *lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan*. (p. 233) (Las cursivas son nuestras)

Simplificando el asunto, García de Enterría (1983) señala: «Baste ahora notar que la prevalencia de las normas es un correlato de la superioridad de la función que en la norma se actúa» (p. 75).

No menos importante es lo que manifiesta De la Morena (1983), aun cuando también refiriéndose al régimen jurídico español:

En cualquier caso, la «solución constitucional» parece clara: prevalencia de aquellos intereses cuya realización o falta de realización generaría consecuencias favorables o adversas, calificables de ciertas y graves para la comunidad territorial más amplia o para el valor político superior; y prevalencia religable, en último término, a la que, bajo ciertos supuestos, es inherente a las propias normas estatales sobre las autonómicas (arts. 149.3 y 150.3). (p. 875) (Las cursivas son nuestras)

Así, pues, y en la misma línea, el autor español Peñarrubia (1999) precisa:

[...] la prevalencia competencial viene determinada por el interés respectivo que representen las administraciones concurrentes. El criterio de la gestión de los intereses respectivos es el que delimita el ámbito de autonomía de los distintos entes territoriales en los que se organiza el Estado [...]. (p. 142) (Las cursivas son nuestras)

En igual sentido, De Otto (1981) sostiene:

Creemos que esa prevalencia que se da ante la colisión de una norma nacional y otra territorial, presumiblemente válidas ambas, y la prevalencia (regla de colisión) que detenta el Gobierno nacional, no tiene más justificación, en principio, *que el interés general superior que representa tal instancia y que a su vez se traduce en la primacía de sus fuentes normativas producto de la ejecución de la competencia que le corresponde ejercer al estar esta sostenida por el ya aludido interés general superior que se impone sobre el interés respectivo o peculiar de cada ente territorial.* (p. 91) (Las cursivas son nuestras)

Pero según Parejo, citado por De Otto (1981), es de la mayor importancia manifestar

[...] *del interés nacional*, que opera allí donde las facultades del Estado no se limitan a la normación principal o básica en el sentido usual y común de esta expresión, *sino que se extienden al «establecimiento de una regulación de todo aquello que en la materia sea necesario para la satisfacción del interés general o nacional presente en la misma»* (p. 91) (Las cursivas son nuestras)

Lo dicho por Parejo y los otros autores citados resulta bastante interesante, pues más allá de cualquier formalismo o positivismo, los autores inciden en el tema del «interés». Y en tal sentido, es de recordar la estrecha vinculación entre los conceptos de interés y competencia. Ahí donde existen intereses públicos existirán también competencias. Como bien dispone el artículo 7.3 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD): «El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público».

Sobre la materia relativa a la idea de «intereses» es de la mayor importancia citar a nuestro Tribunal Constitucional cuando resuelve:

Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, *no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales.* Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno nacional, así como a los gobiernos municipales. *También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.* (STC Exp. n.º 0006-2008-AI/TC, f. j. 91) (Las cursivas son nuestras)

De igual modo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

Tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos (de los gobiernos locales) se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de estas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. *Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales.* (STC Exp. n.º 00007-2002-AI/TC, f. j. 9) (Las cursivas son nuestras)

Sobre los *intereses* privativos de las municipalidades, el Tribunal ha resuelto:

Por ello, la autonomía que la Constitución garantiza a las municipalidades debe ser ejercida por estas *en función del interés de los vecinos*, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones. (STC Exp. n.º 0010-2003 AI/TC, f. j. 9) (Las cursivas son nuestras)

El mismo alto tribunal refiere en otra sentencia: «Por tanto, *los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional*, más aún si se tiene en cuenta que esta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia» (STC Exp. n.º 002-2005-PI, f. j. 37) (las cursivas son nuestras).

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido:

La Constitución dispone que tanto los gobiernos regionales como los municipales tienen una autonomía política, económica y administrativa. Esta autonomía debe ser comprendida como la *«potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses»*. (STC Exp. n.º 00014-2009-PI/TC, f. j. 15). (Las cursivas son nuestras)

Otra sentencia del Tribunal Constitucional que merece citarse es la siguiente:

Es así como los gobiernos regionales y locales tienen autonomía administrativa, económica y política, aunque *esta garantía institucional no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado*, porque si bien este da vida a subordenamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades en el Estado, *estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general*. Mientras el Gobierno nacional debe cumplir el principio de lealtad municipal y regional y, por consiguiente, cooperar y colaborar con las regiones y municipalidades, estos deben observar el principio de lealtad nacional, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, *por lo que no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución*. (STC Exp. n.º 0016-2012-PI/TC, f. j. 12) (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el Tribunal ha dispuesto que:

Así, mientras el Gobierno nacional debe cumplir el *principio de lealtad regional* [y local] y, por consiguiente, cooperar y colaborar con los gobiernos regionales [y gobiernos locales], estos deben observar el *principio de lealtad nacional*, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, por lo que no pueden *dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución*. (STC Exp. n.º 00014-2009-PI/TC, f. j. 16) (Las cursivas son nuestras)

La materia relativa a la idea de «intereses» ha quedado positivada en el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización cuando el mismo preceptúa:

El Gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, *dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades*. (Las cursivas son nuestras)

Continuando en lo que respecta a normas positivas relativas a la idea de «interés», es de citar igualmente el artículo 45 (a), *ab initio*, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el mismo señala:

Es competencia exclusiva del Gobierno nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, *las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales*, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. (Las cursivas son nuestras).

El artículo I, *ab initio*, del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades preceptúa:

Los gobiernos locales son entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía *los intereses propios de las correspondientes colectividades*; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. (Las cursivas son nuestras)

El artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), prescribe: «Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, *así como del interés general de la nación [...]*» (las cursivas son nuestras).

Podemos indicar *de lege ferenda* que el aludido interés general superior supone y habilita la dación de manifestaciones normativas básicas y prevalentes por parte del Gobierno nacional. Estas «bases» que, reiteramos, se originan en *el interés general superior*, en la función que les asigna la Constitución y en

los principios de unidad del Estado y de autonomía prevalecerán sobre las normas de desarrollo (territoriales) que corresponden a los intereses respectivos y peculiares de las regiones y municipalidades. En el caso de un conflicto de colisión, y dado el interés general superior que las normas nacionales básicas representan, estas prevalecerán sobre las normas territoriales de desarrollo, aun cuando estas últimas hayan sido válidamente dadas, al igual que la normas básicas, dentro de su respectivo ámbito de competencias. El reparto de competencias no siempre es perfecto. Activada la prevalencia la norma territorial no prevalente resultará desplazada o inaplicada, mas no derogada. Como consecuencia «natural» también de ello, la norma no prevalente se tornará en ineficaz. Estaremos, pues, frente a un conflicto de colisión y no de competencia o de jerarquía, activándose así la cláusula de prevalencia a favor de las fuentes normativas del Gobierno nacional (bases). Tal como se ha precisado, la cláusula de prevalencia encuentra su elemento basilar o *ratio* en el interés general superior, *este último por su parte, encuentra su fundamento en los principios de unidad del Estado y de autonomía.*

Sobre los principios de unidad del Estado y de autonomía, reiteramos que ellos son el fundamento del interés superior general y, en tal sentido, son de citar, en primer lugar, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional y luego, la normativa constitucional y la positiva y primaria, que se refieren a dichos principios.

En lo que respecta al *principio de unidad del Estado* y según el aludido colegiado:

[...] el Estado peruano es unitario y descentralizado (artículo 43 de la Constitución), esto es, un Estado en el cual los gobiernos regionales y locales no solo tienen autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante, autonomía política. Por tanto, sus órganos son elegidos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución) y tienen la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192.6 y 200.4 de la Constitución).[...] *Así, pues, la garantía institucional de la autonomía regional [y local] no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien este da vida a subordinamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales en el Estado, estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general.* (STC Exp. n.º 0014-2009-PI/TC, f. j. 16). (Las cursivas son nuestras)

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido que:

En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales, regionales y locales, de modo que la autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear derecho, y no solo de ejecutarlo. En razón de ello, el Estado debe concebirse como un ente «unitario y descentralizado», esto es, como aquel en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía prevista en los artículos 191 y 194 de la Constitución, acepta la coexistencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). (STC Exp. n.º 0010-2008-PI/TC, f. j. 27 - *ab initio*). (Las cursivas son nuestras)

En lo que se refiere a la cláusula de residualidad, el Tribunal Constitucional encuentra su fundamento en el principio de unidad. Así las cosas, el aludido Tribunal ha señalado:

Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado y, consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno nacional. (STC Exp. n.º 00020-2005-PI/TC, f. j. 48).

De igual modo, y sobre el principio de unidad del Estado, son de citarse los siguientes preceptos recogidos en la carta de 1993.

Según el artículo 43, *in fine*, el Gobierno del Estado «[...] es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes» (las cursivas son nuestras).

El artículo 189 prescribe:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, *preservando la unidad e integridad del Estado y de la nación*. (Las cursivas son nuestras)

A nivel de normas primarias es de citarse el artículo 6 de la LBD, el cual prescribe que la descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con el siguiente objetivo a nivel político: «Unidad y eficiencia del Estado, mediante la distribución ordenada de las competencias públicas, y la adecuada relación entre los distintos niveles de gobierno y la administración estatal».

Siempre sobre el principio de unidad, el artículo 7.1 de la LBD dispone:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias, distritos y centros poblados, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el Estado y gobierno a nivel nacional, regional y local, conforme a sus competencias y autonomía propias, *preservando la unidad e integridad del Estado y la nación*. (Las cursivas son nuestras)

Asimismo, el artículo 7.2 de la misma ley de bases señala: «*El Gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República*; los gobiernos regionales y los gobiernos municipales la tienen en su respectiva circunscripción territorial» (las cursivas son nuestras).

Finalmente, es el artículo 14.1 de la LBD el que preceptúa: «Las competencias de cada nivel de Gobierno nacional, regional y local, se rigen por la Constitución y la presente Ley Orgánica» (las cursivas son nuestras).

De otra parte, es igualmente importante citar a Muñoz Machado (1983) cuando precisa que el principio de unidad:

[...] es la fundamentación última de algunos poderes concretos que la Constitución reserva al Estado. Al ordenar un reparto de atribuciones entre el Estado y los territorios autónomos, *la Constitución reserva al Estado mismo todos aquellos que son precisos para que el sistema político pueda funcionar en clave de unidad*, para que la comunidad política no se fragmente, para que el propio Estado, en fin, pueda ser reconocido externamente como un verdadero Estado, dotado de los atributos esenciales". (p. 1841) (Las cursivas son nuestras)

En lo que respecta al principio de autonomía, son de citar los siguientes fundamentos jurídicos de la STC Exps. n.ºs 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC (acumulados) recaídos en un proceso constitucional cuya materia fue la legalización del cultivo de la hoja de coca, constituyendo así un auténtico *leading case* en el ordenamiento jurídico nacional. Entendemos que en estos fundamentos jurídicos subyace y se configura el sustrato de lo que a nuestro entender supone una auténtica autonomía política y administrativa.

Fundamento jurídico 57:

En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. *La autonomía político normativa* de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear derecho y no solo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado «unitario descentralizado», es decir, como aquel en el que la descentralización tan solo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado «unitario y descentralizado», esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, *fundada en el principio constitucional de la autonomía*, prevista en los artículos 191 y 194 de la Constitución, acepta la convivencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). (Las cursivas son nuestras)

Fundamento jurídico 58:

La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente a la LBD y a la LOGR.

Fundamento jurídico 59

La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues este no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno central, su articulación con estas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v. gr. del gobierno local).

Siempre sobre el principio de autonomía, son de citarse las siguientes normas constitucionales:

Artículo 191, *ab initio*, «Los gobiernos regionales tienen *autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia*. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones» (las cursivas son nuestras).

Artículo 194, *ab initio*, «Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen *autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia*. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley» (las cursivas son nuestras).

A nivel de normas primarias, esto es, normas positivas con rango o valor de ley, el artículo 8 de la LBD se refiere a la autonomía como

[...] el derecho y la capacidad efectiva del Gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.

La LBD, en su artículo 9.1, define la autonomía política, que es la que nos interesa más a efectos del presente texto, de la siguiente manera: «[...] es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes».

Dentro de la misma materia, y también a nivel de normas primarias, podemos citar el artículo 10.2 de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual configura el quid o clave de bóveda que justifica la relación interordenamental del ordenamiento del Gobierno nacional con la pluralidad de ordenamientos territoriales. El texto es el siguiente: «Los poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales» (las cursivas son nuestras).

También es de citar el artículo VI del Título Preliminar de la LOPE: «El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno». Asimismo, el artículo 38 de la LOM preceptúa: «[...] Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades».

De la lectura de estos tres artículos citados podría deducirse que, en buena medida, el núcleo duro de lo que constituye en rigor la autonomía consiste en una obligación de abstención por parte del resto de organismos, vale decir que estos deben de abstenerse de invadir y ejecutar las competencias privativas y funciones del organismo autónomo de que se trate.

En tal sentido, es de citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

[...] la autonomía municipal constituye, en esencia, una garantía institucional que, por su propia naturaleza, *impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla*, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible. En buena cuenta, *la autonomía municipal* supone la capacidad de autodesarrollo en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales. (STC Exp. n.º 0010-2003-AI/TC, f. j. 7) (Las cursivas son nuestras)

Así las cosas, y dentro de la idea de autonomía, es de relieves que tales intereses respectivos que movilizan la actuación de los entes territoriales y que encuentran su sustrato material en el ámbito de competencia de estos deben, necesariamente, estar dirigidos a la consecución de fines siempre valiosos para la comunidad que representan. Fines valiosos en cuanto de naturaleza pública y que dan legitimidad y legalidad al *ius imperium*, privilegios y exorbitancias (publicación) que detentan tales entes en su proceder. Todo el accionar de dichos entes ha de estar circunscrito única y exclusivamente al logro de tales fines reconocidos por el ordenamiento y no a otros fines, así también tengan la naturaleza de públicos. En tal sentido, dichos fines por ser *per se* valiosos, justificarán también que los intereses respectivos, además de las peculiaridades, particularidades, prioridades y realidades de los entes territoriales, se cristalicen en el ámbito de competencias y funciones que el supraordenamiento les asigna y, en tal sentido, la ejecución del aludido ámbito (proveyendo servicios y bienes públicos, y dando normatividad) sea cautelado, acogido y reconocido por el ordenamiento. Y este reconocimiento ordinal se basa en el respeto y, por fuerza, la abstención que han de guardar el resto de organismos por los intereses, fines públicos y competencias del ente territorial. Y es que en todo ello anida la idea misma de lo que configura la autonomía.

En este contexto, creemos conveniente citar el artículo 75 de la LOM, el cual establece:

Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones. Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas [...].

De igual modo, es de indicar:

[...] la tendencia en un Estado democrático de derecho es poner cada vez más al alcance de los ciudadanos el ámbito de participación en las decisiones, tanto normativas como administrativas, que los afecten. La orientación de la autonomía se encamina a que dicho acercamiento con el ciudadano se torne en la regla general, y la nación como unidad política sirva de mínima intervención con el fin de organizar las políticas que sean de interés común para toda la unidad. (Pedraza Severo, 2014, p. 340)

Lo dicho encontraría su correlato normativo y constitucional en el artículo 188 de la carta de 1993, el mismo que, entre otras materias, preceptúa que la descentralización es una política permanente del Estado. Asimismo, el citado artículo prescribe: «El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del Gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales».

Prima facie, y de otra parte, es de la mayor importancia reiterar que la cláusula de prevalencia también se justifica en la *función* que corresponde a la norma «básica», pues es esta la que por ser

aplicable a toda la nación y configurar un común denominador normativo representa el interés general superior para el logro del *bien común*, y que dentro de su vertiente de materias propias integrantes de su ámbito competencial ha de trazar los lineamientos, fundamentos, orientaciones o marcos normativos de referencia, que han de ser desarrollados por las regiones y municipalidades a través de sus propias fuentes normativas y dentro de su acervo de competencias, y tal acervo no es otra cosa que el reflejo de sus respectivos intereses y, con ello, de sus diversas realidades. En otras palabras, y parafraseando a Luis de la Morena, *los intereses respectivos de las Regiones y Municipalidades se terminan objetivando en el marco de las competencias así atribuidas*.

Retomando, es de indicar también de *prima facie* y *de lege ferenda* que es la Constitución la que atribuye a las normas básicas la virtualidad de preceptuar una regulación normativa uniforme para la totalidad de los ciudadanos, esto es, una función constitucional que se justifica y basa en el ya mencionado interés general superior, en el principio de unidad del Estado y en el principio de autonomía. Dejamos solamente planteada la idea de que los artículos 192, *ab initio*, y 195, *ab initio*, de la carta de 1993, bien podrían encomendar al Gobierno nacional la función de dar normas básicas con todo lo que ello supone. Sin embargo, se podría también elaborar sobre la idea de que las normas básicas no pudiesen en modo alguno vaciar de contenido el ámbito competencial de las regiones y municipalidades, pues tales bases habrían de respetar los intereses respectivos de estos entes territoriales (principio de autonomía). De no ser así, se suscitaría un conflicto de competencia. En cambio, de darse una antinomia entre norma nacional y norma territorial, respetando ambas fuentes su respectivo ámbito de competencia aun cuando el mismo sea producto de una distribución competencial imperfecta, estaríamos frente a un conflicto de colisión donde por las razones ya detalladas prevalecerá la primera siendo la segunda desplazada o inaplicada. Sin embargo, de no configurarse una antinomia por defecto de la distribución de competencias, esto es que no haya duda razonable sobre qué instancia es la titular de la competencia controvertida, y aun así la misma fuere vulnerada, se configurará un conflicto de competencia, el mismo que se resolverá por las vías que corresponda.

5.1. Rectoría del Gobierno nacional sobre los entes territoriales (cuestión previa)

Como fundamento y justificación de la dación de «bases» y también como efecto colateral del interés general superior y los principios de unidad del Estado y de autonomía, no se puede eludir tocar el tema de la rectoría que ejerce el Gobierno nacional sobre la actividad normativa, en este caso de las regiones y municipalidades.

Existe, pues, una rectoría o supremacía (no jerarquía) del Gobierno nacional sobre los entes territoriales. Supremacía o rectoría que, como hemos visto, encontrará su *ratio* en el interés general y superior de toda la nación que el Gobierno nacional procura con la ejecución de su ámbito competencial y como efecto de esto, la capacidad de dar normas uniformes, reiteramos, para toda la nación. Esto es un común denominador normativo. Tal rectoría y tal supremacía, *en términos positivos*, también se justificarían en los artículos 118(3) y 119 de la Constitución.

Más aun, y en ese sentido, el artículo 4.1 de la LOPE es nítido al disponer: «Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno». De igual manera, los artículos 7.1 y 7.2 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM prescriben: «La Política General de Gobierno es el conjunto de políticas prioritizadas que se desarrollan a través de políticas nacionales durante un periodo de Gobierno»; «[...] está bajo la dirección del Presidente de la República y debe ser presentada por el/la Presidente/a del Consejo de Ministros al Congreso de la República, conforme lo dispuesto en la Constitución Política del Perú».

La rectoría que detenta el Gobierno nacional está, asimismo, positivada a nivel de normas primarias (rango de ley) en el artículo 22.2 de la LOPE, el cual dispone: «Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, *asumiendo la rectoría respecto de ellas*». Y, en el mismo sentido, en el artículo 23.1 de la LOPE se prevé que son funciones generales de los ministerios: «a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional

y sectorial bajo su competencia, *aplicables a todos los niveles de gobiernos*. El artículo 43 de la LOPE define los «sistemas» como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, los organismos constitucionales y los niveles de gobierno. Son de dos tipos: 1. sistemas funcionales; 2. sistemas administrativos.

Igualmente, y de manera más concreta, es de citar el artículo 44 de la LOPE que preceptúa:

Los sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

El artículo 46 de la LOPE, precisando el citado artículo 44 y en lo que a los sistemas administrativos respecta, establece: «En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, *independientemente de su nivel de gobierno* y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General [...]» (las cursivas son nuestras). El mismo artículo agrega que el Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los sistemas administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control.

El artículo 78, *ab initio*, de la LOM dispone: «El ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se realiza de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia».

En lo que se refiere a la relación entre entes territoriales y sistemas, es de citarse también el artículo 10.3. de la Ley de Bases de la Descentralización, el mismo que establece:

Las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y los sistemas administrativos del Estado, referidos a presupuesto, tesorería, contaduría, crédito público, inversión pública, contrataciones y adquisiciones, personal y control, *por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno*. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 33 de LOGR señala:

La administración regional se ejerce bajo un sistema gerencial y se sustenta en la planificación estratégica, organización, dirección, ejecución, evaluación y control, *dentro del marco de las normas emitidas por los sistemas administrativos nacionales*. [...] *La supervisión de los actos de administración o administrativos que ejecuten los gobiernos regionales conforme a los sistemas administrativos nacionales a cargo del Gobierno nacional, se regula por las disposiciones legales del sistema correspondiente*. (Las cursivas son nuestras)

En lo que concierne a la sujeción a leyes y disposiciones que regulan los sistemas administrativos y funcionales, nos queda claro que tales normas pueden resultar «problemáticas». En efecto, y como se ha visto, en el ordenamiento administrativo y positivo si bien es cierto existirían *de lege lata* normas que «legitimaría» el poder normativo del Gobierno nacional en el ejercicio de la rectoría, sin embargo, afectarían frontalmente el ámbito de actuación de los entes territoriales y con ello, por qué no decirlo, su autonomía en cuanto principio y garantía institucional.

En tal sentido,

[...] el arreglo institucional del país no ha estado preparado para manejar de manera equilibrada la tensión natural entre autonomía y control que existe en todo proceso de descentralización política, administrativa y económica. En un Estado unitario y descentralizado como el peruano, las regiones y municipios requieren de autonomía para proveer servicios públicos que satisfagan las demandas de los ciudadanos. Por otro lado, el Estado requiere ejercer el control para mantener la unidad de la República y el adecuado uso de los recursos públicos, así como para evitar el uso abusivo de la discrecionalidad de los funcionarios. (Contraloría General de la República, 2016, p. 29)

Asimismo, y aun cuando alude a la Contraloría General de la República, es importante lo que García Cobián (2014) manifiesta:

El control gubernamental o control del gasto público (a cargo de la Contraloría General de la República) sobre los gobiernos regionales y locales no enerva la autonomía de la que se encuentran dotados en relación con los asuntos de su competencia en el respectivo ámbito territorial, sino que resulta una manifestación del principio de control en el Estado constitucional. (p. 106)

Entonces, y *mutatis mutandis*, resulta de la mayor importancia invocar el artículo 46, *in fine*, de la LOPE. Este artículo dispone que la rectoría a cargo del Poder Ejecutivo «[...] No afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas. El Poder Ejecutivo adecúa el funcionamiento de los Sistemas Administrativos al proceso de descentralización».

El artículo 46, *ab initio*, de la LOPE define del modo siguiente a los Sistemas Administrativos: «Los Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso».

El artículo 45 de la LOPE define a los sistemas funcionales como «aquellos que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado». Asimismo, preceptúa que el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los sistemas funcionales. Las normas del sistema establecen las atribuciones del ente rector del sistema.

Entrando de lleno en lo que se refiere específicamente a políticas públicas y a nivel reglamentario, esto es, *secundum legem*, el artículo 13 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM señala:

La rectoría de una política nacional sectorial es la potestad exclusiva de un ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y *disponer medidas sectoriales nacionales que permitan alinear la actuación de los tres niveles de gobierno y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía.* (Las cursivas son nuestras)

El artículo 16.1 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM dispone: «El ente rector de un sistema funcional es responsable de dirigir, coordinar, regular, operar, supervisar y evaluar el sistema funcional a su cargo, *a fin de asegurar el cumplimiento de determinadas políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado*» (las cursivas son nuestras). El artículo 16.3 del mismo decreto agrega: «El ente rector de un sistema funcional ejerce sus atribuciones guardando concordancia con los objetivos de las políticas nacionales vinculadas con dicho sistema funcional».

En este contexto, queda claro que es atribución de los sistemas funcionales, a través de los entes rectores, supervisar el cumplimiento de las políticas públicas.

Aun cuando se refiere únicamente a los sistemas funcionales y con ellos a la inexistencia de una superioridad jerárquica de los entes rectores sobre los entes territoriales, resulta importante citar a Paredes Morales (2011) cuando sostiene:

Particularmente relevante es el caso del proceso de descentralización en el marco del funcionamiento de sistemas funcionales dado que implica la interacción con niveles de gobierno que no se encuentran subordinados jerárquicamente al Poder Ejecutivo. Todo lo contrario, la vinculación entre los entes rectores de los sistemas y las instancias descentralizadas es técnico normativa, enfatizando la necesidad de coordinación para la formulación e implementación de políticas considerando la variable territorial. Consecuentemente, las normas de los sistemas funcionales no pueden ser consideradas un espacio para regresar a esquemas de jerarquización en las relaciones entre niveles de gobierno. (p. 117)

Al respecto, es de señalar que esta cita debe concordarse, como veremos, con la normativa que preceptúa que las políticas nacionales y sectoriales son de cumplimiento obligatorio para los entes territoriales. Con todo, y sin embargo, creemos *de lege ferenda* que en este supuesto la idea de jerarquía resulta del todo ajena, dado el modelo de Estado unitario y descentralizado construido por la carta de 1993.

Inciendo sobre la situación de los entes territoriales en lo que a su interrelación con los sistemas y sus órganos rectores se refiere, creemos que es ilustrativo realizar un breve análisis del artículo VIII del Título Preliminar de la LOM a efectos de graficar cómo opera la rectoría en el régimen jurídico nacional y, en este caso, en lo que se refiere concretamente a las municipalidades. En efecto, tal artículo prescribe que:

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los *sistemas administrativos del Estado* que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. *Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.* (Las cursivas son nuestras)

No existe la menor duda de que las municipalidades, en virtud de su autonomía política, detentan la capacidad de dar normas con rango y valor de ley (ordenanzas). Tampoco se puede negar que existen leyes y reglamentos nacionales que en virtud de mandatos del bloque de constitucionalidad afectan, reiteramos, la actuación de las municipalidades y también el alcance de su autonomía. Es prueba de ello el citado artículo VIII del Título Preliminar de la LOM. Esto resulta aún más notable cuando estamos frente a la actuación compartida y concurrente sobre distintas vertientes de una materia por parte del Gobierno nacional y de las municipalidades.

Asimismo, el artículo 45(a) de la LOGR, *ab initio*, dispone que es competencia exclusiva del Gobierno nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la ley. Los gobiernos regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales

De otro lado, resulta de la mayor importancia deslindar los términos «competencia» y «función», y en nuestro caso «función específica». Entonces, se entiende por competencia:

[...] el ámbito de actuación territorial o material de los distintos niveles de gobierno con la finalidad de cumplir su rol dentro de la cadena de producción de bienes y servicios, mientras que por funciones deberá entenderse el conjunto de facultades de gestión dentro de las cuales cada nivel de gobierno implementará las actividades necesarias para el cumplimiento de su rol en el ámbito de sus competencias territoriales y materiales. (Congreso de la República, 2018, p. 54)

Así, y aun cuando de *lege ferenda* reiteramos que a cada instancia corresponderá el ejercicio riguroso de competencias compartidas en cuanto distintas «funciones específicas» (roles diferenciados) y de este modo regular distintas vertientes de una materia.

De suscitarse una antinomia, esta se resolverá deslindando el interés respectivo del ámbito nacional y las peculiaridades y diversas realidades del ámbito local, en suma, su interés respectivo. Conforme se ha indicado, y para tal efecto, el Gobierno nacional en virtud de la rectoría que ejerce, además claro está, de tener por finalidad la prosecución del interés general superior y con ello el principio de unidad estatal, dictará las «bases» normativas. Y el «desarrollo» de tales bases corresponderá a las municipalidades y regiones de acuerdo a sus peculiaridades e intereses, los mismos que son materializados al estar recogidos en el privativo ámbito de competencias y funciones asignados a dichos entes territoriales.

La relación entre «bases» y «desarrollo» será, pues, informada por los criterios de competencias compartidas y la idea de «conurrencia», que estudiaremos más adelante. Además, la rectoría encontraría su basamento en la función constitucional que la misma cumple y en modo alguno en la idea de jerarquía (artículos 118(3) y 119 de la Constitución). Sin embargo, dados los supuestos anteriormente referidos, y de actuar ambos entes dentro de su ámbito de competencia, pues el reparto de competencias no siempre es perfecto, reiteramos que la antinomia que se configure entre norma nacional y norma territorial encontraría solución en la activación de la prevalencia de la primera y el desplazamiento o inaplicación de la segunda, esto es, la norma no prevalente (Tafur Charun, 2019, pp. 149-151).

Por último, y siempre aludiendo a la rectoría a la cual se encuentran sujetos los entes territoriales, es de citar el artículo 199 de la Constitución

Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente [...].

5.2. *Justificación*

Sabido es que *de lege lata* son legión las normas positivas, primarias y reglamentos que dotan a las políticas nacionales y sectoriales del atributo de ser de *cumplimiento obligatorio* para las regiones y municipalidades. En suma, la política nacional siempre regirá y primará aun cuando se trate de regular aspectos de la realidad que conciernen exclusivamente a los intereses respectivos de la región o municipalidad de que se trate. Ello supone vaciar de contenido no solo la capacidad de tales entes territoriales de dar sus propias políticas conforme a sus respectivos intereses y que se materializan en su privativo ámbito de competencias y funciones, sino también, y notablemente, la noción más elemental de lo que configura una auténtica autonomía política, administrativa y económica. Todo ello no obstante que el artículo 9.1. de la LBD define la autonomía política de las municipalidades y regiones como «la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes».

Así, pues, nos encontramos de hecho frente a una estructura normativa asaz jerarquizada donde los entes territoriales se convierten en meros organismos ejecutores. Esto es, organismos carentes de una política propia. En suma, un Estado unitario y centralizado.

Entre las normas que agravan frontalmente la autonomía de las regiones y municipalidades tenemos las siguientes:

- El artículo 4.1, *ab initio*, de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) que atribuye al Poder Ejecutivo la competencia exclusiva de «Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno».
- El artículo 19.1, *ab initio*, del Decreto que aprueba el Reglamento que regula las Políticas Nacionales (Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM): «Todas las entidades públicas en todos los niveles de gobierno están obligadas a cumplir las políticas nacionales».
- Por su parte, el artículo 21.1 del mismo decreto supremo preceptúa que: «En caso un ministerio detecte una falta de concordancia de determinadas políticas regionales o locales con las políticas nacionales sectoriales bajo su rectoría, debe comunicarlo a la autoridad responsable del nivel de gobierno subnacional, a fin de que proceda a implementar las medidas correctivas que hubiera lugar».

En lo que respecta concretamente a las políticas nacionales, tenemos el caso de la política nacional del ambiente aprobada por Decreto Supremo n.º 023-2021-Minam, la misma que dispone en su artículo 2.1:

La Política Nacional del Ambiente al 2030 *es de cumplimiento obligatorio para las entidades de la Administración Pública*, señaladas en el artículo 1 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, en el marco de sus competencias, así como para las personas jurídicas de derecho privado y la sociedad civil, en cuanto les sea aplicable. (Las cursivas son nuestras)

El Decreto Supremo n.º 007-2017-Vivienda que aprueba la Política Nacional de Saneamiento, preceptúa:

Que, por su parte el artículo 6 de la Ley n.º 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento establece que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, *las cuales son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización y en todo el territorio nacional*. Por su parte, en el inciso 1 del artículo 6 de la norma citada se señala que dicho ministerio tiene competencia exclusiva para formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial.

[...] [Además] el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1280, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, precisa que el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, *es el ente rector en materia de saneamiento, y en atención a ello, le corresponde planificar, diseñar, normar y ejecutar las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, las cuales son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización y en todo el territorio nacional*. (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el artículo 2.1 del Decreto Supremo n.º 009-2020-MC, que aprueba la Política Nacional de Cultura (PNC) al 2030, dispone:

La Política Nacional de Cultura al 2030 *es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la Administración Pública, en todos los niveles de gobierno*, en el marco de sus competencias, y para las personas jurídicas bajo régimen privado referidas en el numeral 8 del artículo 1 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, de acuerdo con el marco normativo vigente. (Las cursivas son nuestras)

Pese a lo indicado, creemos que en alguna medida puede resultar un avance en lo que se refiere a la consecución de una auténtica descentralización la misma que supone notablemente el ejercicio de competencias garantizadas de modo autonómico, el siguiente texto de la PNC:

La PNC es un *documento orientador* que permitirá integrar, alinear y dar coherencia a la intervención del Estado en materia de derechos culturales. Su implementación implicará la actualización y *alineamiento de los planes estratégicos* de las entidades públicas del sector cultura; *y en el ámbito territorial, la formulación de instrumentos de política regional y local en el marco de los objetivos aquí propuestos, pero considerando las necesidades y prioridades de cada territorio*. (Las cursivas son nuestras)

Aún más, y en el mismo sentido, el PNC señala:

Los gobiernos locales y regionales son actores importantes en la gestión cultural, por lo cual deben contar con el conocimiento sobre su participación en las diferentes etapas de la gestión cultural. Esto implica acciones conjuntas que buscan generar capacidades en el personal técnico, *así como la claridad en los roles diferenciados que tienen, a partir de las competencias y funciones que poseen, a fin de evitar duplicidad de esfuerzos y, sobre todo, buscando una adecuada articulación intergubernamental*. (Las cursivas son nuestras)

A los dispositivos citados habría que agregar la pluralidad de leyes de organización y funciones de los diversos ministerios dadas en virtud del mandato recogido en la cuarta disposición complementaria de la LOPE, leyes que preceptúan el carácter de órgano rector de estos y, como consecuencia de

ello, el cumplimiento obligatorio por parte de regiones y municipalidades de las políticas dadas por tales ministerios. Así, por ejemplo, es de citar el artículo 6(a) de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Educación (Ley n.º 31224), el cual señala que este ministerio tiene como función de competencia exclusiva: «(a) Diseñar, establecer, ejecutar y supervisar las políticas nacionales sectoriales en los ámbitos de su competencia, asumiendo la rectoría respecto de ellas, *las cuales son de obligatorio cumplimiento por las entidades de los tres niveles de gobiernos*» (las cursivas son nuestras).

A todas estas normas positivas se ha de adicionar la pluralidad de sentencias del Tribunal Constitucional (algunas de ellas citadas aquí) que *interdicen* la posibilidad de que las normas territoriales, inclusive aquellas con rango de ley, puedan contravenir los mandatos contenidos en las políticas nacionales y sectoriales.

De tal suerte, el Gobierno nacional detentaría, pues, a través de una exorbitante rectoría, la capacidad o atribución de contravenir los intereses respectivos y con ellos la autonomía política y el ámbito competencial de las regiones y las municipalidades mediante la dación de políticas nacionales y sectoriales, configurando todo ello que exista un «orden jerárquico», una relación de absoluta dependencia, donde, parafraseando a García de Enterría, tales entes territoriales se convertirían en meros ejecutores de una voluntad ajena manifestada en instrucciones jerárquicas, y sujetos los mismos a la tutela de un órgano mayor al cual se encuentran adscritos.

En otras palabras, se trataría de un gobierno donde las manifestaciones normativas de este se jerarquizan no dejando espacio para la existencia de otros entes, territoriales o no, que gocen de autonomía, personalidad jurídica y competencias, en buena medida, privativas y garantizadas a nivel constitucional. Asimismo, todo ello supondría un gobierno cuya estructura normativa solo reconozca, a efectos de la incardinación de normas, el principio de jerarquía y sus variantes, mas no la idea de competencia y con ella, la de función constitucional que corresponde al bloque constitucional. Se trataría, pues, de un gobierno donde en realidad existe una sola Administración Pública que cuenta con entes desconcentrados —y no descentralizados— que resultan, en el mejor de los casos, útiles para una mera gestión periférica.

A todo lo señalado habría que incidir en el principio de subsidiariedad que se encuentra recogido en el artículo 4.f) de la LBD y es por este definido de la manera siguiente:

Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.

La misma ley y sobre la misma materia prescribe en su artículo 14.2:

El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el Gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones.

El artículo 8.10 de la LOGR también se ocupa del principio de subsidiariedad del modo siguiente:

El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer las distintas funciones que le competen al Estado. Por consiguiente, el Gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los gobiernos regionales y estos, a su vez, no deben involucrarse en realizar acciones que pueden ser ejecutadas eficientemente por los gobiernos locales, evitando la duplicidad de funciones.

Cabe citar la STC Exps. n.ºs 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC (acumulados) del Tribunal Constitucional, la cual, si bien es cierto, se refiere a la autonomía universitaria, bien podría aplicarse por analogía al supuesto de los entes territoriales:

Al respecto, cabe dejar sentado que este órgano de control de la Constitución, en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas; *pero, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estas se afecten por su omisión.* (f. j. 18) (Las cursivas son nuestras)

Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que *a posteriori* se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos. *Aquello podría suceder si se diera el caso de que los lineamientos que el Ministerio de Educación vaya a emitir puedan llegar a interferir ilegítimamente en la autonomía universitaria, situación ante la cual, de presentarse, las juezas y los jueces ordinarios sí se encontrarían en la plena facultad de controlar este aspecto en aquellos casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento.* (f. j. 144) (Las cursivas son nuestras)

Entendemos que las competencias y funciones se distribuyen tomando como base las diversas realidades y, como ha quedado dicho, los respectivos fines de interés de cada instancia, así como, en general, sus peculiaridades, singularidades y particularidades («derecho a una política propia», diría García de Enterría). Recogiendo ello como fundamento se podría afirmar que las políticas nacionales y sectoriales dadas por el Gobierno nacional deberían ser formuladas teniendo como sustento el «interés general superior» y nada más (común denominador normativo). De ello derivaría y, a su vez, ello legitimaría el carácter de entes rectores del Poder Ejecutivo y los ministerios. Sin embargo, y con todo, tales entes rectores no deberían ir más allá (*ultra vires*). Debe configurarse una densidad dispositiva limitada. El mandato contenido en el artículo 10.2 de la LBD es nítido: «Los Poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales» (las cursivas son nuestras).

En igual tenor, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) dispone: «[...] el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno». Asimismo, el artículo 38 de la LOM preceptúa: «[...] Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades».

A estas alturas, es de citar la siguiente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional:

[...] Resulta pertinente advertir que si bien la garantía de la autonomía regional no impide que el legislador nacional regule materias que comparte con el gobierno regional, *al hacerlo debe respetar su contenido esencial*, esto es que no se sujete o condicione la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos regionales a relaciones que se puedan presentar como arbitrarias, pues sobre aquel recae un mandato constitucional que lo obliga a abstenerse de adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del Gobierno nacional a los gobiernos regionales, conforme enuncia el artículo 188 de la Constitución. (Expediente n.º 00011-2008-PI/TC, f. j. 35). (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, según el profesor Rubio Correa (2006):

Lo que corresponde a los intereses nacionales es competencia del Estado unitario, no del gobierno regional. Desde luego, el Tribunal considera que esta no debe ser una puerta abierta a la arbitrariedad para establecer el centralismo. Los intereses nacionales deben ser definidos *ex ante* para que no se cometan abusos y, de esa manera, se prive a los gobiernos regionales de funciones que le sean propias, en aras de perseguir un interés nacional arbitrario u oportunamente declarado. (p. 370)

6. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN EL DERECHO NACIONAL (UNA APROXIMACIÓN)

A modo de ejercicio o ensayo, nos gustaría en esta parte del trabajo «juguetear» con la idea de cómo, de ser el caso, se activaría el principio de prevalencia en el ordenamiento jurídico constitucional y

nacional. Creemos, y ello salta a la vista, que el caso más común para la activación de la cláusula de prevalencia será la colisión entre una norma nacional y otra territorial que se originen respectivamente en el ejercicio de competencias exclusivas. Es nítido que ambas normas habrán sido dictadas respetando su ámbito de competencia y, sin embargo, el mismo habrá sido producto de un defectuoso reparto. Es el artículo 13.1 de la LBD el que define las competencias exclusivas como aquellas, «cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley».

De otro lado, y pese a lo indicado en el epígrafe 5.2, y siempre *de lege ferenda*, somos de la idea que en el derecho nacional también se concretizaría esta institución, entre otros supuestos, en una relación de bases/desarrollo entre las normas nacionales y territoriales, respectivamente. *Ello adquiere aun mayor relieve cuando aludimos a la relación internormativa y bifásica entre, de una parte, políticas nacionales y sectoriales, y de la otra, políticas regionales y municipales*. Estas fuentes se articularían entre ellas mediante la idea de competencia.

Una digresión. El artículo 118(3) de la Constitución preceptúa que es atribución del Presidente de la República dirigir la Política General de Gobierno, y conforme a los artículos 8.1 y 8.2 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, las políticas nacionales «constituyen decisiones de política a través de las cuales se prioriza un conjunto de objetivos y acciones para resolver un determinado problema público de alcance nacional y sectorial o multisectorial en un periodo de tiempo». De igual modo, «(Las políticas nacionales) definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. [...]».

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - Ceplan (s. f.):

[...] las políticas nacionales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades y niveles de gobierno, en el marco de sus competencias. En consecuencia, su diseño e implementación puede comprender una o varias funciones del Estado y, por ende, uno o varios sectores. *Asimismo, los gobiernos regionales y locales formulan sus políticas de manera consistente con las políticas nacionales*. (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) atribuye al Poder Ejecutivo:

[la competencia exclusiva de] Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, *las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno*. Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. *Las políticas nacionales conforman la Política General de Gobierno*. Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. *Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República*. Para su formulación, el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. *El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales*. *Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros*. (Las cursivas son nuestras)

Retomemos.

La cláusula de prevalencia se activaría cuando colisionen de una parte una norma nacional dada por el ente rector y a la que corresponde como función y en exclusividad, sentar las bases sobre una materia dada y, de otra parte, una norma territorial, la misma que en forma exclusiva es competente para desarrollar las bases preceptuadas por la norma nacional, de acuerdo a las diversas realidades y al

interés respectivo y fines de cada región o municipalidad. Tales diversas realidades e intereses se materializan en el acervo competencial privativo de los entes territoriales y en el ejercicio de funciones, y que les es atribuido por el supraordenamiento. Queda claro que para que se active la cláusula de prevalencia constituye requisito imprescindible que se configure una antinomia pese a que ambas instancias (nacional-territorial) actúen dentro su respectivo ámbito competencial, pues como se ha dicho en modo alguno el reparto de competencias llevado a cabo por la Constitución siempre puede suponer una asignación perfecta y limpia de competencias. Así, pues, para que se active la cláusula de prevalencia debe configurarse previamente un conflicto de colisión, el mismo que se deslinda de modo nítido de un conflicto competencial.

Aun cuando hemos aludido a este asunto en otro lugar (Tafur Charun, 2018, pp. 185-201) nos permitimos reiterarlo, pues es de la mayor importancia definir cómo se relacionan los decretos supremos (*secundum legem*) que contienen las políticas nacionales y sectoriales y que son dadas por el ente rector, y las ordenanzas territoriales (*praeter legem*) que desarrollan *armónicamente* tales políticas nacionales y sectoriales, adecuándolas a sus singularidades, realidades, peculiaridades e intereses respectivos.

Así, pues, esta figura, donde prevalece el decreto supremo (reglamento) sobre la ordenanza (rango de Ley), encuentra su racionalidad en lo que afirma Enoch Alberti Rovira (1986) al señalar: «[...] debe convenirse que resulta irrelevante la calificación unilateral que el Estado haga de los actos emanados en el ejercicio de su competencia, la *forma* que éstos adopten, pues en todo momento habrán de responder a la *función material* que le reserva la Constitución» (p. 144) (las cursivas son nuestras).

Cabría preguntarse cómo se articula la relación entre «bases» (políticas nacionales y sectoriales), de una parte, y las normas de desarrollo (políticas territoriales), de la otra.

Descartamos que se trate de una relación de naturaleza jerárquica. Dada la diferencia de funciones específicas o atribuciones a cargo de cada instancia (bases-desarrollo), no existe, en rigor, una «comunidad sobre idéntica materia» entre ambas fuentes, como sí se da en la rigurosa relación «ley-reglamento ejecutivo». Y es que no puede haber «comunidad sobre idéntica materia» cuando a cada instancia, en ejercicio de una competencia compartida, corresponde en rigor, regular a través de diversas funciones específicas, *vertientes distintas de una materia determinada*. Además, y como ya se dijo, son normas provenientes de distintos ordenamientos y que en algunos casos las mismas pueden detentar igual rango. Y más allá de cualquier formalismo, resulta que se configura entre ambas fuentes una «articulación horizontal». No existe superioridad jerárquica.

Los artículos 192, *ab initio*, y 195, *ab initio*, de la Constitución, los mismos que de *prima facie* y de *lege ferenda* esbozarían la cláusula de prevalencia en nuestro ordenamiento, refieren que la actuación de las regiones y municipalidades debe *armonizarse* con las políticas nacionales y sectoriales. «Armonización» supone un espacio más amplio, un margen más holgado de libertad, de opción, para desplegar en alguna importante medida y discrecionalmente, mas no arbitrariamente, la función normativa de desarrollo de políticas nacionales y sectoriales, mientras que la dación de reglamentos ejecutivos supone una sujeción más fuerte a la ley, una relación típicamente jerárquica. Los reglamentos no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley, de ahí que sean, en tanto normas *secundum legem*, denominados, reiteramos, reglamentos ejecutivos (Tafur Charun, 2018, p. 202). Así las cosas, tal parece que las políticas nacionales y sectoriales detentarían más bien un carácter *orientador*.

De otro lado, cuando hablamos de la relación internormativa entre políticas nacionales y territoriales nos referimos al ejercicio de competencias exclusivas. En efecto, y con cargo a explicitarlo más adelante, es el artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización el que preceptúa que es *competencia exclusiva* del Gobierno nacional (ente rector), «el diseño de políticas nacionales y sectoriales». Complementando esta norma es de reiterar que el artículo 45(a), *ab initio*, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, prescribe: «Es *competencia exclusiva del Gobierno nacional* definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando *los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales*, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República» (las cursivas son nuestras).

El artículo 4(1) de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) también establece que es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo «[...] diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales [...]».

Por ahora nos limitaremos a realizar una breve reseña sobre cómo se articula la relación competencial entre normas nacionales y territoriales lo que conlleva a proveer una noción del fundamento del conflicto de competencia a efectos de incidir, en tal sentido, en el deslinde de este con su pieza de contraste que es el conflicto de colisión, el cual, como bien sabemos, resultaría siendo el hecho habilitador para la activación de la cláusula de prevalencia.

Para tal efecto, es necesario aludir a las competencias compartidas. Según el artículo 13.2. de la LBD son competencias compartidas, «aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel» (las cursivas son nuestras).

Este artículo debe ser concordado con el artículo 14.2(d) de la LBD según el cual la idea de *conurrencia* supone: «(En) el ejercicio de las competencias *compartidas* cada nivel de gobierno *debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás [...]*» (las cursivas son nuestras).

Resulta interesante lo señalado por Pedraza Severo (2014) cuando se refiere a la idea de *conurrencia* del siguiente modo e incide en los roles diferenciados de cada instancia:

El principio de *conurrencia* funciona en algunas materias cuando la actividad estatal deba cumplirse con la participación de varios niveles de la Administración, lo cual implica la asignación de competencias a cada autoridad para que actúen en forma cooperada, y obliga a que cada autoridad participe en donde sea necesario para el cumplimiento del fin estatal. (p. 339)

Las competencias compartidas adecuadas a la idea de *conurrencia* suponen para nosotros que dos instancias (distintos ordenamientos) regulen *vertientes distintas de una materia dada*, dentro de su respectivo ámbito de competencias (bases-desarrollo) y *ejercen, en consecuencia, diferentes funciones específicas cuyo despliegue supone un ejercicio exclusivo*. El ejercicio de las competencias por cada instancia (ente rector-ente territorial) estará sujeto al respeto que deben guardar por el ámbito competencial y material (parcela de la realidad social), y por la *función específica y exclusiva* que a cada parte corresponde para el cumplimiento de sus propios fines. Caso contrario, estaremos frente a un conflicto de competencia y no resultará de aplicación la cláusula de prevalencia. Reiteramos: las competencias compartidas conjuntamente con la idea de *conurrencia* importan que dos instancias (diferentes ordenamientos) regulen *vertientes distintas de una materia*, dentro de su respectivo ámbito de competencia, y *ejercen, en consecuencia, diferentes funciones específicas o roles diferenciados cuyo despliegue supone un ejercicio exclusivo*.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha resuelto:

[...] en una competencia compartida se le encarga a dos o más niveles de gobierno la regulación de una materia; se trata esta competencia entonces del ámbito de la realidad sobre el cual recaerá la facultad normativa conjunta de ambos niveles de gobierno, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica. Por ejemplo, mientras que al Gobierno nacional se suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los gobiernos regionales y locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento. (STC Exp. n.º 00024-2007-PI/TC, f. j. 19)

Cabría agregar a esta definición que las competencias compartidas no solo se configuran cuando ambas entidades ejercen distintas funciones específicas sobre una misma materia, sino, asimismo, cuando regulan o ejecutan tales funciones sobre *vertientes diferentes de una misma materia*, así, v. gr., cuando al Gobierno nacional le corresponde dar políticas sectoriales sobre el régimen de la actividad minera y también otorgar concesiones mineras, y a su vez los gobiernos regionales son competentes «exclusivamente» para otorgar concesiones relativas a la pequeña minería y a la minería artesanal (ejecución de política sectorial).

De otro lado, y *de lege lata*, según el artículo 14.4 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, «El Ministerio con competencias compartidas debe *determinar* los roles y responsabilidades de cada nivel de gobierno».

No obstante, este artículo recientemente citado contraviene frontalmente lo dispuesto en el artículo 23.3(a) de la LOPE, según el cual, para el ejercicio de las competencias compartidas, en las funciones que son materia de descentralización, «corresponde a los ministerios *coordinar* con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento». Así, pues, una cosa es «determinar» y otra muy distinta «coordinar». Y resulta nítido que esta antinomia se resolverá recurriendo al principio de jerarquía.

Tal vez, nuestro planteamiento sobre la naturaleza y alcance de las competencias compartidas y la idea de concurrencia sea más explícito si asumimos como ejemplo el siguiente concepto que esboza el Tribunal Constitucional:

Por tanto, si bien el artículo 80.3.3.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades otorga facultad a las municipalidades distritales para determinar las áreas que han de ser utilizadas como relleno sanitario, dicha atribución debe ejercerla de conformidad con el artículo 79.1.1.1 de la mencionada ley, la cual otorga *competencia exclusiva* a las municipalidades provinciales para aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial. Consecuentemente, queda claro que las municipalidades distritales pueden determinar las áreas de relleno sanitario dentro de su jurisdicción, pero deben hacerlo de acuerdo a lo aprobado en el Plan de Acondicionamiento Territorial que desarrollan las municipalidades provinciales. (STC Exp. n.º 0027-2007-AI/TC, f. j. 15) (Las cursivas son nuestras)

Otro ejemplo que proponemos, *mutatis mutandis* y esta vez a nivel de normas positivas, es el artículo 11, *ab initio*, de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, el cual prescribe:

11.1 La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos de carácter general que rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales y locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

11.2 *Los gobiernos locales emiten las normas complementarias* para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales. (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la definición que el Tribunal Constitucional hace de la idea de concurrencia. Así, el Tribunal refiere que estas son «materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas *comunes*, existiendo una relación complementaria de *tutela y control normativo*» (STC Exp. n.º 002-2005-PI, f. j. 61) (las cursivas son nuestras).

Por lo expuesto, entendemos que no procede aludir a «funciones específicas comunes», pues es un hecho que no existe «comunidad de idéntico ámbito material». Las «funciones específicas» del ente rector y del ente territorial son siempre diversas pues, reiteramos, se refieren a roles diferentes en la ejecución de una materia (competencia). Además, no obstante lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la STC Exps. n.ºs 0020-2005 PI/TC y 0021-2005 PI/TC (acumulados) (ff. jj. 54, 55, 56), cabe plantear si cuando se alude a «tutela» y «control» se los está considerando como equivalentes a lo que supone en rigor la idea de rectoría. Por nuestra parte, creemos que «tutela» y «control» suponen la existencia de una sujeción rigurosa que no es propia de una relación autonómica. Somos de la idea que el uso de conceptos tales como «tutela» y «control normativo» contraviene y agravia frontalmente el fundamento mismo del diseño y construcción de Estado complejo, esto es, unitario y descentralizado, llevado a cabo por la carta de 1993, el bloque de constitucionalidad y el mismo Tribunal.

De otra parte, es de la mayor importancia precisar que la LBD, y en lo que a las clases de competencias (exclusivas, compartidas y delegadas) se refiere, no ha considerado dentro de ellas a la idea

de concurrencia. La concurrencia, más bien, ha sido considerada como un criterio para la «asignación y transferencia de competencias». Esta idea de la concurrencia no hace más que, por así decirlo, detallar la forma como han de ser distribuidas y ser ejercidas las competencias compartidas por las distintas instancias, competencias que serán ejercidas *con distinto título o distintas potestades* (funciones específicas) y, por ello, sobre *vertientes distintas* de una materia dada (bases-desarrollo). Válidamente, podría sostenerse que la *concurrencia* más que un criterio de distribución de competencias configura un auténtico principio general de derecho en tanto carácter informador del ordenamiento. Sin embargo, y como hemos visto, tal omisión en modo alguno agravia o resta importancia al aludido *principio*. En cualquier caso, el principio de concurrencia bien puede operar como una «prótesis» que facilite la construcción del Estado unitario y descentralizado, constituyendo así un parámetro para dar solución a cualquier antinomia que pudiese suscitarse notablemente en caso de conflictos de colisión y de competencia, y a su vez servir para dotar de sistematicidad, compatibilidad y coherencia al ordenamiento jurídico que esboza la Constitución.

Reiteramos que en nuestro derecho la cláusula de prevalencia operaría fundamentalmente y *prima facie* en un supuesto, esto es, cuando se configure una antinomia entre una norma nacional básica, dada por un ente rector, y una norma territorial de desarrollo, y ambos preceptos regulen válidamente una materia respetando su respectivo ámbito de competencias y funciones específicas, pese a tratarse de vertientes distintas de tal materia. Como resultado de esto prevalecerá la norma nacional, prevalencia que se traduce en el interés general superior que esta configura y que tiene como elementos basilares los principios de unidad y autonomía y, además, claro está, la rectoría que ejerce, debiendo agregar a ello la función de especial importancia que se encomienda a la norma «básica» para delinear —dentro de su ámbito de competencias— el marco normativo que ha de ser desarrollado por la norma territorial sin poder esta contravenir a su vez el acervo de atribuciones de la norma básica, puesto que de no ser así se configuraría un conflicto de competencia no habiendo entonces lugar para el conflicto de colisión y, con él, para la activación de la cláusula de prevalencia. Esto sin dejar de lado la necesidad de una regulación normativa uniforme para toda la nación cuando así el interés general superior y sus elementos basilares (principios de unidad del Estado y de autonomía) lo demanden.

En otras palabras, y concretizando, estamos ante competencias compartidas que se refieren a vertientes distintas de una materia en tanto corresponde al Gobierno nacional (ente rector) exclusiva y excluyentemente la función específica de prescribir las «bases», y a las regiones y municipalidades «desarrollar» en los mismos términos tales bases.

Siguiendo la línea de Sosa Wagner, queda claro que entre las normas básicas (nacionales y sectoriales) y las normas de desarrollo (territoriales) existe una marcada diferencia de *grado y alcance*.

Así las cosas, es rigurosamente necesario admitir que se trataría de competencias exclusivas y paradójicamente también compartidas, tanto del Gobierno nacional, (el establecimiento de las bases nacionales y sectoriales) como de las regiones y las municipalidades (el desarrollo de las bases nacionales y sectoriales) sujetas a la impronta de la idea o, más precisamente, al principio de *concurrencia*. Ello, claro está, sin dejar de lado y poniendo de relieve la importancia del criterio de competencias compartidas.

Tal relación internormativa concretiza de manera nítida cómo operaría la cláusula de prevalencia cuando se suscite la antinomia que fuera. Este conflicto de colisión, mas no competencial, supondría que de darse una antinomia entre ambos tipos de normas, esta se originará en el *ejercicio regular* de normar por cada ente dentro de su ámbito de competencia, pues *el mismo no ha quedado claramente definido o, si se quiere, no ha quedado perfectamente distribuido o atribuido por el supraordenamiento*, siendo en consecuencia tanto la norma nacional como la territorial válidas (conflicto de colisión). Prevalecería, así, la norma nacional y, en consecuencia, la norma no prevalente sería desplazada o inaplicada, pero no derogada. Como efecto de ello, la norma no prevalente, desplazada o inaplicada, será ineficaz.

Pero a efectos de la dación de normas básicas y normas de desarrollo, y dada la afinidad de materias a regularse y que, consecuentemente, estamos ante el ejercicio de competencias compartidas,

resulta necesario que se configure una armonización a efectos de hacer efectivo un proceder ordenado y sin duplicidad de competencias y funciones específicas por parte de las diferentes instancias.

Las normas básicas y las normas de desarrollo no están absolutamente separadas. De igual modo, el Gobierno nacional tampoco está absolutamente separado de los entes territoriales, aun cuando estos estén dotados de autonomía política, administrativa y económica. Recuérdese el ya estudiado principio de unidad del Estado. Asimismo, no estamos frente a entes autárquicos. Repetimos, esta pluralidad de gobiernos, en el caso de competencias compartidas, regulan vertientes distintas, pero de una misma materia, recurriendo a su vez a distintas funciones específicas para el cumplimiento de sus fines. Ello, por fuerza, deriva que se deba configurar una *armonización* para evitar, repetimos, superposiciones y duplicidades en lo que a la dación de políticas públicas se refiere. Y esta superposición y duplicidad de competencias y funciones específicas originarían conflictos de colisión y, en algunos casos, de competencia.

Pero no basta, entonces, que el reparto de competencias y funciones sea perfecto, lo que ya de por sí es bastante improbable, sino que exista una armonización *ex ante* entre los Gobiernos involucrados que facilite la dación de las fuentes ya aludidas. Según García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2001, p. 328), toda coordinación comporta un cierto poder de dirección que resulta de la posición supraordenada en que se encuentra el que coordina (ente rector) con respecto al coordinado; sin embargo, resulta conveniente hacer algunas precisiones. El procedimiento tipo en materia de coordinación es la directriz. *La directriz se deslinda de la orden jerárquica. La orden jerárquica produce la anulación de la voluntad del destinatario. Convierte al destinatario en un mero ejecutor de una voluntad ajena.* En cambio, la directriz le deja al receptor, en todo caso, un amplio espacio para que realice sus propias opciones y despliegue sus propios medios en orden de la consecución de los resultados que la directriz le propone, resultados a cuya obtención se limita, en principio, la vinculación que aquella comporta. Hasta aquí la cita.

A nuestro entender, y en nuestro derecho, lo indicado por los autores citados encontraría su basamento en el rol rector y el interés general superior que al Gobierno nacional corresponden. De otra parte, el título VIII de la LBD regula de la siguiente manera la colaboración, coordinación y cooperación entre el Gobierno nacional y los diversos gobiernos territoriales:

49.1. El Gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.

49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualquiera naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley.

49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional.

Artículo 50.- «Relaciones con el Congreso de la República. Los gobiernos regionales y locales se relacionan con el Congreso de la República, a través de los Congresistas y sus Comisiones de Descentralización y Regionalización, y de Gobiernos Locales, en asuntos de iniciativa legislativa, normatividad, intercambio de información y fiscalización. Tienen asimismo el derecho y obligación de participar en el proceso de sustentación y aprobación de sus presupuestos institucionales. Además, es de citarse el artículo 17 de la LOPE, el cual preceptúa que corresponde a la Presidencia del Consejo de Ministros “[...] la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil”».

Retomando, diremos que este interés general superior cuya consecución el Gobierno nacional —en cuanto ente rector— procura, así como en lo que se refiere a la unicidad y una regulación normativa uniforme para toda la nación dada por esta misma instancia, conceptos estos que, entre otros,

legitimarian la cláusula de prevalencia, bien pueden ser positivados conforme a los artículos 1, 44, 58, 188, 189 y 190 de la carta de 1993. El texto de estos artículos es el siguiente:

Artículo 1.- «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

Artículo 44.- «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior».

Artículo 58.- «[...] el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

Artículo 188.- «La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del Gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales».

Artículo 189.- «El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados».

Artículo 190.- «Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles. El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la provincia constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales. Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional. La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas. Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos».

Además, si podemos hallar en nuestro ordenamiento *positivo* una normativa que también sirva en alguna medida de elemento basilar para la activación de la cláusula de prevalencia, la encontraríamos, *prima facie* y *de lege ferenda*, en los artículos 192 y 195, *ab initio*, de la carta de 1993. Estos artículos recientemente referidos permitirían articular la normativa de la relación «bases-desarrollo».

Tales artículos constitucionales preceptúan, *ab initio*, lo siguiente:

Artículo 192.- «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo*».

Artículo 195.- «Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo*». (Las cursivas son nuestras)

Asimismo, son de citar los siguientes preceptos nacionales de nivel legislativo (normas primarias) que forman parte del bloque de constitucionalidad (normas estas últimas sobre producción jurídica y que detentan «superioridad funcional») y que en alguna medida podrían legitimar la aplicación de la cláusula de prevalencia en el ordenamiento constitucional peruano.

Artículo 11.1 de la Ley de Bases de la Descentralización: «La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, *se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República*».

Según el artículo 4 de su Ley Orgánica los Gobiernos Regionales tienen por finalidad esencial:

[...] fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, *de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo*. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 5 de la misma ley dispone que es misión de los Gobiernos Regionales: «[...] organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, *en el marco de las políticas nacionales, regionales y locales de desarrollo*».

El artículo 8(11) de la aludida ley orgánica establece entre los principios rectores de las políticas y la gestión regional: «Las políticas de los gobiernos regionales *guardan concordancia* con las políticas nacionales de Estado».

A su vez, el 32 de la misma ley orgánica señala que: «La gestión de gobierno regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, así como el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Regional, *aprobados de conformidad con políticas nacionales y en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigentes*».

El artículo 36 de la misma Ley Orgánica prescribe: «[...] las normas y disposiciones del gobierno regional *se adecuan al ordenamiento jurídico nacional*, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno».

El artículo 45(a), segundo párrafo, de la misma ley preceptúa: «Los gobiernos regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas *en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales*».

Según el artículo 46 de la aludida ley: «Las funciones específicas que ejercen los Gobiernos Regionales *se desarrollan* en base a las políticas regionales, *las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia*» (las cursivas son nuestras).

El artículo II, *in fine*, del título preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades preceptúa: «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, *con sujeción al ordenamiento jurídico*» (las cursivas son nuestras).

De igual manera, el artículo VI del Título Preliminar de la referida Ley Orgánica prescribe:

Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados *en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo*; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones. (Las cursivas son nuestras)

El artículo VIII, *in fine*, del título preliminar de la mencionada Ley Orgánica, señala: «Las competencias y funciones específicas municipales *se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo*» (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 38, primera parte, de la misma ley orgánica establece que: «El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, *de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional*» (las cursivas son nuestras).

A un nivel *secundum legem*, se puede citar el artículo 9 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM según el cual: «Los gobiernos regionales y locales formulan políticas regionales y locales, en sus respectivos ámbitos territoriales, *en concordancia* con las políticas nacionales conforme a lo dispuesto en sus respectivas Leyes Orgánicas» (las cursivas son nuestras).

Creemos que los *artículos constitucionales* referidos, aun cuando no se presenten como muy manifiestos o detallados, pueden bien constituir un recurso que active la aplicación de la cláusula de prevalencia en nuestro derecho sin dejar de tomar en cuenta que tales artículos están incardinados al más alto nivel del ordenamiento.

En lo que se refiere a los artículos de leyes ya citados (normas primarias), debemos simplemente afirmar que los mismos son más generosos en su detalle y que constituyen o forman parte del bloque de constitucionalidad. Tal bloque, y esto es nítido, se legitima por la función constitucional que el mismo cumple, lo que conlleva a que las normas que lo integran tengan un rango especialmente prominente, articulado y originado, reiteramos, en el ejercicio de la función constitucional que el mismo lleva a cabo («superioridad funcional») y en modo alguno en el principio de jerarquía.

Siempre en lo que se refiere a estas leyes que han sido citadas y que integran el bloque de constitucionalidad, diremos que estas articulan el ámbito de desenvolvimiento de cada instancia (nacional, esto es, rectora, y territorial), aludiendo, en la mayoría de casos, a términos como: «articulación», «concordancia», «coordinación», «enmarcación», «adecuación», «armonización», «consistencia» y «conformidad». Estos términos en modo alguno configuran una relación interordinamental (bases-desarrollo) que pueda ser informada por una *rigurosa* idea de jerarquía. Existiría entonces, y esto lo manifestamos *de lege ferenda*, un margen de libertad u opción, una vinculación más bien laxa y holgada, que permitiría a las regiones y municipalidades desarrollar una política propia a través de sus propias fuentes normativas, teniendo como elemento basilar la autonomía que les es reconocida al más alto nivel del supraordenamiento y sus respectivos intereses que no son sino el sustrato material de su ámbito privativo de competencias.

Como dice Delgado Silva (2014): «Las políticas públicas ya no son mandatos unilaterales, impregnados de verticalidad, sino resultados transaccionales. En una palabra, estamos ante un nuevo poder, un poder descentralizado» (p. 124).

Con todo, somos de la idea que los referidos artículos constitucionales y los artículos de las leyes del bloque constitucional también citados, suponen algo así como poner un pie en la puerta, lo que posibilitaría que en nuestro derecho podría activarse la cláusula de prevalencia.

Cabe hacer una aclaración, y ello importa llevar a cabo una disección de los artículos 192 (*ab initio*) y 195 (*ab initio*) de la Constitución. Nos referimos en concreto a que tanto las regiones deben, en líneas generales, desplegar sus competencias y funciones no solo en *armonía* con las políticas y planes nacionales, sino también con las políticas y planes de desarrollo de las municipalidades (artículo 192). De igual modo, el artículo 195 dispone que las municipalidades despliegan sus competencias y funciones en armonía con las políticas y planes regionales de desarrollo.

Al respecto es de indicar lo siguiente:

- a) Lo señalado no hace más que reforzar la idea de que la «armonización» a la que aluden los artículos citados es más bien laxa, ajena del todo a cualquier sustrato jerárquico. *Prima facie*, diremos que tanto las regiones como las municipalidades en sus recíprocas potestades normativas y en los dos sentidos que estatuyen los citados artículos 192 y 195, serán informadas por la idea de competencia. Recíprocamente, a un ente territorial corresponderá la dación de las bases y al otro el desarrollo de las mismas. Esto es, funciones específicas distintas. En tal sentido, tanto las políticas y planes de desarrollo dados por las regiones y municipalidades tendrán forzosamente entre ellas un carácter ordenador, correspondiendo así a cada una de estas instancias disponer de un rol meramente orientador y facilitador, pero, repetimos, no

jerárquico. No habrá —por las razones que luego expondremos— lugar para la activación de la cláusula de prevalencia.

- b) De otro lado, el caso de las políticas públicas y planes nacionales supone una situación distinta. Si bien el término armonización es, como hemos dicho, más bien laxo, no se puede dejar de lado el rol rector del Gobierno nacional y su identificación con el interés general superior que él mismo procura. Se configurará así una supremacía mas no jerarquía, entre el Gobierno nacional, de un lado, y las regiones y municipalidades del otro. Supremacía que constituye una sujeción aún mayor y que, como hemos insinuado, tiene su basamento en la rectoría y el interés general superior, y este último se materializa también en las competencias y funciones específicas del Gobierno nacional. Asimismo, no se puede dejar de lado el principio de unidad del Estado. Como efecto de lo indicado, el Gobierno nacional estaría habilitado para preceptuar una regulación normativa uniforme para todo el Estado. Todo lo dicho bien puede legítimar y activar válidamente el principio de prevalencia.
- c) Salvaguardando su autonomía asignada al más alto nivel del supraordenamiento, se trata, en suma, de regiones y municipalidades que interactúan en función de sus competencias, intereses respectivos, funciones específicas y fines, debiendo armonizar su proceder con las políticas y planes dados por el otro ente territorial, los mismos que tendrán carácter orientador. En consecuencia, existirá una suerte de supremacía —nunca jerárquica— que se originará necesariamente en el carácter orientador de las políticas y planes de desarrollo y en las distintas funciones específicas que a cada instancia territorial corresponde (bases, desarrollo). En esta relación internormativa, al no haber rectoría ni consecución de fines de interés general superior, no habrá tampoco lugar para la activación de la cláusula de prevalencia.

6.1. *La cláusula de residualidad*

El Tribunal Constitucional peruano se refiere, entre otras, a la cláusula de residualidad en las siguientes sentencias:

[...] Hablando en estricto del tema legislativo, este compete al Congreso de la República, salvo en las materias que el bloque de constitucionalidad demande para los gobiernos regionales y municipales. Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad analizado, cabe señalar que las competencias regionales solo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno central. (STC Exp. n.º 002-2005-PI, f. j. 48)

Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado y, consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno nacional. (STC Exp. n.º 00020-2005-PI/TC, f. j. 48)

A pesar de que no aparece expresamente ni por interpretación que constituya competencia de estos gobiernos la creación de autoridades portuarias regionales, los gobiernos regionales se encuentran sometidos a un principio de taxatividad en el ejercicio de sus competencias, pues estas deben encontrarse expresamente previstas en el ordenamiento jurídico nacional. *En caso contrario, bajo la cláusula de residualidad implícita en todo Estado unitario y descentralizado, la competencia debe entenderse como propia del Gobierno nacional.* (STC Exp. n.º 0024-2006-AI/TC, f. j. 6). (Las cursivas son nuestras)

No es hasta la dación de la LOPE en el año 2007 que, en su artículo 4, *in fine*, se positiviza la cláusula de residualidad de acuerdo al siguiente tenor: «Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo».

De estas sentencias citadas queremos poner de relieve el siguiente extracto contenido en el fundamento jurídico 48 de la STC Exp. n.º 00020-2005-PI/TC. Así, y a partir de una simple interpretación literal, lo dispuesto en tal fundamento jurídico y en lo que se refiere a la cláusula de residualidad gatillaría, como veremos, que esta guarde un cercano aire de familia con la cláusula de prevalencia, tal como la hemos venido estudiando. El quid de este aserto lo encontramos en la siguiente frase, cuando se alude a las competencias controvertidas: «[...] competencias *que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad*, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, prima facie, la competencia corresponderá al Gobierno nacional».

Al respecto, es de indicar lo siguiente:

- a) Creemos que el Tribunal ha «surfeado» definir qué se entiende por cláusula de residualidad. Así, no se ha detallado suficientemente la naturaleza y alcance de dicha cláusula, le ha faltado detallar más el concepto.
- b) El Tribunal al definir la cláusula de residualidad no ha hecho mención expresa al interés superior general o a la rectoría, conceptos que sustentan y en parte constituyen la *ratio* de una institución que podría bien ser equivalente a la cláusula de prevalencia. Sin embargo, se ha de reconocer que el Tribunal sí alude al principio de unidad.
- c) Tampoco precisa si la norma territorial no prevalente, como efecto de la activación de la cláusula de residualidad, resultará inaplicada, desplazada o abrogada (derogación por interpretación).
- d) Pese a lo indicado, somos de la idea que el aludido fundamento jurídico 48 resulta parcialmente suficiente (aun cuando estas palabras se asemejen a un oxímoron) para equiparar la cláusula de residualidad con la cláusula de prevalencia, relievando para tal efecto, y una vez más, el fraseo «competencias que no se encuentren claramente definidas [...] *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno nacional».
- e) Y decimos «parcialmente suficiente» pues no basta para nosotros la definición hecha en el fundamento jurídico citado, el cual es casi un *susurrum*. Se requiere también y necesariamente —esto es imprescindible— tomar en cuenta la esforzada hermenéutica que se ha hecho de la Constitución, del bloque de constitucionalidad y de otras sentencias del Tribunal Constitucional, pese a que no aluden de modo expreso a la cláusula de prevalencia, para reconocer en nuestro sistema jurídico la vigencia de la misma.
- f) Así las cosas, resultaría válido sostener que en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, teniendo como fuente la carta de 1993, el bloque de constitucionalidad y ciertas sentencias del Tribunal Constitucional, tal como lo hemos elaborado a lo largo de este texto, la cláusula de prevalencia detentaría «carta de ciudadanía».
- g) La activación de la cláusula de prevalencia es aún más necesaria dada la manera desordenada en que se aprobaron e implementaron las normas, sumado al desorden también en materia de aplicación de las diferentes fases del proceso para el ordenamiento de las competencias y funciones de los tres niveles de gobierno, lo que «ha generado que hasta el momento no se tenga claridad respecto de lo que le corresponde cumplir a cada nivel de gobierno, es decir, no quedan claras la competencias que le corresponden al Poder Ejecutivo y su articulación con los gobiernos regionales y locales» (Contraloría General de la República, 2016, p. 84).
- h) No cabe duda que de haberse activado la cláusula de prevalencia en la acepción que aquí proponemos, y que ha sido dispuesta muy parcialmente por el fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional citado, hubiese facilitado la solución de sonados y controvertidos casos llevados ante tal alta corte, en los cuales las competencias de los entes involucrados no estaban claramente determinadas o distribuidas. Por poner algunos ejemplos,

las SSTC Exps. n.ºs 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC (acumulados) y 006-2008- PI/TC, relativas a la legalización del cultivo de la hoja de coca.

7. CLÁUSULA DE PREVALENCIA Y CONTROL DIFUSO

En primer lugar, y como efecto de la activación de la cláusula de prevalencia, hemos de descartar la figura de derogación de la norma territorial no prevalente de que se trate, pues como bien dice García de Enterría (1983): «[...] las técnicas de desplazamiento o prevalencia, por las que nos inclinamos resueltamente, dispensarían de la artificiosa necesidad, de una nueva promulgación de las antiguas normas, las cuáles recuperarían automáticamente su espacio una vez que el Estado lo abandonase» (p. 246).

Asimismo, y como bien dice Jiménez Campo, se ha de tomar en cuenta el hecho de que una vez derogada la norma nacional materia del conflicto recobrará plena vigencia la norma territorial que fuera desplazada.

Entrando de lleno al control difuso, es de indicar que el mismo se encuentra recogido en el artículo 138, *in fine*, de la Constitución. Su texto es el siguiente: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Por su parte, el artículo VII, *ab initio*, del Código Procesal Constitucional preceptúa sobre el control difuso: «Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución».

Hemos venido sosteniendo que la norma territorial, pese a ser una ejecución impecable del supraordenamiento y, por tanto, válida pues el ente que la emite actúa dentro de su ámbito de competencia, resultará siendo inaplicada o desplazada en virtud de la activación de la cláusula de prevalencia. Tal norma territorial no prevalente será ineficaz. Cabe plantear si acaso puede inaplicarse a través del control difuso una norma territorial virtualmente desplazada siendo la misma válida.

Así, en el derecho nacional, el control difuso está construido para cautelar y mantener indemne la Constitución y la legalidad., y esto es para defenderla, sea por inconstitucionalidad directa o indirecta, de forma o de fondo, parcial o total. En el caso de la cláusula de prevalencia, esta se encuentra diseñada no para la defensa específica de los preceptos de la Constitución, sino para que el ordenamiento jurídico se reivindique y mantenga su sistematicidad, compatibilidad y coherencia. Pero no puede negarse que tales atributos del ordenamiento son un valor superior recogido por la Constitución. Y, sin embargo, es también verdad que la antinomia que da lugar a la activación de la cláusula de prevalencia, y con aquella la norma territorial, agravan la sistematicidad, coherencia y compatibilidad del ordenamiento, forzando de este modo a los ciudadanos, como diría García de Enterría, a una suerte de esquizofrenia jurídica, pues estos no sabrán a cuál norma, materia de conflicto de colisión, sujetarse.

De otro lado, sabemos bien que la seguridad jurídica resulta siendo también un principio constitucional de primer orden. Nuestro Tribunal Constitucional define el principio de seguridad jurídica como aquel que asegura «a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria» (STC Exp. n.º 0001-0003-2003-AI/TC, f. j. 3).

Y este principio es atacado cuando se suscita la así aludida «esquizofrenia jurídica». Pero, y con todo, creemos que la activación de la cláusula de prevalencia puede constituir un supuesto valedero para el ejercicio del control difuso. Ello porque la norma territorial objeto de la indicada cláusula, si bien resultará siendo válida, materialmente será una norma ineficaz, pero para que ello se dé debe ser

previamente inaplicada a través del control difuso. Queda claro que en lo que se refiere a la cláusula de prevalencia, el control difuso también se ejerce en caso de normas válidas.

La inaplicación, a través del control difuso, de la norma territorial obedecería, pues, a la cautela o salvaguarda de valores superiores como es la seguridad jurídica y otros ya mencionados. Esto es, la eventual inaplicación de la norma territorial podrá ser llevada a cabo de acuerdo al artículo 138 de la Constitución, pues es de la mayor importancia preservar tales valores dado su carácter imprescindible para la operatividad del ordenamiento.

La norma territorial no prevalente, reiteramos, es una norma válida que bien puede suponer una ejecución impecable del supraordenamiento y que, por razones de sistematicidad, compatibilidad, coherencia y, notablemente, seguridad jurídica —valores, en suma, que configuran la finalidad de la activación de la cláusula de prevalencia—, decimos que tal norma territorial debe ser inaplicada o, si se prefiere este término, desplazada.

Con todo, creemos que la ineficacia de la norma territorial desplazada o inaplicada no responde a un vicio que anida en la misma, tal ineficacia responde más bien a algo así como un *efecto colateral*, el cual es producto únicamente de un defectuoso reparto de competencias y con este, de la forma como opera la cláusula de prevalencia.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Estado diseñado por la carta de 1993 es unitario y descentralizado (complejo). Es por ello que dentro de su estructura se configura una pluralidad de entes, algunos de naturaleza territorial como son las regiones y municipalidades, que detentan personalidad jurídica, autonomía y un *ámbito de competencias* dentro del cual desenvuelven, entre otras, su potestad normativa.

Sin embargo, la distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución y el bloque de constitucionalidad no siempre es perfecta. Así, podrá darse el caso de que las competencias distribuidas se solapen o superpongan, situación esta que produciría, paradójicamente, que el Gobierno nacional y el ente territorial de que se trate resulten igualmente competentes para regular una materia, esto es, ambas normas, la nacional y la territorial, serían válidas.

Ante ello, resulta de aplicación la cláusula de prevalencia como regla de colisión, la misma que hará primar la norma nacional sobre la territorial, siendo esta última desplazada o inaplicada. Tal primacía de la norma nacional se basa en el interés general superior que la misma supone y en el principio de unidad del Estado. La norma territorial no prevalente será válida, pero ineficaz.

La relación normativa en la que operaría la cláusula de prevalencia estaría dada fundamentalmente por una normatividad «básica», de una parte, y de «desarrollo» de la otra. Las bases serán reguladas por el Gobierno nacional (ente rector) y el desarrollo de estas estaría a cargo de los entes territoriales. Estas normas versarían mayoritariamente sobre políticas públicas. Las bases y las normas de desarrollo tendrían un ámbito de actuación definido y delimitado por las competencias materiales e intereses respectivos de cada instancia, ninguna instancia debería actuar más allá de su ámbito competencial y funcional; caso contrario estaríamos frente a un conflicto de competencia y no de colisión (cláusula de prevalencia). Está de más precisar que el principio de jerarquía resultaría del todo ajeno para informar la relación internormativa aquí detallada. Entendemos que según el artículo 3 de la LBD, con el diseño de esta relación internormativa, o más precisamente interordinamental de que trata este párrafo, se cumpliría una de las finalidades de la descentralización que preceptúa tal dispositivo, esto es, «el equilibrado ejercicio del poder».

Y, sin embargo, debe quedar claramente establecido que lo dicho en el párrafo precedente es *de lege ferenda*. En efecto, sabido es que *de lege lata* son legión las normas positivas, primarias y reglamentos que dotan a las políticas nacionales y sectoriales del atributo de ser de *cumplimiento obligatorio* para las regiones y municipalidades. En suma, la política nacional, dada por el ente rector, siempre regirá y

primará aun cuando se trate de regular aspectos de la realidad que conciernen única y exclusivamente a los intereses respectivos de la región o municipalidad de que se trate. Ello supone vaciar de contenido no solo la capacidad de tales entes territoriales de darse sus propias políticas públicas, sino también, y notablemente, la noción más elemental de lo que configura una auténtica autonomía política, administrativa y económica en un Estado unitario y descentralizado.

Asimismo, sostenemos que la cláusula de prevalencia encuentra de modo muy relativo, su correlato en el derecho nacional en lo que se refiere a la cláusula de residualidad, pero es de indicar que tal supuesta identidad entre ambas cláusulas no está *expresamente* positivada ni reconocida por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. Igualmente, la normativa aplicable y las sentencias del Tribunal Constitucional consultadas están muy lejos de reconocer de modo absoluto tal identidad. Es a partir de una esforzada hermenéutica aplicable a tales fuentes que puede establecerse la cláusula de prevalencia como un principio de colisión en buena cuenta ajena a la cláusula de residualidad. Exclusivamente en la cláusula de residualidad no vamos a encontrar el suficiente basamento para reconocer en nuestro ordenamiento la vigencia de la cláusula de prevalencia. Dejamos establecido que las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la existencia de la cláusula de residualidad, en modo alguno son suficientes para derivar de esta a la cláusula de prevalencia.

La inaplicación a través del control difuso de la norma territorial obedecería a la cautela o salvaguarda de valores superiores y constitucionales como son la seguridad jurídica, la coherencia, la compatibilidad y otros ya mencionados, necesarios todos ellos para articular la funcionalidad del ordenamiento. Asimismo, la ineficacia de la norma territorial no prevalente y desplazada no responde a un vicio que anida en la misma, sino más bien como efecto de un defectuoso reparto de competencias y, con este, de la forma como opera la cláusula de prevalencia.

9. REFERENCIAS

- Albertí Rovira, E. (Septiembre-diciembre 1986). Leyes medidas y distribución de competencia: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18), pp. 141-162.
- Alonso Mas, M. (2003). La prevalencia del derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano. *Revista de Administración Pública*, (161), pp. 305-347.
- Borrajó Iniesta, I. (2018). Comentario al artículo 149. AA. VV. *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, pp. 1508-1539.
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - Ceplan. (s. f.). *Políticas nacionales y sectoriales*. <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>
- Congreso de la República - Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. (2018). *Evaluación del Proceso de Descentralización Informe Anual - Periodo de Sesiones 2017-2018*. Lima: Congreso de la República.
- Contraloría General de la República. (2016). *Análisis de la función rectora y sancionadora del Poder Ejecutivo*. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/2016/Estudio_Rol_rector_y_sancionador_Poder_Ejecutivo_VF.pdf
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (Septiembre-diciembre 2004). ¿Es el estatuto de autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado? *Revista Española de Derecho Constitucional*, (72).

- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2009). Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (20), pp. 219-238.
- De la Morena, L. (Enero-diciembre 1983). Derecho administrativo e interés público. Condiciones básicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 847-880.
- Delgado Silva, Á. Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (7) nueva época, pp. 117-132.
- De Otto, I. (Mayo-agosto 1981). Prevalencia del derecho estatal sobre el regional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(2).
- Díez-Picazo, L. (Enero-abril 1989). Ley autonómica y ley estatal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (25), pp. 57-92.
- García Cobián, E. (2014). Control externo del gasto público y descentralizado en el Estado constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (7) nueva época, pp. 95-116.
- García de Enterría, E. (1982). La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (5), pp. 63-94.
- García de Enterría, E. (Enero-diciembre 1983). El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 213-292.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Fernández Miranda, J. (2020). *El principio de prevalencia del ordenamiento estatal*. Madrid: Dykinson.
- Jiménez Campo, J. (1989). ¿Qué es «lo básico»? Legislación compartida en el Estado autonómico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), pp. 39-92.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México D. F.: Universidad Autónoma de México.
- Leguina Villa, J. (Abril-junio 1993). Notas sobre los principios de competencia y de prevalencia en la legislación compartida. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (258). <https://doi.org/10.24965/real.vi258.8776>.
- Castañeda Gonzales, V. (2012). *Elementos y consideraciones para una gestión descentralizada*. Lima: Consejo Nacional de Educación, Usaid.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/21E8722ADB0ABC5505257AFC0006F9CD/\\$FILE/Libro_Elementos_y_Consideraciones.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/21E8722ADB0ABC5505257AFC0006F9CD/$FILE/Libro_Elementos_y_Consideraciones.pdf)
- Montilla Martos, J. (septiembre-diciembre 2006). La legislación básica tras las reformas estatutarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (78), pp. 105-150.
- Muñoz Machado, S. (Enero-diciembre 1983). Los principios constitucionales de unidad y autonomía. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 1839-1873.
- Paredes Morales, L. (2011). *La implementación de políticas nacionales y sectoriales en el nivel regional: un análisis neoinstitucional*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

- Pedraza Severo, S. (2014). Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Comentario a la sentencia C-123, de fecha 5 de marzo de 2014. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (7) nueva época, pp. 337-342.
- Peñarrubia Iza, J. (Mayo-agosto 1999). Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes. *Revista de Administración Pública*, (149), pp. 131-164.
- Rubio Correa, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz López, M. (Septiembre-diciembre 2013). La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones. *Revista de Administración Pública*, (192), pp. 137-178.
- Ruiz Miguel, A. (Septiembre-diciembre 1988). El principio de jerarquía normativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (24), pp. 135-154.
- Salas, J. (Enero-diciembre 1983). Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 433-452.
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Tafur Charun, E. (Mayo 2019). Disección del artículo VIII del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades. *Actualidad Jurídica*, (306).
- Tornos Mas, J. (1991). Ley de Bases y Legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la Ley de Bases. La cláusula de prevalencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (33), pp. 29-46.

LA JERARQUÍA DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

Sumario: 1. Definición de ordenanza municipal.— 2. El bloque constitucional.— 3. LBD, LOM, LOPE (planes, políticas y relaciones interordinamentales).— 4. La ubicación de las ordenanzas municipales en la estructura normativa nacional.— 5. Plurivocidad.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias.

En memoria de Álvaro Silva Raudat, hermano y entrañable amigo.

1. DEFINICIÓN DE ORDENANZA MUNICIPAL

De acuerdo al artículo 40, *ab initio*, de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM):

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, *son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal*, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley. (Las cursivas son nuestras)

Blume Fortini (1997) ensaya una definición de ordenanza municipal indicando que:

Como está dicho, la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que como quedó enfatizado, conlleva la autonomización o autorregulación, el legislador constituyente peruano le ha dado a la ordenanza municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución, las leyes impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general. El rango significa «[...] índole, clase, categoría, calidad» [...]. *Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley*. En tal sentido, si por disposición constitucional la ordenanza municipal tiene rango de ley, consecuentemente, tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; *raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la ordenanza municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una*. (pp. 27-28) (Las cursivas son nuestras)

Palomino Manchego (1997) se refiere a las ordenanzas manifestando lo siguiente:

¿Por qué las ordenanzas municipales ocupan un escalón jerárquico superior en nuestro ordenamiento jurídico conjuntamente con las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso y normas regionales de carácter general? El rango que ocupan no es por voluntad antojadiza, sino porque, sin olvidar los presupuestos doctrinarios, *las ordenanzas municipales mantienen un equilibrio con las otras leyes arriba señaladas, y de esta forma cumplen una autorregulación independiente*.

En la línea de las anteriores consideraciones, su naturaleza es indiscutible. Asimismo, las ordenanzas (*ordinance, local law*, reglamento, o su equivalente en otros países) que dicta el municipio revisten la característica propia de ley municipal. Con un fin ilustrativo diremos con Juan Escriche que el municipio es la ciudad principal que se gobierna por sus propias leyes. La facultad de crear no es exclusivamente del Estado. La tienen también ciertas colectividades jurídicamente

organizadas que actúan como Administración Pública y, concretamente, los municipios. (p. 70)
(Las cursivas son nuestras)

Siempre sobre las ordenanzas, el profesor Landa Arroyo (1997) afirma:

[...] es necesario precisar que la integración de las ordenanzas municipales y las leyes del Congreso no se articulan ya en virtud del principio de jerarquía, *por cuanto la ordenanza es una norma con igual rango de ley que la propia ley del Congreso. En este sentido, una ley no es superior per se a una ordenanza, sino que, en razón del principio de integración jurídica de las normas, el bloque de constitucionalidad se convierte en el parámetro del control constitucional, en caso de conflicto de normas locales y nacionales, cuando ambas tienen rango de ley.* (p. 92) (Las cursivas son nuestras)

El profesor Ochoa Cardich (1997) afirma sobre la ordenanza:

[...] Es ley dentro de su ámbito de competencia delimitado por la Constitución que es norma distribuidora de las competencias de los organismos del Estado. En esa dirección descentralista, la carta de 1993 ha precisado expresamente en su art. 192 cuáles son las competencias exclusivas de los gobiernos locales. *Estas competencias no pueden ser desconocidas por leyes ordinarias aprobadas por el Congreso y menos aún por decretos legislativos del Poder Ejecutivo.* (p. 209) (Las cursivas son nuestras)

Notablemente, y de *lege ferenda*, diremos por nuestra parte que las ordenanzas son normas ordinamentales con jerarquía de ley dadas por las municipalidades, vigentes en un ámbito territorial determinado y detentoras de un acervo de competencias privativas. Fuentes primarias inmediatamente subordinadas a la Constitución, que comparten el mismo escalón primario con otras fuentes normativas que tienen también rango de ley, como son la ley ordinaria, la ley orgánica, el decreto legislativo, el decreto de urgencia y las ordenanzas regionales. Todas estas fuentes de producción normativa se terminan ubicando en una posición de lateralidad la una con la otra y equidistantes de la Constitución. Las ordenanzas municipales y las demás fuentes ya mencionadas son normas con rango de ley que se relacionan entre sí por el principio de competencia y algunas de ellas pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos algunos de ellos de carácter territorial. Las ordenanzas, en rigor, no son reglamentos, son leyes, en términos materiales, que nacen de la asamblea (concejo municipal), que a su vez tiene su origen en la voluntad ciudadana.

Como veremos más adelante, esta definición de ordenanza que hemos ensayado quizá no suponga más que un *wishful thinking*.

2. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL

La norma constitucional no agota de una sola vez el reparto de competencias y el diseño de fuentes al interior del sistema. Es por ello que resulta indispensable que el legislador, generalmente orgánico, agote dicho reparto competencial y diseño de fuentes en virtud de expresos reenvíos normativos dispuestos por el constituyente.

Sobre el particular, resulta didáctico lo reseñado por Carpio Marcos (2001) cuando sostiene:

Por la función que cumplen en el proceso de inconstitucionalidad de la ley, estas han sido denominadas por la doctrina italiana como «normas interpuestas». Se llaman así porque su presencia determina una alteración del parámetro de control, haciendo que el juicio a la ley no se practique en el esquema binario que Kelsen previó: esto es, entre la ley, como objeto de control, y la Constitución, como parámetro; sino en un esquema trilateral, donde la función de las normas parámétricas la cumplen la Constitución y la norma interpuesta, mientras que, como objeto de control, la ley o las normas con rango de ley. Desde esta perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad deja de ser consecuencia de que la ley afecte «directamente» a la Constitución, para ser resultado de su falta de respeto a los límites (materiales o formales) impuestos a través de la norma interpuesta, tratándose por tanto de una violación “indirecta” de la Constitución. Se trata de un problema de inconstitucionalidad, y no de mera ilegalidad, no solo porque la Constitución encarga que las normas interpuestas determinen los límites de la ley, sino, además, porque tras de ello subyace la eficacia de ciertos principios constitucionales (como es el caso del carácter

unitario del Estado peruano, la eficacia del principio democrático o la protección de los derechos humanos). (p. 204)

Hasta aquí la cita.

Queda claro que el bloque constitucional (BC), conformado por normas «interpuestas», al agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes (en tanto leyes de producción normativa), como se ha indicado, cumplen doblemente y en términos materiales una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido BC no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento jurídico nacional. De lo hasta aquí expresado resulta nítido que en caso de que una ley contravenga las disposiciones del BC, ella deberá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Y tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución, será una contravención directa a la Constitución, pues es esta la que reenvía o encomienda al BC lo que es la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agravado cuando a través de normas subalternas no se respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y el BC.

Producto de todo esto es el establecimiento de un bloque de normas (BC) materialmente constitucionales, al que el Tribunal Constitucional ha de recurrir «para apreciar la validez constitucional de las normas» (artículo 78 del Código Procesal Constitucional).

Reiteramos, la importancia de la función que cumple el BC (leyes de producción normativa), el cual está compuesto en su mayor parte por leyes orgánicas, al desarrollar el diseño de fuentes y agotar el reparto de competencias entre los diversos entes que la Constitución esboza e informa (Tafur Charun, 2015, p. 26).

El artículo 78 del Código Procesal Constitucional regula de la siguiente manera el BC:

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, por remisión expresa de la constitución, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Las leyes integrantes del BC serían de naturaleza primaria y, en consecuencia, con auténtico valor de ley. Pero entendemos que ello no sería el único punto de resistencia o fuerza pasiva que el BC ostentaría frente a una normativa nacional o territorial de igual «jerarquía» que presuntamente agraviaría la Constitución. No resultan suficientes los principios de jerarquía, competencia y de *no regresión*. En tal sentido, creemos que más allá de cualquier intromisión, esta norma contenida en el artículo 78 de Código Procesal Constitucional deberá ser evaluada con mayor rigor que a través de cualquier otro análisis meramente formalista o, si se quiere, en extremo positivista. Y por cierto, creemos que es de la mayor importancia que el BC, dada la función constitucional que desempeña, esté debidamente cautelado yendo, para tal efecto, más allá de su mero carácter «primario». *Es, pues, de reiterar que el quid a efectos de incardinar en el ordenamiento jurídico nacional las normas que contiene el BC, es el aspecto «material», el cual tiene su elemento basilar en la función que por reenvío de la Constitución corresponde ejercer a estas «fuentes interpuestas».* No son suficientes los principios de jerarquía y de competencia.

Sin embargo, y *prima facie*, la práctica nos ha permitido apreciar que fuentes integrantes del BC no solo serían leyes orgánicas u ordinarias. En efecto, y como lo veremos en el epígrafe 4, existe una pluralidad de normas o fuentes (ordenanzas, decretos supremos, resoluciones ministeriales) que en términos rigurosamente materiales también cumplen tal función constitucional, aun cuando se habrá de notar que lo hacen de modo muy defectuoso o inidóneo, pues tales normas en cuestión no cuentan con la forma o jerarquía requerida (rango de ley) ni son objeto de remisión o reenvío constitucional, todos estos elementos imprescindibles para cumplir la aludida función privativa del BC. En algunos casos estaremos frente a normas de carácter y forma «infralegal», por así decirlo. Pero sirva lo que aquí

se dice para relievar otra vez, la importancia de la «materialidad» de la función constitucional. Y, reiteramos, tal «materialidad» no es otra cosa que el ejercicio de la función constitucional. Ello, no obstante, pudiéndose dar el caso expuesto de estar ausentes el rango de ley y la remisión constitucional de las normas de que se trate. En este supuesto se trataría de normas que serían «ocupantes precarias» del BC.

Sin embargo, lo dicho no supone que las normas que integran el BC sean *inderogables*. En efecto, de suscitarse una antinomia, el juzgador, caso por caso, ha de aplicar los principios de jerarquía, competencia y *señaladamente* de función constitucional para constatar de este modo si la norma que forma parte integrante del BC u otra fuente normativa en conflicto, es el medio idóneo para la consecución de los fines considerados como valiosos por el ordenamiento y para cuyo efecto el respectivo ámbito de competencias le haya sido atribuido al ente de que se trate, dejando así de lado toda arbitrariedad. Pero más importante aún será, en buena medida, la «materialidad» que supone el ejercicio de la función constitucional, el mismo que hará primar a la norma auténticamente integrante del BC sobre la norma o disposición de que se trate y cualquiera sea la jerarquía de esta.

En lo que respecta a las municipalidades, estas no deberían participar en modo alguno en el *iter* procedimental de creación del BC, pues para eso está, fundamentalmente, la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM).

Sin embargo, y *de lege ferenda*, las ordenanzas en modo alguno son una reglamentación de la LOM o en general del BC. No estamos frente a una relación rigurosamente jerárquica. Más aún, y como se sabe, la LOM cumple una «función constitucional» en relación con las ordenanzas. Esta relación en modo alguno puede configurar una relación «ley-reglamento ejecutivo». La dación de ordenanzas no constituye una rigurosa ejecución de la LOM. Existe entre ambas fuentes un ámbito lo suficientemente holgado que permite a las municipalidades adoptar mediante ordenanzas o decretos de alcaldía una política propia dentro de un amplio parámetro diseñado por la LOM, la misma que en términos materiales lleva a cabo una función constitucional.

3. LBD, LOM, LOPE (PLANES, POLÍTICAS Y RELACIONES INTERORDINAMENTALES)

En ese tenor, son de citarse los siguientes artículos contenidos en la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización (LBD), la LOM y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), respectivamente, y realizar comentarios sobre los mismos. Lo relevante de estas citas es que las mismas se refieren a la normatividad interordinamental y a la relación que esta supone que se da en cuanto a la distribución de tareas para la «confección» de planes y políticas entre el Gobierno nacional y las municipalidades. Aquí, la idea de «conurrencia» en cuanto elemento basilar del criterio de competencia juega un papel de la mayor importancia.

Por lo indicado, resulta pertinente citar artículo 14.d) de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD), el mismo que se refiere al «criterio de concurrencia», disponiendo: «En el ejercicio de las *competencias compartidas* cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás [...]».

Según el artículo 195, *ab initio*, de la Constitución: «Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo*» (las cursivas son nuestras).

Como ya se dijo, parte importante de esta relación entre las distintas municipalidades y el Gobierno nacional se configura en lo que respecta a la elaboración, aprobación y dación de planes y políticas.

El artículo VIII, *in fine*, de la LOM, por su parte, señala: «Las competencias y funciones específicas municipales *se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 18.1 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) preceptúa: «El Poder Ejecutivo elabora y aprueba los planes nacionales y sectoriales de desarrollo, teniendo en cuenta la visión y orientaciones nacionales y los planes de desarrollo de nivel regional y local, que garanticen la estabilidad macroeconómica».

Además del BC y su correlativa función constitucional, resultaría *de lege ferenda* aplicable la idea de prevalencia o primacía en la relación entre políticas y planes nacionales y subnacionales cuando las dos primeras orientan o armonizan (con el ánimo de preservar la unidad) los planes y políticas subnacionales. La Constitución y el BC son normativamente generosas en lo que se refiere al régimen de dación de políticas y planes. Así, por ejemplo y *de lege lata*, podemos aludir a los siguientes dispositivos: artículos 58, 192 y 195 de la Constitución, artículos VI, 4, 6.4, 17, 18.1, 18.2, 19.13, 22.2, 23.1, 23.3 y 44 de la LOPE, artículos VI, VII, VIII, IX, X, y 97 de la LOM, artículos 8, 9, 18, 26.1 a) 35.a, 35.b y 49 de la LBD, artículos 8.5, 8.6, 8.11, 32, 45 y 54 de la LOGR, artículo 1 del Decreto Supremo n.º 027-2007-PCM.

Es de relieves que conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) «las políticas nacionales y sectoriales son aprobadas por decreto supremo». Sin embargo, y dada la especial importancia de la materia a regular, serán las ordenanzas municipales (normas con valor de ley) dadas por las municipalidades las fuentes a través de las cuales se apruebe el desarrollo armonizado de las políticas nacionales y sectoriales (artículo VII de la LOM).

Aun cuando hemos aludido a este asunto en otro lugar (Tafur Charun 2018, pp. 185-201) nos permitimos reiterarlo, pues es objetivo del presente epígrafe, en la medida de lo posible, definir cómo se relacionan los decretos supremos que contienen las políticas nacionales y sectoriales y las ordenanzas municipales que desarrollan *armónicamente* tales políticas nacionales y sectoriales adecuándolas a sus realidades, peculiaridades e intereses respectivos. Reconocemos y reiteramos que nos tienta la idea de plantear una relación basada en una primacía o prevalencia (no jerárquica) a favor del Gobierno nacional donde, a su vez, sea respetada la autonomía municipal, pero ahí no se agotan las posibilidades, pues los planes y políticas, en tanto fuentes de derecho, configuran un supuesto muy especial de relación internormativa. Así, es pertinente citar el artículo 4.1 de la LOPE, el cual dispone:

El Poder Ejecutivo tiene, entre otras, las siguientes competencias exclusivas:

Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, *las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno*. Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la Política General de gobierno. Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. *Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República*. Para su formulación, el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. *El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del consejo de ministros*. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) dispone como competencia exclusiva del Gobierno nacional el diseño de políticas nacionales y sectoriales. De otra parte, el artículo 42 (a) de la LBD preceptúa: «Es competencia exclusiva de los gobiernos locales planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes».

Asimismo, el artículo 6.2 de la LOPE preceptúa: «Es función del Poder Ejecutivo, planificar, normar, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en conformidad con las políticas del Estado». El numeral 4 del mismo artículo precisa como función del Poder Ejecutivo, «Implementar la coordinación con los gobiernos regionales y locales, con énfasis en las *competencias compartidas*» (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 17 de la LOPE señala:

La Presidencia del Consejo de Ministros es el ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil.

Es el numeral 1 del artículo 18 de la LOPE el que establece como función del presidente del consejo de ministros: «Proponer objetivos del gobierno en el marco de la Política General de Gobierno». El numeral 2 del mismo artículo precisa que el presidente del consejo de ministros «Coordina las políticas nacionales de carácter multisectorial, en especial, las referidas al desarrollo económico y social; asimismo, formula las políticas nacionales en su respectivo ámbito de competencias, el proceso de descentralización y de modernización de la Administración Pública».

El artículo 23.3(a) de la LOPE establece como funciones de los ministros «coordinar con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento».

El artículo VI del Título Preliminar de la LOM prevé:

Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local *aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones.* (Las cursivas son nuestras)

El artículo VIII de la LOM preceptúa, como veremos con más detalle:

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que de manera general, y de conformidad con la Constitución Política, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público, así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales *se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.* (Las cursivas son nuestras)

Y, el artículo IX de la LOM señala:

El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, *teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales.* El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, *consistencia con las políticas nacionales,* especialización de las funciones, competitividad e integración. (Las cursivas son nuestras)

Todas estas normas, por su relevancia y detalle, resultan siendo la «clave de bóveda» que informa la relación interordinamental y a la vez normativa entre los distintos tipos de políticas y planes. El mandato contenido en el primer párrafo del artículo 4.1 de la LOPE es nítido: las políticas nacionales y sectoriales «son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno».

De otra parte, entendemos que las competencias se distribuyen tomando como base las realidades y los respectivos fines de interés de cada instancia, así como, en general, sus peculiaridades.

Al respecto, bien dice De la Morena (1983, p. 851) que toda actuación administrativa vendrá necesariamente generada, aparecerá objetivamente justificada por la previa declaración —o calificación de un interés como público— y tenderá, invariablemente, a su inmediata satisfacción o relación. Pero no habrá intereses donde no haya «interesados» o, lo que es lo mismo, no habrá intereses que no sean reconducibles a las exigencias existenciales de alguien. *Y ese «alguien», cuando el interés se declara público, lo será necesariamente una comunidad en cuanto integración solidaria de individuos sometidos a unas comunes necesidades o aspiraciones, en función de las que surgirán, entre ellos, vínculos de interdependencia y de condicionamiento recíprocos.*

En otra obra, el mismo De la Morena (1978) ha manifestado: «No hay, pues, competencias sin fines declarados previa y legalmente de interés público, por más que excepcionalmente pueda haber fines de interés público (en un sentido material) no transmutados aún en competencias, pero transmutables en ellas» (p. 85).

Recogiendo todo ello como fundamento, se puede afirmar que los planes y políticas nacionales y sectoriales deberían ser formulados teniendo como sustento el «interés general superior» y nada más. No debería ir más allá (ámbito material de impotencia). El mandato contenido en el artículo 10.2 de la LBD es nítido: «Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales» (las cursivas son nuestras). El artículo VI de la LOPE también es claro: «El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno».

Repetimos, parafraseando a García de Enterría, que las competencias atribuidas a las municipalidades se originan en sus respectivos fines de interés público. Es en lo que se refiere a sus respectivos intereses, particularidades, necesidades y peculiaridades que estos podrán desplegar su competencia para normar la planificación y las políticas. Tal competencia, para su ejercicio, detendrá una garantía que encuentra su justificación en la autonomía e interés respectivo para la salvaguarda de sus competencias. La autonomía no podrá ser invadida por el ente central o por otros entes territoriales.

Partiendo de lo expresado, y notablemente *de lege ferenda*, habrá (en el caso de las diferentes políticas y planes) una parcela de materias garantizada, que ningún otro nivel de gobierno podrá contravenir. Así, y dado el «núcleo duro» que configura la autonomía municipal, es nítido, como hemos visto, que una política nacional (presuntamente «básica») no podría vaciar, agotar e invadir exhaustivamente el contenido de la realidad e intereses privativos de una municipalidad y que corresponde a esta última regular.

Es en el seno de este «ámbito de impotencia» de la norma básica que esta debe dejar un espacio sustantivo, capaz de albergar una «política propia», para la normación territorial, espacio lógicamente ordenado sobre los «intereses respectivos» de la municipalidad de que se trate.

Se configura así un reparto de poder normativo. En tal caso, el Gobierno nacional es competente para dictar políticas que configuren un contenido esencial, como ya se ha dicho, que en rigor supone «bases» o «marcos» y que no pueden ir más allá del interés general superior (*ultra vires*, ámbito de impotencia), pues de otro modo terminaría vaciando de contenido competencial y autonómico a los otros niveles de gobierno. Cada municipalidad, ejerciendo una colaboración normativa, desarrollará tales bases dadas por el Gobierno nacional, conforme a su ámbito de competencias, necesidades, realidades, peculiaridades e intereses respectivos y concretos, y no podrá invadir las materias privativas del Gobierno nacional que se formalizan mediante políticas públicas nacionales y sectoriales (bases o marcos) y que se fundamentan, repetimos, en el interés general superior de la nación. Interés general superior que a fin de cuentas no hace más que justificar la rectoría que ejerce el Gobierno nacional sobre la pluralidad de organismos públicos.

Como un ejemplo práctico de lo dicho, pese a estar referido a una relación internormativa de grado subnacional y de naturaleza intramunicipal e intraordinamental, podemos citar el artículo 6 de la Ordenanza de Lima Metropolitana n.º 1787-MML-2014, cuando preceptúa: «Los gobiernos locales de la provincia de Lima deberán normar complementariamente y en estricta sujeción a esta ordenanza, *por la cual tendrán en cuenta las características propias del comercio ambulatorio en su jurisdicción*» (las cursivas son nuestras).

Pero es de aclarar que esta relación «bases-desarrollo» en modo alguno supone una innovación dada por el derecho patrio. Bien dicen García de Enterría y Fernández (2001):

Se trata de una de las técnicas más relevantes del sistema autonómico, tanto por la significación misma de esa colaboración normativa entre los dos centros políticos, como porque (según acreditada la experiencia de los sistemas federales —Alemania, Suiza, Austria— y regionales —Italia— donde se aplica un sistema análogo) es sobre esta técnica precisamente sobre la que va a actuar de manera predominante la competencia normativa autonómica. (p. 294)

Retomando, el Gobierno nacional no podrá ir más allá de lo que le corresponde (dictado de normas «base» o «marco») que, repetimos, tampoco podrán dejar sin contenido el acervo competencial de las municipalidades, el mismo que se despliega mediante la normatividad de desarrollo, esto es, políticas y planes locales.

Es de relieves que una cosa es «reglamentar» y otra muy distinta «desarrollar». Efectivamente, García de Enterría y Fernández (2001) definen así, detalladamente, la naturaleza del reglamento ejecutivo:

Esa prioridad [de la ley] es una primacía puramente formal, por razón de la fuente de la legitimidad que diferencia a una y otra norma y de la fuerza respectiva que de ello extrae cada una, y se traduce en otro principio igualmente formal, el principio de jerarquía normativa, *que supone la absoluta subordinación del Reglamento a la Ley*. Ese principio de subordinación del Reglamento a la Ley expresa simplemente el carácter instrumental de la Administración y de sus productos normativos respecto del «propietario del poder», en el ya aludido concepto de Hauriou, esto es, del soberano, que es desde el fin del absolutismo el pueblo cuya representación se residencia en el poder legislativo. De ello se deduce que el Reglamento complementa la Ley, pero que no puede ni derogarla ni suplirla, ni menos aún limitarla o excluirla. *La Ley frente al Reglamento, a su vez, no tiene límites de actuación funcionalizables: puede sustituir o excluir un Reglamento para ordenar cualquier materia o hacer apelación expresa a él. [...] [Puede] derogarlo, pura y simplemente o, por el contrario, ampliarlo, elevarlo de rango, convirtiéndole en Ley y prestándole con ello su propia fuerza superior; puede restringir su ámbito de manifestación o por el contrario ampliarlo. No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al Reglamento y en que este pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto), de la Ley; incluso el ámbito interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente regulado por la Ley de modo que se restrinjan o incluso que se excluyan totalmente las posibilidades dejadas al Reglamento [...].* (p. 234) (Las cursivas son nuestras)

Resulta notable, pues, la sujeción del reglamento ejecutivo a la ley, reglamento que en absoluto tiene garantizado un ámbito material donde el mismo prevalezca y que no pueda ser invadido por la norma supraordenada de que se trate. Estamos frente a una mera «ejecución». Si lo pudiéramos definir el reglamento en una frase diríamos que este se limita a facilitar la aplicación de la Ley, no contando para tal efecto con una reserva «material» o «formal».

Las normas de «desarrollo» tienen una naturaleza muy diferente a la del reglamento ejecutivo. En primer lugar, las municipalidades cuentan con un ámbito privativo de actuación que se origina en la autonomía política y administrativa que le reconoce la Constitución y el BC. Tal ámbito de actuación normativa, en este caso, se origina en sus intereses respectivos que a su vez se articulan con el interés general superior que corresponde al Gobierno nacional. Dado esto, el Gobierno nacional está impedido, en virtud del principio competencial y su variante concurrencial, así como los mandatos del BC, de agraviar la autonomía y con ella las competencias que detentan exclusivamente las municipalidades.

La posibilidad de las municipalidades de dar normas de desarrollo y, con ellas, de ejercer sus competencias y autonomía les permite, como diría García de Enterría, desplegar una «política propia». Sin embargo, no se puede dejar de tomar en cuenta la rectoría que ejerce el Gobierno nacional sobre las municipalidades. Sin bien tal rectoría no supone en todos los casos una relación rigurosamente jerárquica, en otros puede configurar una suerte de directrices que orienten el proceder en lo que a ejercicio de competencias se refiere por parte de las municipalidades. No obstante ello, la rectoría será vinculante cuando el Gobierno nacional la preceptúe a través de «normas básicas» que supongan una rigurosa ejecución de las competencias que le son privativas o exclusivas, esto es que materialicen el interés general superior que al Gobierno nacional corresponde en exclusiva preservar.

De otro lado, aun cuando las municipalidades están dotadas de autonomía política y administrativa, ello en modo alguno impide esta articulación y armonización entre políticas y planes nacionales, de una parte, y los planes y políticas locales, del otro.

Bien ha hecho el Tribunal Constitucional al definir del modo siguiente la autonomía política que detentan los entes territoriales en cuanto a políticas y planes se refiere: «Consiste en la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes» (Expediente n.º 0015-2005-PI/TC, fundamento 2.6.).

De lege lata, y desde una óptica netamente formalista, pues así lo dice la Constitución, no existe la menor duda de que las municipalidades en virtud de su autonomía política detentan la capacidad de dar normas con rango y valor de ley (ordenanzas). Tampoco se puede negar que existen leyes y reglamentos nacionales que afectan *legítimamente* la actuación de las municipalidades y también el alcance de su autonomía política y administrativa, y con todo ello la fuerza activa y pasiva de las ordenanzas. Es prueba de ello el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM que hemos citado. Esto resulta aún más notable cuando estamos frente a la actuación en *conurrencia* sobre distintas vertientes, pero de una misma materia por parte del Gobierno nacional y de las municipalidades. Así, a cada instancia corresponderá el ejercicio de distintas «funciones específicas», pero siempre, reiteramos, sobre distintas vertientes de una misma materia («bases-desarrollo»). De suscitarse una antinomia, esta se resolverá deslindando el interés respectivo del ámbito nacional y las peculiaridades y concreciones del ámbito local. Para tal efecto, el Gobierno nacional, en virtud de la rectoría que ejerce, además claro está, de tener por finalidad la prosecución de los fines de interés general superior, dictará las «bases» normativas. Y el «desarrollo» de tales bases corresponderá a las Municipalidades de acuerdo a sus peculiaridades e intereses. La relación entre «bases» y «desarrollo» será, pues, informada por el criterio «concurencial» que es una faceta de la idea de competencia (Fafur Charun, 2022).

Resulta pertinente citar los siguientes fundamentos jurídicos contenidos en la STC Exp. n.º 00004-96-AI/TC dada por el Tribunal Constitucional.

b) El artículo 191 de la Constitución reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata, pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos Legislativo y Ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. *Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado.* (f. j. 3.3.) (Las cursivas son nuestras)

d) Al no tener la garantía institucional de la autonomía administrativa de las municipalidades el carácter de absoluto, sino encontrarse sometido a limitaciones, en cuanto órganos del Estado de carácter vecinal, el órgano legislativo se encuentra en la libertad de dar formar, acunar, estructurar y concretizar los términos en los que debe entenderse tal autonomía, sin que ello importe, naturalmente, que el Estado les imponga instrucciones y les preste tutela, en la facultad de las municipalidades de autodeterminación responsable, esto es, en la libertad de decisión para hacer frente

a las tareas que son de su competencia; como, en efecto, en el caso de autos se ha respetado. (f. j. 3.3.)

4. LA UBICACIÓN DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES EN LA ESTRUCTURA NORMATIVA NACIONAL

En esta parte del trabajo nos referiremos a algunos casos prácticos en los cuales se pone de relieve la incardinación de la ordenanza municipal en el ordenamiento. Esto es, proveer algunos indicios sobre cuál es en realidad la ubicación de las ordenanzas en la estructura normativa nacional. Es de notar, asimismo, cómo algunos reglamentos, que a continuación son citados, ejercen de hecho y en alguna medida la función propia de las normas integrantes del BC, pese a no contar aquellos con los atributos de «jerarquía» y «remisión constitucional».

- a) En principio nos referimos al Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación (Decreto Supremo n.º 029-2019-VIVIENDA). Según el artículo 89 del aludido decreto supremo:

[...] el Reglamento Nacional de Edificaciones [Decreto Supremo 011-2006-Vivienda] *es el único marco normativo* que establece los criterios y requisitos mínimos de calidad para el diseño, producción y conservación de las edificaciones y habilitaciones urbanas, su aplicación es obligatoria a nivel nacional *por lo que las normas técnicas de carácter regional, provincial o distrital deben guardar concordancia con su regulación y, de ser el caso, adecuarse a la misma.* (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, el Reglamento Nacional de Edificaciones dispone:

Artículo 1.- El Reglamento Nacional de Edificaciones tiene por objeto normar los criterios y requisitos mínimos para el Diseño y ejecución de las Habilitaciones Urbanas y las Edificaciones, permitiendo de esta manera una mejor ejecución de los Planes Urbanos. *Es la norma técnica rectora en el territorio nacional* que establece los derechos y responsabilidades de los actores que intervienen en el proceso edificatorio, con el fin de asegurar la calidad de la edificación.

Artículo 2.- El Reglamento Nacional de Edificaciones es de aplicación obligatoria para quienes desarrollen procesos de habilitación urbana y edificación en el ámbito nacional, cuyo resultado es de carácter permanente, público o privado.

Artículo 3.- Las municipalidades provinciales podrán formular *Normas complementarias en función de las características geográficas y climáticas particulares y la realidad cultural de su jurisdicción.* Dichas normas deberán estar basadas en los aspectos normados en el presente título, y concordadas con lo dispuesto en el presente Reglamento. (Las cursivas son nuestras)

Baste, por ahora, citar a Cosculluela Montaner (1979, p. 12), cuando sostiene que el reparto de competencias debe ser elaborado por la Constitución y el BC sobre la base de que en las materias que contienen, sólo se incluyen aquellas más íntimamente «enraizadas» en el ente territorial, *prescindiendo enteramente de las competencias que pudieran incidir en aspectos relacionados con actividades económicas o con derechos fundamentales que exigen un tratamiento común más firme del Gobierno nacional como un todo.* Hasta aquí la cita.

- b) La Ordenanza Municipal n.º 308-2019-MDC (Distrito de Cieneguilla) preceptúa: b) La Ordenanza Municipal n.º 308-2019-MDC (Distrito de Cieneguilla) preceptúa: [Q]ue las municipalidades rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular, cualquiera sea la denominación que le otorguemos a los actos administrativos que expresan la voluntad del gobierno local, estos podrán ser materia de control de la misma forma que la Ley prevé, con sola excepción de la ordenanza municipal, norma de mayor jerarquía dentro de la legislación municipal y que la Constitución le confiere un foro especial de control en el Art. 200 Inc. 4, al describir lo que es materia de la acción de inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional. De igual modo, el artículo 73 de la LOM,

indica que las municipalidades se encuentran facultadas de emitir normas técnicas generales en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, así como sobre protección y conservación del ambiente, de ahí que las municipalidades ejercen funciones promotoras, normativas y reguladoras, *así como las de ejecución* y de fiscalización y control, en las materias de su competencia. Por otro lado, se deberá tener en cuenta que el artículo 26 de la Ley n.º 28687, Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación de Servicios Básicos, *establece* que los certificados o constancias de posesión son documentos extendidos por las municipalidades distritales de la jurisdicción y exclusivamente para los fines de prestación de servicios básicos, *sin que ello constituya reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular*. Así las cosas, esta ordenanza, que ha sido materia de análisis legal por parte de la administración de la municipalidad correspondiente, se encuentra, conforme a la normatividad vigente, siendo a su vez la ordenanza de naturaleza básica [sic], principalmente en lo que se refiere al ya aludido artículo 26 de la Ley citada [...] Es por ello, que según la municipalidad, la aprobación de la ordenanza resulta viable y necesaria con carácter de urgencia dado el *interés local* que la misma supone para la municipalidad. (Las cursivas son nuestras)

Importa poner de relieve que, en este caso, la función de «desarrollo» a cargo del municipio no supondrá en su totalidad una de carácter normativa —pese a la dación de la ordenanza materia de análisis—, pues el municipio al entregar a los vecinos el certificado de posesión lo que estará practicando es una ejecución de la normatividad nacional y municipal, esto es, estaremos frente a la dación de actos administrativos en su acepción jurídica rigurosa. Así, pues, la función de «desarrollo» por parte del municipio configurará una ejecución del ordenamiento, por ser ello de *interés local*.

Pero la dación de la ordenanza cuenta con un basamento aún mayor. Así, el artículo 2 de la ordenanza materia de análisis se fundamenta en las siguientes normas —dictadas por el Gobierno nacional— para su dación y que son desarrolladas por la misma ordenanza a un nivel normativo y extranormativo:

- Ley n.º 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades
 - Ley n.º 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General
 - Ley n.º 28687 - Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación del Servicios Básicos
 - Decreto Supremo n.º 017-2006-VIVIENDA - Reglamento de los títulos II y III de la Ley n.º 28687
 - Resolución Ministerial n.º 301-2017-VIVIENDA - Aprueba el Plan de Implementación del Programa «Agua Segura para Lima y Callao»
 - Decreto Legislativo n.º 1221 que Mejora la Regulación de la Distribución de Electricidad para Promover el Acceso a la Energía Eléctrica en el Perú
 - Resolución Ministerial n.º 242-2017-VIVIENDA - Aprueba el Manual de Operaciones del Programa «Agua Segura para Lima y Callao»
 - Ley n.º 29664, Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres y Reglamento
- c) En lo que se refiere a la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los Formatos de Declaración Jurada, el artículo primero de la misma preceptúa que su finalidad es establecer el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento *para el otorgamiento de la licencia*

de funcionamiento expedida por las municipalidades. (Las cursivas son nuestras). Asimismo, su primera disposición final, transitoria y complementaria dispone:

La presente norma entrará en vigencia a los ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir del día siguiente de su publicación. *En dicho plazo corresponderá a las municipalidades adecuar su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos a efectos de incorporar los procedimientos, requisitos y demás disposiciones previstos en la presente Ley.* (Las cursivas son nuestras)

Así las cosas, la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento es *desarrollada* por la Ordenanza MML n.º 1209. Tal dispositivo municipal tiene por finalidad modificar la Ordenanza n.º 857 y adecuarla a lo establecido por la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. De este modo se puede apreciar cómo ambas normas detentadoras de igual rango o valor de ley se «subordinan» una a la otra (Ley marco - Ordenanza MML n.º 1209). Existe también una diversidad de vertientes en el ejercicio de las funciones específicas sobre una misma materia. Así, pues, en lo que se refiere a la relación «bases-desarrollo», y con ella la cláusula de prevalencia, *de lege ferenda* podemos decir que el concepto «bases» se engarza nítidamente con el concepto «desarrollo». Así, y *de lege ferenda*, reiteramos que es la idea de competencia (bases-desarrollo) y dentro de la modalidad de «conurrencia», la que debe informar esta relación internormativa o interordinamental, si se quiere. Reiteramos, una cosa es «reglamentar» y otra muy distinta «desarrollar».

- d) En lo que se refiere a la Ley General de Bodegueros, esta es reglamentada por el Decreto Supremo n.º 010-2020-PRODUCE, que regula el otorgamiento de la licencia provisional de funcionamiento que las municipalidades deben otorgar de manera automática, gratuita y, por única vez, previa conformidad de la zonificación y compatibilidad de uso correspondiente, siempre que sea requerida expresamente por los bodegueros. Mediante el Decreto Supremo n.º 200-2020-PCM, se aprobó el Decreto Supremo que aprueba Procedimientos Administrativos Estandarizados de Licencia de Funcionamiento y de Licencia Provisional de Funcionamiento para Bodegas. Por Decreto de Alcaldía n.º 001-2022-AL/MDP se adecuó el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Municipalidad Distrital de Pucusana, *aprobado mediante Ordenanza Municipal n.º 002-02-MDP, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo n.º 200-2020-PCM, que aprobó el Procedimiento Administrativo Estandarizado de Licencia de Funcionamiento y de Licencia Provisional de Funcionamiento para Bodegas* (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, queda claro que en el presente caso, el BC estaría integrado por la Constitución, la LOM y, aunque de manera precaria, por la pluralidad de otras leyes y normatividad en general. Qué mejor ejemplo de lo que pretendemos indicar que el Reglamento Nacional de Edificaciones (decreto supremo) sea materia de desarrollo por una ordenanza municipal. Nadie en su sano juicio podría sostener que un decreto supremo ejecutivo tiene rango de ley ni aun cuando se trate de un reglamento independiente. Es también de mencionar la citada ordenanza distrital de Cieneguilla que es «desarrollo» de un auténtico «montón colosal» de normas nacionales de diversa jerarquía.

- e) La Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, cuyo Texto Único Ordenado fuera aprobado mediante Decreto Supremo n.º 004-2020-MIMP, tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales y contra los integrantes del grupo familiar, en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Asimismo, el artículo 54 del referido Texto Único Ordenado establece que la instancia distrital de concertación tiene como responsabilidad elaborar, implementar, monitorear y evaluar las políticas públicas encargadas de combatir la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a nivel distrital, y promover el cumplimiento de esta norma, estando su composición determinada en el reglamento de la mencionada Ley. *El inciso 109.1 del artículo 109 del Reglamento de la*

Ley n.º 30364, aprobado por el Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP, modificado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP, señala que los gobiernos locales, mediante una ordenanza, disponen la creación de la instancia distrital de concertación, estableciendo la conformación de la misma. En este contexto, la Municipalidad de Miraflores da la Ordenanza n.º 586/MM que crea la Instancia Distrital de Concertación para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar del distrito de Miraflores (las cursivas son nuestras).

- f) El literal a) del artículo 16 de la Ley n.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (la Ley), señala que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, con facultad para dictar, entre otros, los Reglamentos nacionales establecidos en la Ley, así como aquellos que sean necesarios para el desarrollo del transporte y el ordenamiento del tránsito.

Según el artículo 11.1 de la Ley:

La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos de carácter general que rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales o locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción. (Las cursivas son nuestras)

De otro lado, el artículo 17.1 dispone:

Las municipalidades provinciales, en su respectiva jurisdicción, y de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales, tienen las siguientes competencias en materia de transporte y tránsito terrestre: competencias normativas: a) emitir normas y disposiciones, así como realizar los actos necesarios para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial. (Las cursivas son nuestras)

Conforme al artículo 11.2 de la Ley, los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 16 dispone:

El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, asumiendo las siguientes competencias:

Competencias normativas:

- a) Dictar los reglamentos nacionales establecidos en la Ley, *así como aquellos que sean necesarios para el desarrollo del transporte y el ordenamiento del tránsito.* (Las cursivas son nuestras)
- b) Interpretar los principios de transporte y tránsito terrestre definidos en la Ley y sus reglamentos nacionales, así como velar porque se dicten las medidas necesarias para su cumplimiento en todos los niveles funcionales y territoriales del país.
- g) Mediante Decreto Supremo n.º 022-2016-VIVIENDA, se aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (RATDUS), *norma que contiene los procedimientos técnicos, criterios y parámetros que los gobiernos locales deben considerar en la formulación, aprobación, implementación y modificación de los instrumentos de planificación urbana y en los instrumentos de gestión urbana contemplados en dicho Reglamento.* El artículo 58 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (Ratdus), define al Planeamiento Integral (PI) como:

[...] un instrumento técnico-normativo mediante el cual se asigna zonificación y vías primarias con fines de integración al área urbana, a los predios rústicos no comprendidos en los PDU, EU o localizados en centros poblados que carezcan de PDU y/o de zonificación.

Asimismo, el numeral 61.3 del artículo 61 del Ratdus establece:

La propuesta final del PI con el respectivo Informe Técnico Legal es presentada por la gerencia municipal competente al concejo municipal provincial para su aprobación mediante ordenanza, siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 55.5 v del artículo 55 del Reglamento, en concordancia con las funciones y competencias establecidas en la Ley n.º 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades.

- h) La Ordenanza n.º 000316/MDSA, dada por la Municipalidad de Santa Anita, establece obligaciones, señala las atribuciones, funciones y responsabilidades a fin de asegurar una gestión y el manejo de los residuos sólidos económica, sanitaria y ambientalmente responsable, en cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.º 1278, que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, y el Decreto Legislativo n.º 1501, que modifica el Decreto Legislativo n.º 1278, que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos; *y de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 014-2017-MINAM y su modificatoria aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 001-2022-MINAM* (las cursivas son nuestras).

Hasta aquí las citas de casos prácticos.

Respecto a todas las relaciones internormativas o interordinamentales aquí expuestas, bien cabe preguntarse si este diseño normativo lesiona el interés de las municipalidades. Bien puede ser del mayor interés de alguna de tales municipalidades el regular algún aspecto del transporte terrestre, por ejemplo, que, sin embargo, por la citada distribución de competencias solo lo pueden hacer de modo diminuto o residual. Estamos, pues, hablando de los intereses respectivos, protegibles o peculiares de los entes locales que no necesariamente coinciden con los intereses del Gobierno nacional. Y también es sabido que ahí donde existen intereses también han de existir competencias. Así, entonces, debería estar previsto en el ordenamiento un ámbito más flexible para que los entes locales puedan desplegar su potestad normativa cuando la materia de que se trate afecte su interés respectivo o peculiar, pero respetando la rectoría que el Gobierno nacional ejerce. Para ello, *y de lege ferenda*, qué mejor solución que disponer una relación concurrencial (competencial) entre las partes en la cual la regulación de las bases o principios corresponda al Gobierno nacional y el desarrollo o detalle, conforme a su interés respectivo o peculiar, sea competencia exclusiva de la municipalidad.

Y, de otro lado, como para concretizar el concepto «interés respectivo o peculiar», podríamos recurrir a la idea de «finalidad» de la municipalidad, la misma que se encuentra recogida en el artículo IV del Título Preliminar de la LOM. Esta norma preceptúa: «Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción».

Se podría sostener que «interés general superior» e «intereses respectivos o peculiares» son conceptos jurídicos indeterminados. De ahí que siguiendo los principios de constitucionalidad, función constitucional, jerarquía, competencia y, notablemente, de razonabilidad y legalidad, los mismos que coadyuvan a la incardinación de normas en el ordenamiento, se determinará, caso por caso, cuál precepto es el más idóneo para la consecución del fin acogido por el ordenamiento por ser aquel mismo fin más valioso para el interés público y, en general, no dejando espacio para la arbitrariedad.

La «materialidad» del BC también jugará un papel importante en este conflicto dada la función constitucional que el mismo ejerce y que permite fijar la incardinación de normas en el ordenamiento dentro de una manera paramétrica y sistemática.

Finalmente, es de citar el artículo 72.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el cual preceptúa: «La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan».

Tal parece que el artículo citado se basa en una estructura normativa rigurosamente escalonada, en la que prevalece el principio de jerarquía, sus variantes y nada más. No se contempla, siguiendo la vieja teoría de Santi Romano, que puede existir una pluralidad de ordenamientos, y que por nuestra cuenta diríamos que tal efecto pluriordinamental facilitaría la activación de otros criterios de incardinación normativa como son la competencia y la función constitucional. Estos dos criterios de incardinación normativa resultan fundamentales para el diseño de un auténtico Estado descentralizado.

5. PLURIVOCIDAD

Llama a paradoja y perplejidad la polisémica naturaleza funcional de la ordenanza. En suma, es una fuente polivalente o que adolece de plurivocidad, lo que supone no otra cosa que un «travestismo jurídico». Así, algunas veces la ordenanza actuará como norma primaria o como reglamento independiente, reglamento ejecutivo, otras veces tendrá la naturaleza de acto de la administración, de acto administrativo, *de norma medida*, también, cómo no, de acto de gobierno, de norma técnica, *norma de desarrollo*, considerando también la dación de planes y políticas locales. *Y, lo más importante, subordinadas en muchos casos a leyes, normas secundum legem y hasta «terciarias», generalmente dadas por el Gobierno nacional, pese a que las ordenanzas, de lege lata, son fuentes con rango de ley.* Además, las ordenanzas interactuarán a veces con otras normas a partir del principio de jerarquía o de competencia, y otras veces y notablemente a partir de la novedosa idea de *función constitucional*.

En tal sentido, dudamos, también *de lege lata*, que la ordenanza pueda ser considerada una auténtica norma primaria, inmediatamente subordinada a la Constitución, ubicada en una posición equidistante con relación a la Constitución y junto con otras fuentes que sí detentan un auténtico rango de Ley y que interactúan en función del principio de competencia.

6. CONCLUSIONES

Por todo lo dicho, celebramos que la LOM, al definir a las ordenanzas se refiera a ellas como las normas de carácter general de mayor jerarquía *en la estructura normativa municipal* en materia de su competencia. Aludimos a la estructura normativa municipal en cuanto «ordenamiento jurídico». Así, pues, y en definitiva, las ordenanzas solo tendrán una jerarquía prominente (rango de Ley) cuando se desenvuelvan dentro de la estructura normativa municipal. Dificultamos mucho que ello pueda replicarse cuando de la estructura normativa nacional se trate.

Además, no se puede ignorar el artículo II, *in fine*, de la LOM cuando preceptúa: «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, *con sujeción al ordenamiento jurídico*» (las cursivas son nuestras).

Al final, y *de lege lata*, creemos que las únicas facetas que dotan de naturaleza de norma con rango de ley a las ordenanzas municipales son la capacidad de regular algunos tributos y la virtualidad de ser materia de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Tal rango de ley lo reivindicaría la ordenanza, de acuerdo al artículo 200.4 de la Constitución, el cual prescribe que son garantías constitucionales:

La acción de inconstitucionalidad, *que procede contra las normas que tienen rango de ley*: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y *ordenanzas municipales* que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Tal como lo indicamos en otro texto (Tafur Charun, 2022), de lo que se trata, a fin de cuentas, es que las municipalidades no devenguen en parte de un gobierno donde en realidad y de hecho existe

una sola Administración Pública que cuenta con entes desconcentrados —y no descentralizados— que resulten, en el mejor de los casos, idóneos para una mera gestión periférica.

7. REFERENCIAS

- Blume Fortini, E. (1997). Informe especial. «El despojo normativo y las alternativas para enfrentarlo a la luz de la Constitución de 1993». Blume Fortini, E. (compilador). *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la constitución de 1993. (Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanza municipal)*. Lima: Municipalidad de Lima Metropolitana.
- Carpio Marcos, E. (2001). «Las normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad. *Advocatus*, (5), pp. 201-208. <https://doi.org/10.26439/advocatus2001.n005.2317>
- Coscolluela Montaner, L. (Mayo-agosto 1979). La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas. *Revista de Administración Pública*, (89), 1979.
- García de Enterría, E. Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- De la Morena, L. (Enero-abril 1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» y «medida» de control jurídico. *Revista de Administración Pública*, (85), 151-221.
- De la Morena, L. (Enero-diciembre 1983). Derecho Administrativo e interés público. Correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 847-880.
- Landa Arroyo, C. (1997). Informe especial. «La opción escogida y su fundamento constitucional: la ordenanza municipal». Blume Fortini, E. (compilador). *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la constitución de 1993. (Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanza municipal)*. Lima: Municipalidad de Lima Metropolitana.
- Ochoa Cardich, C. (1997). Autonomía municipal y rango de ley de las Ordenanzas. [Ponencia]. Blume Fortini, E. (compilador). *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la constitución de 1993. (Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanza municipal)*. Lima: Municipalidad de Lima Metropolitana.
- Palomino Manchego, J. (1997). Informe especial. «La opción escogida y su fundamento constitucional: la ordenanza municipal». Blume Fortini, E. (compilador). *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la constitución de 1993. (Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanza municipal)*. Lima: Municipalidad de Lima Metropolitana.
- Tafur Charun, E. (2015). *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993. (Jerarquía, competencia y Función Constitucional)*. Lima: Biblioteca de Derecho Mario Castillo Freyre.
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú.
- Tafur Charun, E. (2022). Disección del artículo VIII del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades. *Estudio Castillo Freyre, Artículos*. <https://castillofreyre.com/articulos/diseccion-del-articulo-viii-del-titulo-preliminar-de-la-ley-organica-de-municipalidades/>

DISECCIÓN DEL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Sumario: 1. Preliminar.— 2. Autonomía política.— 3. El bloque de constitucionalidad.— 4. Sujeción a políticas, planes nacionales y municipales.— 5. Sujeción a leyes y disposiciones que regulan las actividades y funciones del sector público.— 6. Sujeción a leyes y disposiciones que regulan los sistemas administrativos.— 7. Sujeción a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos.— 8. Conclusión.

«Let me just say one thing to you. I studied and persevered, and concentrated and struggled and focused like a fucking monk to be the actor that I am. And then I threw it all away. You don't do that unless you've got issues, and those issues are real and there is no grey, they're all black and white».

Mickey Rourke

1. PRELIMINAR

Sirva la presente colaboración como pretexto o justificación por haber omitido involuntariamente analizar de modo más detallado el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) en el libro de nuestra autoría intitolado *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Este dispositivo de la LOM constituye una auténtica cláusula de engarce entre el ordenamiento jurídico nacional y el municipal, y trae una serie de interrogantes y aspectos que constituyen realmente una absoluta novedad, que rompen frontalmente los criterios tradicionales de incardinación de normas, incidiendo así en la importancia que adquiere la «materialidad», que se configura como una herramienta notable para comprender la dinámica de las relaciones internormativas o interordinamentales en un Estado complejo. Y todo ello teniendo como basamento la idea de autonomía y, en el tema que nos ocupa, la real relevancia y alcance de la autonomía política y administrativa que detentan o detentarían las municipalidades en el plano de la praxis.

El artículo dice así:

Artículo VIII.- «Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales

Los gobiernos locales están *sujetos* a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en *armonía* con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo». (Las cursivas son nuestras)

A continuación, practicaremos una suerte de disección de este artículo de la LOM para determinar el alcance y la validez de la «sujeción» de las municipalidades a ciertas manifestaciones normativas del Gobierno nacional, las cuales son detalladas en dicho artículo. Previamente, precisaremos algunos conceptos que resultan esenciales para tal propósito.

2. AUTONOMÍA POLÍTICA

Los municipios detentan autonomía política fundamentalmente debido a dos razones. Así, sus representantes (alcalde y regidores) son elegidos a través del sufragio directo de los vecinos. Y, en segundo lugar, tienen la capacidad o atributo de generar normativa con rango o valor de ley (ordenanzas); esto

es, normas primarias. Tal parece que no estaríamos, pues, como dice un sector de la doctrina, frente a órganos menores sujetos a una tutela y, a su vez, meros ejecutores de una voluntad ajena. Sin embargo, no podemos afirmar que todo es o blanco o negro, existen matices.

3. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Es bien sabido que dos de las funciones que ejerce la Constitución son la de diseñar el sistema de fuentes normativas y, asimismo, la distribución de competencias entre los entes u organismos que la misma dispone. Queda claro que ambas funciones («fuente de fuentes» y «competencia de las competencias») en modo alguno pueden ser agotadas por la Constitución con todo el detalle que ello requiere y merece. Así, pues, se hace necesario que ciertas normas, por mandato o reenvío de la Constitución, agoten al máximo posible la distribución de competencias y el diseño de fuentes normativas. El conjunto de normas que agotan y ejecutan el ejercicio de estas dos funciones es denominado «bloque de constitucionalidad». Dadas tales características, estas normas son también conocidas como «interpuestas».

El bloque de constitucionalidad ha adquirido carta de ciudadanía al ser recogido en nuestro ordenamiento positivo. Así, el artículo 78 del Código Procesal Constitucional dispone:

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, por remisión expresa de la Constitución, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Sobre el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, resulta pertinente una atinencia. Entendemos que cuando tal artículo alude a las «leyes», estas no han de referirse exclusivamente a la ley formal o a otras normas primarias que detentan rango o valor de ley. Los reglamentos también pueden ser parámetros para determinar la competencia del organismo de que se trate, formando así parte del referido bloque. Baste mencionar al respecto los decretos supremos que aprueban los proverbiales reglamentos de organización y funciones de diversos organismos públicos. Tales reglamentos son, a su vez, regulados y diseñados por el Decreto Supremo n.º 054-2018-PCM.

En tal sentido, sabemos que esto implica la generación de cierta falta de seguridad jurídica, pues los reglamentos tienen una fuerza pasiva menor que las leyes. Y, sin embargo, en el caso de la descentralización territorial, tales reglamentos que agotan el reparto de las competencias resultarán, casi paradójicamente, detentadores de una fuerza pasiva *reforzada*. En efecto, no puede dejarse de tomar en cuenta la activación de los principios de *progresividad* e *irreversibilidad*, los cuales son reconocidos por la Constitución y la Ley de Bases de la Descentralización. En suma, se trata de un punto de no retorno donde prevalece la «materialidad» sobre la idea de forma. «Materialidad», reiteramos, que se deslinda y prevalece sobre cualquier idea basada en «formalismos» y un extremo y riguroso positivismo.

Así las cosas, quizá se podría argumentar que cuando dicho artículo 78 alude a «leyes», se refiere exclusivamente a las leyes orgánicas, leyes ordinarias y decretos legislativos, todos ellos de alcance nacional. Sin embargo, y volviendo a la idea de «materialidad», no vemos impedimento para que tal alusión a «leyes» importe o suponga también una referencia a decretos supremos y resoluciones ministeriales que ejercen alguna función constitucional y que, por tanto, son de naturaleza normativa y, en tal sentido, bien pueden ser considerados «leyes materiales».

De otro lado, y aun cuando resulte una perogrullada, es de indicar que la LOM es, entre otras normas, parte integrante del bloque de constitucionalidad.

4. SUJECIÓN A POLÍTICAS, PLANES NACIONALES Y MUNICIPALES

El artículo 195 de la Constitución establece que «los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en *armonía* con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo» (las cursivas son nuestras).

Por el momento, puede quedar claro que «armonizar» configura un término más holgado y, por ende, de mayor libertad de configuración normativa o discrecionalidad de lo que en comparación podrían ser los conceptos de «sujeción» o «ejecución».

De otra parte, es valor entendido que donde existen fines públicos de interés general existirán también competencias administrativas. Los fines públicos de interés general también suponen, además del ejercicio de competencias administrativas, la detentación de privilegios y exorbitancias. Después de todo, privilegio, etimológicamente, no es más que detentar la capacidad de profanar lo privado, así como sacrilegio supone la capacidad de profanar lo sagrado.

Más allá de todo positivismo extremo, reiteramos, y en lo que se refiere a las entidades territoriales, y en el presente caso específicamente a las municipalidades, estas detentarán las competencias necesarias para la consecución de sus fines públicos de acuerdo a la pormenorización de sus respectivos intereses y propias peculiaridades, concretizando de esta manera las políticas y planes nacionales y sectoriales, teniendo estas, *mutatis mutandis*, la naturaleza de normas básicas o marco, siendo relativo el valor o rango que estas mismas puedan detentar.

No obstante todo ello, y en lo que se refiere a políticas y planes nacionales, las normas integrantes del bloque de constitucionalidad han sido ubérrimas y reiterativas hasta la saciedad, al incidir en que las municipalidades se sujetan rigurosamente a las políticas y planes del Gobierno nacional. En buena cuenta y *de lege lata*, diremos que no se deja espacio para que las municipalidades puedan *desarrollar* normativamente y de modo autónomo las políticas y planes nacionales (normas básicas), pormenorizando así sus intereses respectivos. «Derecho a una política propia», diría García de Enterría.

Es de relieves que no estamos dejando de lado la idea de «rectoría». Lo que acontece es que bajo el influjo de la rectoría no se debe producir un vaciamiento de la autonomía y, con ello, la supresión *de facto* del ejercicio de competencias de desarrollo que correspondan a las municipalidades sobre vertientes distintas de la materia que fuere, agravando así los intereses respectivos de tales entidades territoriales.

Sin embargo y a un nivel primario, es de precisar que el artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) dispone, en cuanto al principio de rectoría: «Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, *asumiendo la rectoría respecto de ellas*». Y en el mismo sentido, en el artículo 23.1 de la LOPE se prevé que son funciones generales de los ministerios: «a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, *aplicables a todos los niveles de gobierno*» (las cursivas son nuestras).

Es de indicar que la rectoría y prevalencia, esta última en sentido lato, atribuidas al Gobierno nacional, en cuanto al diseño de políticas y planes nacionales, se originan también en lo prescrito por el artículo 118.3 de la Constitución, el cual precisa que corresponde al Presidente de la República «dirigir la política general del Gobierno».

De igual modo, es de citar el artículo 119 de la Constitución: «La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al consejo de ministros; y a cada ministerio en los asuntos que competen a la cartera a su cargo».

Según el artículo 13 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM:

La rectoría de una política nacional sectorial es la potestad exclusiva de un ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y disponer medidas sectoriales nacionales, que permitan alinear la actuación de *los tres niveles de gobierno* y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía.

Existe, pues, una rectoría del Gobierno nacional sobre, en este caso, las municipalidades. Rectoría que encontrará su *ratio* en el interés general y superior de toda la nación que el Gobierno nacional procura con la ejecución de su ámbito competencial y, como efecto de esto, la capacidad de dar normas uniformes, reiteramos, para toda la nación.

En ese sentido, el artículo 4.1 de la LOPE es nítido al disponer: «Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno». De igual manera, los artículos 7.1 y 7.2 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM prescriben:

La Política General de Gobierno es el conjunto de políticas priorizadas que se desarrollan a través de políticas nacionales [durante un periodo de gobierno] [...] está bajo la dirección del Presidente de la República y debe ser presentada por el/la Presidente/a del Consejo de Ministros al Congreso de la República, conforme lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

5. SUJECIÓN A LEYES Y DISPOSICIONES QUE REGULAN LAS ACTIVIDADES Y FUNCIONES DEL SECTOR PÚBLICO

Entre estas leyes y disposiciones «que regulan las actividades y funciones del sector público», encontramos, en primera instancia, a las normas que componen el bloque de constitucionalidad. Pero también existen normas del Gobierno nacional que no se limitarán a agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes, sino que, además y al detalle, reconocerán o atribuirán obligaciones y potestades a los organismos públicos y, *notablemente, a los administrados.*

A modo de ensayo podemos aludir a los siguientes dispositivos del Gobierno nacional que afectan el ámbito de actuación de las municipalidades. Así, son de citar la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los Formatos de Declaración Jurada, la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, el Reglamento Nacional de Edificaciones, el Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, el Reglamento de Jerarquización Vial y la Ley General de Bodegueros.

En lo que se refiere a la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los Formatos de Declaración Jurada, su artículo primero preceptúa que su finalidad *es establecer el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades* (las cursivas son nuestras). Asimismo, la primera disposición final, transitoria y complementaria de la misma ley dispone:

La presente norma entrará en vigencia a los ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir del día siguiente de su publicación. *En dicho plazo corresponderá a las municipalidades adecuar su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos, a efectos de incorporar los procedimientos, requisitos y demás disposiciones previstos en la presente Ley.* (Las cursivas son nuestras)

La Ley Marco de Licencia de Funcionamiento es *desarrollada* por la Ordenanza MML n.º 1209. Tal dispositivo municipal tiene por finalidad modificar la Ordenanza n.º 857 y adecuarla a lo establecido por la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. De este modo, se puede apreciar cómo ambas normas detentadoras de igual rango o valor de ley se «subordinan» una a la otra, pero no se puede referir tal relación al principio de jerarquía, pues reiteramos que en este caso, ambas normas detentan idéntico rango o valor y, asimismo, provienen de distintos ordenamientos.

Existe también una diversidad en el ejercicio de las funciones específicas sobre una misma materia. Así pues, tomando parcialmente en préstamo del constitucionalismo español en lo que se refiere a la relación «bases-desarrollo», y con ella a la cláusula de prevalencia, *de lege ferenda* podemos decir que el concepto «bases» se deslinda nítidamente del concepto «desarrollo». Así, y *de lege ferenda*, reiteramos que es la idea de competencia (bases-desarrollo) y dentro de la modalidad de «conurrencia», las que deben informar esta relación internormativa o interordinamental, si se quiere. Una cosa es «reglamentar» y otra muy distinta es «desarrollar».

Por lo indicado, resulta pertinente citar artículo 14.d de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual se refiere al «criterio de conurrencia» disponiendo: «En el ejercicio de las competencias compartidas cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás [...]».

Asimismo, es de aludir a la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo artículo 1 establece que esta ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública, entre las que incluye a las municipalidades. Además, el artículo 44.1 de la misma ley preceptúa que «el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) es aprobado por decreto supremo del sector, por ordenanza regional, por *ordenanza municipal*, o por resolución del titular de organismo constitucionalmente autónomo, según el nivel de gobierno respectivo» (las cursivas son nuestras).

En lo que a la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre respecta, esta dispone en su artículo 11.2: «Los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente ley ni los reglamentos nacionales».

Finalmente, y en lo que se refiere a la Ley General de Bodegueros, esta es reglamentada por el Decreto Supremo n.º 010-2020-PRODUCE, que regula el otorgamiento de la licencia provisional de funcionamiento que las municipalidades deben otorgar de manera automática, gratuita y por única vez, previa conformidad de la zonificación y compatibilidad de uso correspondiente, siempre que sea requerida expresamente por los bodegueros. Mediante el Decreto Supremo n.º 200-2020-PCM, se aprobó el Decreto Supremo que aprueba Procedimientos Administrativos Estandarizados de Licencia de Funcionamiento y de Licencia Provisional de Funcionamiento para Bodegas. Por Decreto de Alcaldía n.º 001-2022-AL/MDP se adecuó el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Municipalidad Distrital de Pucusana, *aprobado mediante Ordenanza Municipal n.º 002-02-MDP*, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo n.º 200-2020-PCM, que aprobó el procedimiento administrativo estandarizado de licencia de funcionamiento y de licencia provisional de funcionamiento para bodegas.

Por todo lo indicado, resulta paradójico que la ordenanza, norma con valor y rango de ley y, en tal sentido, fuente primaria, termine siendo desbordada por leyes y reglamentos del Gobierno nacional, ubicándose la ordenanza en *términos materiales* «subordinada» a estas, aun cuando no dentro de una relación jerárquica, sino de competencia (bases-desarrollo). Así, reiteramos lo indicado con referencia a las políticas y planes, esto es, corresponderá al Gobierno nacional sentar las bases sobre la materia de que se trate de acuerdo a la detentación de rectoría y al interés público general y nacional, y será de cuenta del ente territorial el desarrollo ordenado de dichas bases, teniendo como marco de referencia sus intereses respectivos y peculiaridades, los mismos que justifican la existencia de dicha competencia. En suma, bajo la impronta de una relación de competencia y «conurrencia», ambas instancias deberán respetar el ámbito material y privativo de actuación de la otra. Se configura, entonces, una relación de tensión entre los principios de «unidad» y «autonomía».

Al respecto, dice bien el artículo 49.1 de la Ley de Bases de Descentralización:

El Gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, *articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades*. (Las cursivas son nuestras)

Sobre el particular, también se ha de citar el artículo VII del Título Preliminar de la LOM, cuyo texto es el siguiente:

El gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de *concurrentia* y preeminencia del interés público. Las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad.

Es de precisar, igualmente, que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados. Por ello, y a efectos de que el sistema opere de manera óptima, será el Tribunal Constitucional —en cuanto intérprete supremo de la Constitución—, la jurisdicción y las administraciones los que irán determinando, caso por caso, el alcance de estos conceptos y su operatividad, esto es, cómo se configura o no el concepto jurídico indeterminado.

Sin embargo, y dado que el reparto de competencias frecuentemente no supone un corte limpio y, asimismo, para que tal operatividad se configure, también es necesario plantear una suerte de prevalencia o primacía de la normativa nacional sobre la municipal, primacía que en modo alguno puede tomarse como una relación jerárquica, pues queda claro que en muchos de los casos las normas en colisión serán de igual rango o valor, y provenientes de ordenamientos distintos. Más aún, se podría sostener que ambas normas son válidas, pues, reiteramos, el reparto de competencias no siempre es perfecto. De igual modo, existe también una diversidad en el ejercicio de las funciones específicas que corresponden a ambas fuentes en lo que se refiere a las distintas vertientes de la misma materia objeto de regulación.

Así las cosas, la prevalencia o primacía encontraría su fundamento en la rectoría que detenta el Gobierno nacional sobre las entidades territoriales. Y tal rectoría se legitimaría, a su vez, en el interés nacional y superior, cuya consecución corresponde al mismo Gobierno nacional. Además, lo aquí propuesto tiene una base positiva, que es recogida por el artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización, de acuerdo al siguiente texto:

La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del Gobierno en sus tres niveles, de nombrar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.

6. SUJECIÓN A LEYES Y DISPOSICIONES QUE REGULAN LOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

Al respecto, nos queda claro que tales normas no generan mayor problema. En efecto, en el ordenamiento administrativo y positivo existen normas que «legitiman» el poder normativo del Gobierno nacional sobre esta materia y, en tal sentido, se afecta frontalmente, pero, repetimos, y *de lege lata*, con legitimidad, el ámbito de actuación de las municipalidades y con ello, por qué no decirlo, su autonomía.

Para reforzar lo aquí indicado, es de citarse el artículo 10.3 de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual establece:

Las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y los *sistemas administrativos del Estado*, referidos a presupuesto, tesorería, contaduría, crédito público, inversión pública, contrataciones y adquisiciones, personal y control, *por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno.* (Las cursivas son nuestras)

El artículo 43 de la LOPE define a los «sistemas» como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado,

los organismos constitucionales y los niveles de gobierno. Son de dos tipos: 1. sistemas funcionales; y 2. sistemas administrativos.

Igualmente, y de manera más concreta, es de citar el artículo 44 de la LOPE, el cual preceptúa:

Los sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

El artículo 46 de la LOPE, precisando el citado artículo 44 y en lo que a los sistemas administrativos respecta, establece:

En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los sistemas administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, *independientemente de su nivel de gobierno* y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General [...]. (Las cursivas son nuestras)

El mismo artículo agrega: «El Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los sistemas administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control».

7. SUJECIÓN A LAS NORMAS TÉCNICAS REFERIDAS A LOS SERVICIOS Y BIENES PÚBLICOS

Este ámbito de materias no genera mayor inconveniente, puesto que encuentra respuesta a un nivel positivo. En efecto, es el ya citado artículo 10.3 de la Ley de Bases de Descentralización el que preceptúa que «las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos [...] por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio *[por]* todos los niveles de gobierno» (las cursivas son nuestras).

8. CONCLUSIÓN

No existe la menor duda de que las municipalidades, en virtud de su autonomía política, detentan la capacidad de dar leyes con rango y valor de ley (ordenanzas). Tampoco se puede negar que existen leyes y reglamentos nacionales que, *de lege lata* y en virtud de mandatos del bloque de constitucionalidad, afectan *legítimamente* la actuación de las municipalidades y también el alcance de su autonomía política y administrativa. Es prueba de ello el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM. Esto resulta aún más notable cuando estamos frente a la actuación en «conurrencia» sobre vertientes distintas de una misma materia por parte del Gobierno nacional y de las municipalidades. Así, a cada instancia corresponderá el ejercicio de distintas «funciones específicas»; pero siempre, reiteramos, sobre vertientes distintas de una misma materia. De suscitarse una antinomia, esta se resolverá deslindando el interés respectivo del ámbito nacional y las peculiaridades del ámbito local. Para tal efecto, *de lege ferenda* y como si de una prótesis se tratara, el Gobierno nacional, en virtud de la rectoría que ejerce, además, claro está, de tener por finalidad la prosecución del interés general nacional, dictará las «bases» normativas. Y el «desarrollo» de tales bases corresponderá a las municipalidades de acuerdo a sus peculiaridades e intereses. La relación entre «bases» y «desarrollo» será, pues, informada por el criterio «concurrencial» (competencia).

De lo que a fin de cuentas se trata es de que las municipalidades no devengan en parte de un Gobierno donde en realidad y de hecho existe una sola Administración Pública que cuenta con entes desconcentrados —y no descentralizados— que resulten, en el mejor de los casos, útiles para una mera gestión periférica.

Y reiteramos lo dicho al inicio del presente texto: «No se puede afirmar que todo sea o blanco o negro. Existen matices».

LAS PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AUTÓNOMAS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y EXTRATERRITORIAL

En memoria de mis ancestros, Manuel, Máximo y Gaspar Tafur, vencedores en Tarapacá.

1

Con ocasión de la dación de la carta de 1979, el profesor García Belaunde expresó que la misma había supuesto que el casi dos veces secular modelo triádico de Estado estallara en mil pedazos ante la aparición de una pluralidad de organismos dotados de sus propias competencias, atributos o poderes. Tal aserto del autor citado adquirió aun mayor virtualidad con la sanción de la carta de 1993 —sin dejar de tomar en cuenta la reforma de 2002—. La dación de esta Constitución y su ulterior reforma, así como, en su momento, la Constitución de 1979, supusieron un auténtico revulsivo no solo en lo que refiere a una reforma del modelo de Estado y su estructura, sino, con ello, la distribución del acervo competencial que corresponde a cada una de tales entidades y notablemente en el atributo de autonomía que detentan, con todo lo que este concepto importa o supone.

De otra parte, y con cargo a desarrollarlo con más detenimiento, sostenemos que algunas de las ya aludidas entidades configuran auténticas administraciones públicas en su acepción jurídica rigurosa. Se debe tomar en cuenta, asimismo, que estas administraciones públicas son diseñadas al más alto nivel del ordenamiento. Esta relevancia constitucional supone un aspecto que, como veremos, es de la mayor importancia para definir el real alcance de la potestad normativa y demás atributos, como es el dictado de actos administrativos, que detentan estas administraciones públicas. Es también de la mayor importancia el que estas administraciones públicas estén dotadas de personalidad jurídica, que es reconocida o atribuida por la Constitución. Es, pues, como afirma García de Enterría cuando sostiene que la detentación de personalidad jurídica es el dato primario e inexcusable de toda Administración Pública. Ello supone, entonces, un claro deslinde en relación con otras administraciones públicas «menores», que aun cuando detentan «autonomía» y «personalidad jurídica», no son diseñadas a nivel constitucional sino meramente legislativo, todo lo que hace de ellas, en algunos casos y según la más sana doctrina, entes sujetos a tutela y ejecutores de una voluntad ajena.

Existen, pues, dos clases de Administraciones Públicas autónomas creadas por la Constitución, unas son de naturaleza territorial (regiones y municipalidades) y otras son de naturaleza extraterritorial. En el presente trabajo nos ocuparemos únicamente de las segundas.

A efectos de poner de relieve lo que hasta ahora hemos sostenido sobre la «pluralidad institucional» diseñada por la Constitución, creemos importante citar al autor español García-Pelayo (1981) cuando sostiene:

Que los órganos constitucionales estén directamente establecidos y estructurados por la Constitución es —como hemos dicho— una consecuencia lógica de la consideración de tales órganos como troncales para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución o, dicho de otra manera, como «constitutivos» de la modalidad de ser y existir de un orden constitucional dado. Cada Estado históricamente concreto tiene sus peculiares órganos constitucionales de acuerdo con los principios, valores y criterios organizativos que lo inspiran, cada estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios, *necessari e indefectibili*, cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional, ya que un sistema está integrado por unos componentes (que en la teoría del Estado suelen designarse como órganos) y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos, de tal manera que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales) produce un cambio en el sistema. (pp. 14-15)

Así, pues, de acuerdo a la carta de 1993 y sus reformas, serían administraciones públicas autónomas de relieve constitucional y naturaleza extraterritorial las siguientes:

- La Contraloría General de la República (CGR)
- El Banco Central de Reserva (BCR)
- La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBSAFP)
- El Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
- La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec)

Cabe preguntarse, y con justa razón, por qué se omite considerar en este listado a ciertos organismos autónomos dotados de relevancia constitucional como es el caso del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional o la Defensoría del Pueblo.

Fundamentalmente por dos razones:

- a) Como veremos, no son personas jurídicas.
- b) Según García Llovet (1993) a diferencia de las administraciones públicas autónomas, estos organismos, también autónomos, se encuentran relacionados con la regulación y control de determinadas actividades estrechamente vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Su estatuto constitucional no solo establece una garantía constitucional sobre el órgano, sino que, además, le atribuye funciones de mayor relieve constitucional, entre ellas la que constituye el objeto de su actividad, la garantía de los derechos fundamentales.

Sobre el mismo tema, Meilan (2011) indica que son administraciones públicas los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil.

2

No obstante los valiosos asertos reseñados, queda claro que la idea de personificación del «Estado» como un todo y por lo que esta idea supone e importa, la misma habría sido dejada de lado en el derecho administrativo. La idea de Estado en cuanto persona solo debe activarse cuando de relaciones internacionales públicas se trate. Dicho esto, cómo se explicaría y justificaría la actuación del sector público a nivel interno; cómo hallar justificación a la variedad y multiplicidad de los actos, de carácter general o especial, que tal sector realiza; cómo ser parte en un contrato lo que conlleva la estipulación de derechos y obligaciones para ambas partes. Así, pues, se requiere una entidad pública, un auténtico sujeto de derecho, titular de derechos y obligaciones que esté también en una relación de sujeción con el ordenamiento jurídico a través de una vinculación positiva y que, asimismo, su actuación esté destinada a la consecución de los fines de interés público general, objetivo que le atribuye el mismo ordenamiento y para cuyo cumplimiento este último también la dota de privilegios, exorbitancias y de un acervo de competencias.

Todo esto conllevaría de modo instrumental, como dirían García de Enterría y Fernández (2001, p. 30), a consagrar la Administración Pública como persona jurídica (sujeto titular de derechos y obligaciones), encargada de llevar a cabo y a su realización, los fines de interés público general que por ser considerados valiosos por el ordenamiento, su consecución resulta siendo la razón determinante del

proceder de la Administración Pública y todo ello en cuanto persona jurídica. Consecuentemente, en nuestra geografía administrativa habría más de una Administración Pública.

De otro lado, reiteramos, como sostienen García de Enterría y Fernández (2001):

La Administración Pública no es tampoco para el derecho administrativo un conjunto orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el derecho administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el derecho administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, siendo persona, es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justificable, etc. La personalidad de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del derecho administrativo [...] La personalidad del Estado en su conjunto es solo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto del derecho administrativo en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino solo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública. (p. 30)

Apelar a la idea de «Estado» en el ámbito del derecho público interno no resulta coherente dada la lógica y dinámica del sistema jurídico. Así, y como prueba de ello, se recurre a alambicadas figuras para forzar y justificar la aparición del Estado como un auténtico sujeto titular de derechos y obligaciones en el ámbito interno. Solo por poner un ejemplo, por resolución del ministerio de que se trate se preceptúa que en el convenio de estabilidad jurídica a ser celebrado por el Estado peruano este actuará representado por tal ministerio. Cabe, pues, cuestionar si, en efecto, estamos ante una auténtica representación. Para ser «representado» debe tratarse, en rigor, de una entidad que tenga la virtualidad de ser sujeto titular de derechos y obligaciones. ¿Puede el Estado ser realmente representado cuando este configura una auténtica y aristotélica entelequia en lo que se refiere al ámbito interno? Esto es, el Estado se encuentra absolutamente impedido de ser «personificado» en el ordenamiento interno y, por lo tanto, incapacitado de obligarse, de tener un patrimonio, de ser responsable por sus actos. Incapaz, en suma, de ser sujeto titular de derechos y obligaciones.

De todo lo hasta aquí dicho se desprende que dado el atributo de personalidad jurídica se debe reiterar que estas administraciones públicas autónomas y de relevancia constitucional procuran la consecución de diversos fines públicos (reflejados en su ámbito de competencias) y dado ello, algunas veces se pueden suscitar conflictos de competencia. Este hecho, en alguna medida, legítima que al nivel más alto del ordenamiento se haya previsto un proceso constitucional de conflicto de competencias. Baste poner como ejemplo el proceso de conflicto de competencias que enfrentó al BCR con la SBSAFP, que fuera resuelto por el Tribunal Constitucional (Exp. n.º 0005-2005-CC/TC).

Antes de terminar este epígrafe quisiéramos hacer una digresión. Nos referimos a la Contraloría General de la República (CGR). Ni la Constitución ni su ley orgánica (bloque constitucional) atribuyen personalidad jurídica de modo expreso a esta. Sin embargo, el bloque constitucional dispone que la CGR es una entidad descentralizada, y es sabido que el concepto de descentralización supone, sobre todo, la creación de personas jurídicas. Por ello, asumimos que la CGR constituye, por fuerza y con razón, una auténtica persona jurídica.

3

Sobre la relevancia constitucional en el diseño de las administraciones públicas es importante hacer cinco comentarios:

- a) En primer lugar, podemos afirmar que, dada la relevancia constitucional de estas administraciones públicas en lo que se refiere a su diseño, se configura un amplio ámbito de desenvolvimiento que en muchos casos derivará en la realización de actos diversos de naturaleza

general o individual y de carácter discrecional —dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad— y, en consecuencia, poco pasibles de ser reglados. Más aún, en muchos casos, las administraciones de relevancia constitucional, por mandato expreso, solo están sujetas a la Constitución y a su correspondiente ley orgánica u ordinaria (bloque constitucional). Adelantándonos, diremos que lo dicho tendrá incidencia en lo que se refiere a la incardinación en la estructura de fuentes de los productos normativos, o más precisamente de los reglamentos, dados por las administraciones de relevancia constitucional. Igualmente, este diseño de las administraciones públicas a nivel constitucional importa que las mismas no se encuentren adscritas a ningún ministerio u otro tipo de organismo, los cuales tampoco ejercerán rectoría sobre la actuación de las auténticas administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional.

- b) Dado que se trata de administraciones públicas de relevancia constitucional, que son diseñadas al más alto nivel del supraordenamiento, sus productos normativos, en este caso, reglamentos (circulares, resoluciones, oficios), gozarán de preminencia en lo que se refiere a su incardinación normativa y, lo más importante, a un nivel virtualmente debajo de la ley, esto es, *secundum legem*. En tal sentido, esos reglamentos se relacionarán a ese nivel con el resto de fuentes, recurriéndose, en caso de antinomia, al principio de competencia y de función constitucional, quedando de lado como efecto de ello la aplicación de la idea de jerarquía y sus variantes. En efecto, ello deriva del hecho de que estos reglamentos regulan un ámbito material que es privativo de la Administración Pública de relevancia constitucional de que se trate, y que le es atribuido por la Constitución y el bloque constitucional. El Tribunal Constitucional ha deslindado los reglamentos ejecutivos o *secundum legem* que, de una parte, expide el Presidente de la República y, de otro lado, los dados por administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha resuelto:

[E]s necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos organismos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no sean aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrolla diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación. (STC Exp. 0047-2004-AI/TC, f. j. 31)

- c) Hemos dicho que la potestad reglamentaria de las aludidas administraciones públicas se configura «virtualmente» debajo de la «ley». Ello se explica porque el reparto de competencias esbozado por la Constitución es agotado por el bloque constitucional, esto es, leyes ordinarias y orgánicas. De tal suerte, los reglamentos dados por tales administraciones no se engazarán, en rigor, con el bloque constitucional a partir de la idea de jerarquía, sino del novedoso criterio de «función constitucional», denominado también por algunos autores como «normas interpuestas». El bloque constitucional halla su elemento basilar en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional. Y la función constitucional es, precisamente, el despliegue normativo por leyes (fuentes primarias) con la finalidad de ejercer dos funciones eminentemente constitucionales como son «la competencia de las competencias» y «el diseño de fuentes».
- d) Para la dación de reglamentos por parte de las administraciones públicas que solo tengan carácter autoorganizativo, doméstico o que regulen relaciones de sujeción especial bastará que estas administraciones se encuentren creadas y diseñadas originariamente a un nivel meramente legislativo, administraciones públicas que están adscritas a un ministerio y sujetas a la rectoría de estos. Sin embargo, cuando se trate de administraciones cuyos reglamentos afecten la esfera jurídica del común de los administrados, la atribución de autonomía a favor de tales administraciones —y, con ello, la capacidad de dar reglamentos *ad extra*— deberá ser hecha por la Constitución y, como ya se dijo, agotada por el bloque constitucional.

Sin embargo, y como es sabido, no todas las manifestaciones normativas de las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional tienen incidencia en el común de los

ciudadanos. Ello obedece al tipo de competencia que ejercen tales administraciones. No obstante, de hecho se han configurado supuestos en los que se manifiesta un poder de supremacía general aun cuando, si cabe la expresión, no es más que producto de una suerte de efecto colateral en cuanto al objeto de regulación. En otras palabras, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (cuya función primordial es controlar, supervisar e inspeccionar a las empresas bancarias, financieras, de seguros y AFP) regula, por ejemplo, el régimen de contratos de ahorros o la concesión de créditos, resulta, por fuerza, afectando la esfera del común de los particulares. Importante es también precisar que el JNE, la ONPE y el Reniec, organismos integrantes del sistema nacional electoral y a la vez auténticas administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional, dictan reglamentos que regulan directamente la esfera jurídica del común de los ciudadanos. A modo de ejemplo podemos aludir al Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas (Resolución n.º 0325-2019-JNE).

Los reglamentos de las administraciones autónomas de relevancia constitucional tampoco pueden asimilarse a los reglamentos ejecutivos que da el Presidente de la República (son realidades de orden distinto). En efecto, el ámbito de actuación y la discrecionalidad (libertad de configuración) que gozan las administraciones públicas de relevancia constitucional para regular sus competencias es bastante más amplio que el que detenta el Presidente de la República cuando da reglamentos ejecutivos desarrollando las leyes —sin considerar, en este caso, la capacidad del Presidente de la República de dar reglamentos independientes y, eventualmente, reglamentos autónomos—. Y, de otra parte, cuando hablamos de la relación de los reglamentos dados por las administraciones de relevancia constitucional con la ley entendemos que por ley solo puede tomarse la respectiva ley orgánica o ley ordinaria de creación de la Administración de que se trate y, *eventualmente, cualquier otra ley que ejerza la «función constitucional»*. Así, la relación entre el reglamento dado por la Administración Pública de relevancia constitucional y la ley orgánica o ley ordinaria que formen parte del bloque constitucional será gobernada por el criterio de «función constitucional».

Como prueba de este aserto hacemos mención del artículo 3 de la LOBCR y del artículo 346 de la LOSBS. El artículo 3 de la LOBCR dispone: «El banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, *se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus estatutos*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 346 de la LOSBS preceptúa:

La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones. *Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia.* (Las cursivas son nuestras)

Considerando la norma constitucional, la tan peculiar naturaleza del bloque constitucional y la función constitucional que el mismo despliega, razón tienen García de Enterría y Fernández (2001) al aludir a la capacidad de dar reglamentos cuando sostienen: «[...] La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una “fuente” de derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del Legislativo, es por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional» (p. 182).

Como diría Esmein, «solo el soberano puede hacer una atribución de tal calibre» (Astarloa Huarte-Mendicoa, 1985, p. 127).

Desde nuestro punto de vista, y a efectos del presente trabajo, la autonomía administrativa que detentan las administraciones públicas de relevancia constitucional supone la clave de bóveda para articular

el régimen jurídico de todas estas. De esta manera, la autonomía —administrativa, en este caso— importa, entre otros aspectos, la capacidad de dictar reglamentos. Como hemos insinuado, cuando se trate de reglamentos *ad intra*, esto es, autoorganizativos o cuya materia fuese regular relaciones de sujeción especial, bastará para tal efecto la creación y el diseño de la Administración Pública a un nivel meramente legislativo. En cambio, cuando estemos en el caso de reglamentos dados por la Administración que configure *normae agendi*, esto es, dispongan cargas, medidas restrictivas y obligaciones en lo que se refiere a la esfera jurídica del común de los administrados, la atribución para el dictado de tales reglamentos será dada necesariamente a nivel constitucional y desarrollada por el bloque constitucional.

Pero lo que realmente importa es que esta dación de reglamentos ha de discurrir rigurosamente dentro del acervo o ámbito de competencias de la Administración de relevancia constitucional de que se trate, ámbito de competencias que, como hemos visto, es atribuido por la Constitución y agotado por el bloque constitucional, ejerciendo ambas, así, las funciones constitucionales de «competencia de las competencias» y «fuente de fuentes». Y es que esto nos lleva a poner de relieve la forma como se relacionarán e incardinarán estos reglamentos en el ordenamiento jurídico. Es decir, cómo se resolverán las antinomias que se susciten entre los reglamentos de las administraciones de relevancia constitucional y otras fuentes, que adelantamos, detentan, en muchos casos, diferente jerarquía —aun cuando sea solo *formalmente*—, siendo necesario —insistimos— recurrir a los principios de competencia y de función constitucional como parámetros para dar respuesta a tales antinomias. Es así como de todo lo hasta aquí dicho se concluye en alguna medida que la atribución de autonomía administrativa a nivel de la Constitución y del bloque constitucional será suficiente para su viabilidad sin necesidad de otorgar expresa y positivamente la detentación de «potestad reglamentaria». Esto lo desarrollamos en el siguiente epígrafe.

5

Muchas veces se confunde el concepto «autarquía» con soberanía interna. Esto es la autarquía como un concepto que supone un grado aún de mayor libertad que la misma autonomía. Sin embargo, y en rigor, la autarquía supone un grado menor de libertad en contraste con la autonomía.

Veamos.

Marienhoff (1965) señala:

«Autonomía» significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella [...] La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejecutarse dentro de lo permitido por el ente soberano [...] «Autarquía», en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta. (p. 169)

Bielsa (1955) establece:

[L]a palabra «autonomía» llevada a su etimología significa darse leyes a sí mismo; la palabra «autarquía» significa administrarse a sí mismo; esto es, «administrar», y lo otro «legislar», para reglar la administración. Así, pues, si a la persona autárquica se confiere, además de su propia administración, que ya tiene, la de propia legislación, ella se convierte en autónoma. En otros términos, la autarquía supone administración propia por delegación legal; la autonomía implica necesariamente derecho de legislación propia como atribución directamente constitucional. (p. 262) (Las cursivas son nuestras)

En la década del sesenta del siglo pasado, y sobre el mismo tema, el profesor De Althaus y otros(1969) apuntaba:

Volviendo a la palabra «autonomía», ella ha sido usada en sentido amplio como capacidad de auto determinación, pero en sentido estricto significa la posibilidad de dictar normas jurídicas pese a la existencia de un ordenamiento jurídico superior; autarquía, en concreto, implica la aptitud o competencia para realizar actos administrativos concretos. (p. 103)

De estas citas se puede inferir el nítido deslinde que existe entre los conceptos autarquía y autonomía. Creemos, con cargo a desarrollarlo más adelante, que en nuestro derecho se ha utilizado en exceso el concepto de autonomía en todas sus modalidades. En virtud de lo aquí sostenido, queda claro que muchas de tales entidades a las que el ordenamiento les ha asignado indebidamente el carácter de autónomas no son más que entes autárquicos, carentes de toda capacidad de dar reglamentos que tengan efectos *ad extra*, esto es que puedan afectar o imponer cargas, medidas restrictivas u obligaciones al común de los administrados. Si alguna potestad reglamentaria detentan estos entes autárquicos es la de dar reglamentos autoorganizativos o que regulen relaciones de sujeción especial y, claro está, la capacidad de dictar actos administrativos.

A estas alturas, creemos necesario, a efectos didácticos, brindar una definición de «relaciones de sujeción especial». En este sentido, García Caveró (2016), citando a Ramírez Torrado, y siguiendo la doctrina alemana que es donde más se ha examinado esta figura, conceptúa las relaciones de sujeción especial como la «sumisión más intensa del particular que la debida a su condición normal de ciudadano, sobre la base de una integración específica en la esfera pública» (p. 23).

6

Como cuestión previa es de indicar que dedicamos un epígrafe a los organismos reguladores dada la especial importancia «material» que sus manifestación reglamentarias y resolutivas tienen en el tráfico socioeconómico y jurídico. Ello no quita, *mutatis mutandis*, que los organismos reguladores detentan el mismo grado de autarquía (autonomía) de otros organismos públicos que son creación del legislador y que se deslindan nítidamente de las administraciones públicas de relevancia constitucional (artículo 28 de la LOPE).

El legislador nacional ha creado los siguientes organismos reguladores:

- Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin).
- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).
- Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).

Los organismos reguladores no estuvieron en la mente del constituyente de 1993. No obstante ello, ya desde inicios de la década de los noventa se había puesto en marcha una reforma integral a efectos de desregular y liberalizar la economía y con ello privatizar servicios públicos, activos y negocios en marcha. *Grosso modo*, una intensa «despublicación». Es así como surge la necesidad de crear «agencias», esto es, organismos reguladores, para evitar distorsiones y otras imperfecciones en el mercado que podrían agravar la eficiencia, el adecuado funcionamiento del mismo y, con ello, la libre competencia. El mercado falla.

Según el artículo 2 de la Ley Marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos (Ley Marco), los organismos reguladores son organismos públicos descentralizados *adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros*, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), los Organismos Públicos Especializados (entre los que se incluye a los organismos reguladores) *tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación*.

De acuerdo al artículo 32.4 de la LOPE, los organismos reguladores definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.

De otra parte, conforme al primer párrafo del artículo 34 de la LOPE, los organismos públicos (término que incluye a los organismos reguladores) *se sujetan a la supervisión y fiscalización de su sector* para verificar el cumplimiento de los objetivos de la entidad, mediante los instrumentos previstos en las normas de la materia.

Dado que los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros y a la vez *tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación*, merece preguntarse qué se entiende por «adscripción». Según los artículos 36.1 y 36.2 del Decreto Supremo n.º 054-2018-PCM, la adscripción supone un mecanismo de reforma de la estructura del Estado por el cual se asigna y vincula un organismo público a un ministerio en particular.

Asimismo, establece una relación organizacional sectorial y un alineamiento de las políticas públicas, planes y objetivos estratégicos de entidades con competencias y funciones afines y complementarias, facilitando su coordinación. Solo es aplicable para el caso de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.

Tal parece que la autonomía o autarquía, si se quiere, que detentan los organismos reguladores es en alguna medida relativa. Más aun, manifestamos esto sin tomar aún en cuenta la *rectoría* que el Poder Ejecutivo ejerce sobre los organismos públicos.

Un tema fundamental, como es sabido, es que con el diseño de los organismos reguladores se ha tratado a toda costa de evitar la captura de estos por parte de los diversos grupos de interés involucrados, como pueden ser el gobierno o las empresas operadoras supervisadas, con la finalidad de que no prevalezcan lesivamente los intereses particulares de estos. Sin restarle importancia a la acción de otros grupos interesados, en este texto vamos a incidir y quizás reiterar, sobre la autonomía del órgano regulador con relación al Poder Ejecutivo. De ahí nuestro interés en incidir en la función normativa y en la autonomía que las mismas suponen contrastándolas con la potestad reglamentaria que detentan otras administraciones. Además, este asunto será también desarrollado más aún en el epígrafe siguiente.

Es el artículo 3.1.a) de la Ley Marco el que se refiere a la función normativa del modo siguiente: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro del sector a que pertenece el organismo regulador.

Sobre todo lo hasta aquí dicho, es propicio precisar lo siguiente:

- a) Los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros y, con ello, se sujetan a la supervisión y fiscalización de su sector (artículo 34 LOPE). Este es un dato que se debe tener en cuenta.
- b) Sin embargo, no puede dejarse de lado que el Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, que aprueba el Reglamento que regula las políticas nacionales y define los alcances de la rectoría, pues según su artículo 3 esta, la rectoría, es de aplicación a *entidades públicas del Poder Ejecutivo*. Dejamos planteado el tema.
- c) Ni el diseño y, en consecuencia, tampoco las competencias y grado de autonomía de los organismos reguladores están establecidos por la Constitución. Ello conlleva, por razones

que ya hemos precisado, a que los organismos reguladores no estén dotados de una auténtica autonomía administrativa. Los organismos reguladores serían, en rigor, entes autárquicos.

- d) Del literal anterior se desprende que tratándose de entes autárquicos los organismos reguladores solamente podrán dar reglamentos a efectos de organizarse a sí mismos y para el caso de relaciones de sujeción especial (las empresas de telecomunicaciones supervisadas). Esto, sin dejar de lado la capacidad de estas administraciones de dar actos administrativos y, con ello, también la dación de «mandatos». En consecuencia, los organismos reguladores no podrán dar reglamentos que afecten frontalmente la órbita jurídica de los usuarios, consumidores o ciudadanos en general, pretendiendo así imponerles obligaciones, medidas restrictivas y cargas. Y esto se afirma *de lege ferenda*, pues como se ha visto, el artículo 3.1(a) de la Ley Marco dispone que los organismos reguladores pueden dictar reglamentos que regulen obligaciones de los usuarios.

7

Las administraciones públicas «menores» son organismos creados por ley que detentan personalidad jurídica de derecho público, autonomía en sus diversas manifestaciones y están adscritas a un ministerio, así como sujetas a la rectoría de estos conforme al artículo 3 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM.

De lege ferenda es de indicar lo siguiente y en su caso, tomando en cuenta lo ya dicho sobre los organismos reguladores:

- a) Dado su origen a nivel legislativo, las administraciones públicas menores no detentarían auténtica autonomía, pues en rigor serían entes de naturaleza autárquica.
- b) Solo podrán dar actos administrativos de acuerdo a su ámbito de competencias, y dictar reglamentos *ad intra*, esto es, autoorganizativos, y otros que regulen relaciones de sujeción especial para el cumplimiento de los fines de interés público que les ha atribuido por el ordenamiento. Sin embargo, el artículo 30.2 de la LOPE dispone que estas administraciones no tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el ministerio del cual dependen.
- c) Así, pues, tratándose de administraciones autárquicas, estas no tendrán capacidad de reglamentar y, en consecuencia, no podrán suponer *normae agendi*, en lo que se refiere a la situación y relaciones jurídicas con el común de los ciudadanos.
- d) Están sujetas a la rectoría de los ministerios. Según el artículo 13 del ya citado Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM:

La rectoría de una política nacional sectorial es la potestad exclusiva de un ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y disponer medidas sectoriales nacionales, que permitan alinear la actuación de los tres niveles de gobierno y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía.

Existe, pues, una rectoría o supremacía del Gobierno nacional sobre los organismos públicos. Supremacía o rectoría, que encontrará su *ratio* en el interés general y superior de toda la nación que el Gobierno nacional procura con la ejecución de su ámbito competencial y, como efecto de esto, la capacidad de dar normas uniformes, reiteramos, para toda la nación. Esto es un común denominador normativo. Tal rectoría y tal supremacía, *en términos positivos*, también se justificarían en los artículos 118.3 y 119 de la Constitución.

Más aun, y en ese sentido, el artículo 4.1 de la LOPE es nítido al disponer: «Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno». De igual manera, los artículos 7.1 y

7.2 del Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM prescriben: «La Política General de Gobierno es el conjunto de políticas prioritizadas que se desarrollan a través de políticas nacionales durante un periodo de Gobierno»; «[...] está bajo la dirección del Presidente de la República y debe ser presentada por el/la Presidente/a del Consejo de Ministros al Congreso de la República, conforme lo dispuesto en la Constitución Política del Perú».

La rectoría que detenta el Gobierno nacional está, asimismo, positivada a nivel de normas primarias (rango de ley) en el artículo 22.2 de la LOPE, el cual dispone: «Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, *asumiendo la rectoría respecto de ellas*». Y, en el mismo sentido, en el artículo 23.1 de la LOPE se prevé que son funciones generales de los ministerios: «a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, *aplicables a todos los niveles de gobierno*». El artículo 43 de la LOPE define a los «sistemas» como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, los organismos constitucionales y los niveles de Gobierno. Son de dos tipos: 1. sistemas funcionales; 2. sistemas administrativos (las cursivas son nuestras).

Igualmente, y de manera más concreta, es de citar el artículo 44 de la LOPE que preceptúa:

Los sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

El artículo 46 de la LOPE, precisando el citado artículo 44 y en lo que a los sistemas administrativos respecta, establece:

En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los sistemas administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, *independientemente de su nivel de gobierno* y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General [...]. (Las cursivas son nuestras)

El mismo artículo agrega que el Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los sistemas administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control.

Para graficar lo dicho ponemos como ejemplo las notas distintivas de las siguientes administraciones públicas menores:

- a) Osinfor: por Decreto Legislativo n.º 1085 se crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre - Osinfor, como Organismo Público Ejecutor *adscrito* a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno, encargado a nivel nacional de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, entre otros (las cursivas son nuestras).
- b) ATU: mediante la Ley n.º 30900 del 27 de diciembre del 2018, se crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao - ATU, como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera.
- c) La Central de Compras Públicas - Perú Compras es un organismo público ejecutor, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, que goza de personería jurídica de derecho público, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, y tiene como funciones, entre otras, la de realizar las compras corporativas obligatorias de acuerdo a lo que se

establezca en el decreto supremo correspondiente y realizar las compras corporativas facultativas que le encargan otras entidades del Estado.

- d) Autoridad Portuaria Nacional (APN): mediante la Ley n.º 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN), se creó la Autoridad Portuaria Nacional (APN) como un organismo público descentralizado (actualmente, organismo técnico especializado), encargado del Sistema Portuario Nacional, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del ministro, con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica, financiera y *facultad normativa* por delegación del Ministro de Transportes y Comunicaciones (las cursivas son nuestras).
- e) Senace: mediante el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, se creó el Servicio Nacional de Sanidad Agraria - Senasa como organismo público descentralizado del Ministerio de Agricultura, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía técnica administrativa, económica y financiera.
- f) Sucamec: por Decreto Legislativo n.º 1127 se crea la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - Sucamec, como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Interior, con personería jurídica de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional y económica en el ejercicio de sus atribuciones, con competencia de alcance nacional.
- g) OSCE: el artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.
- h) Autoridad para la Reconstrucción con cambios: a través del Decreto Supremo n.º 094-2018-PCM se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, como una entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros. La Autoridad cuenta con autonomía funcional, administrativa, técnica y económica y está a cargo de un director ejecutivo con rango de ministro.
- i) Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica - Concytec, es un organismo público técnico especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía científica, técnica, económica, administrativa y financiera. Constituye un pliego presupuestal.

8

Como hemos precisado en otro lugar (2018), es atribución del Presidente de la República dirigir la política general de gobierno, término este último que comprende al mismo jefe de Estado y a sus ministros, en cuanto gestores y directores de los servicios públicos (artículo 119 de la Constitución). Es de deslindar que estos atributos que detenta el Presidente de la República en forma alguna suponen o importan una sujeción por parte de las administraciones de relevancia constitucional a la voluntad de aquel. De otro modo, el Presidente de la República contaría con los poderes suficientes para dejar sin efecto y *de facto* o, lo que es lo mismo, vaciar de contenido el ejercicio de las competencias y todo resquicio de la autonomía que les ha sido atribuido a estas administraciones al más alto nivel del ordenamiento.

Es también de incidir en que la invasión del ámbito competencial de estas administraciones por el Presidente de la República al suponer el ejercicio de competencias ajenas podría malversar los fines

públicos de actuación que fueron considerados y tomados en cuenta por el constituyente, al atribuir a las administraciones de relevancia constitucional el ejercicio de sus privativas competencias. No puede configurarse una circunstancia que convierta tales administraciones en meras ejecutoras de una voluntad ajena. Así las cosas, se trataría de un gobierno donde en realidad y de hecho existe una sola Administración Pública que cuenta con entes desconcentrados —y no descentralizados— que resultan, en el mejor de los casos, útiles para una mera gestión periférica.

De otro lado, la relación entre las administraciones autónomas de relevancia constitucional, por una parte, y de estas con el Poder Ejecutivo ha de ser, pues, fundamentalmente, de auténtica armonización de políticas, vale decir y como veremos, superando meras fórmulas declarativas. No se debe invadir competencias ajenas, se debe respetar la autonomía, pero todo ello en modo alguno puede configurar una separación absoluta entre las entidades de que se trate.

Al respecto, según Muñoz Machado (1983), Eisenmann dejó dicho: «[n]o hay ninguna organización descentralizada que pueda subsistir sin un mínimo de centralización. *Separación y continuidad son, pues, dos valores básicos, dos traducciones concretas de los principios de autonomía y unidad en el plano organizativo*» (p. 1844) (las cursivas son nuestras).

De esta manera, y entrando ya de lleno al tema de la relación entre administraciones públicas, es pertinente citar la sentencia del Tribunal Constitucional cuando señala:

A la luz de lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, la función reguladora en materia financiera es ejercida por el BCR. No obstante, es importante resaltar que en dicha tarea debe contar con la cooperación y coordinación de la SBS, al constituir órganos constitucionales con funciones relacionadas con la moneda y la banca que, como ya lo señalamos de manera precedente, se relacionan de manera intrínseca. Es a través de la participación de ambas entidades que se garantiza la estabilidad económica financiera y el orden público económico, por lo que nuestro modelo financiero supone —bajo criterios de cooperación entre poderes y órganos públicos— una labor racional e integrada de ambos entes, siendo que sus competencias requieren articularse permanentemente con un importante grado de coordinación, sin perjuicio de la autonomía que constitucionalmente les ha sido reconocida (artículos 84 y 87).

Por ello, sin perjuicio de las exclusivas competencias previstas en la regulación orgánica del BCR y de la SBS, se proyecta desde la propia Constitución la obligación de que se respete un *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en la repetida exigencia prevista en diversas normas de la LOSBS, de requerir la opinión previa del BCR antes de autorizar o denegar determinadas solicitudes formuladas por entidades del sistema bancario y financiero a la SBS. (STC Exp. n.º 0005-2005-CC/TC, ff. jj. 39-40)

Al respecto, el mismo Muñoz Machado (1983) sostiene: «[E]s una existencia del principio de unidad que esas organizaciones, aunque separadas, no están incomunicadas, que el conjunto administrativo sea un sistema que funcione en régimen de continuidad. Que el conjunto de Administraciones Públicas formen una «síntesis institucional» (p. 1869). El *quid* es «unidad» y «autonomía».

De este modo, encontramos en la LOBCR, norma integrante del bloque constitucional, algunos dispositivos que se refieren a la colaboración y coordinación que debe existir entre las administraciones públicas de relevancia constitucional y el Poder Ejecutivo.

Artículo 94.- «Sin perjuicio de la responsabilidad que le compete en el cumplimiento de la finalidad que la ley le asigna al Banco, el Directorio debe presentar un Informe al Ministro de Economía y Finanzas sobre todos aquellos aspectos de la política económica que afecten negativamente dicho cumplimiento».

Artículo 95.- «El Banco está sujeto al control posterior de la Contraloría General, exclusivamente en lo que concierne a ejecución presupuestal».

Artículo 96.- «La Superintendencia de Banca y Seguros supervisará el cumplimiento de la Ley Orgánica, Estatuto y demás disposiciones del Banco de acuerdo con lo previsto en su respectiva Ley Orgánica».

Artículo 97.- «La Superintendencia de Banca y Seguros proporcionará al Banco la información de carácter general o sectorial que éste conceptúe necesaria para el cumplimiento de sus funciones».

De igual manera, la LOSBS —norma también integrante del bloque constitucional— prescribe en su primera disposición final y transitoria el siguiente precepto relativo a la colaboración entre BCR y SBSAFP: «El Banco Central y la Superintendencia deben efectuar las coordinaciones pertinentes a efectos de dar cumplimiento a los fines que les encomienda la Constitución Política del Perú»; «El Superintendente concurre por lo menos cada tres meses al Directorio del Banco Central, a fin del necesario intercambio de información propia de sus funciones».

La última parte del artículo 345 de la LOSBS prescribe:

La Superintendencia supervisa el cumplimiento de la ley orgánica y disposiciones complementarias del Banco Central, sin perjuicio del ejercicio de su autonomía, no incluyendo lo referente a la finalidad y funciones contenidas en los artículos 83 y 85 de la Constitución Política del Perú.

9

A modo de conclusión podemos señalar lo siguiente:

- a) El casi dos veces secular modelo triádico de Estado ha estallado en mil pedazos ante la aparición de una pluralidad de entes, algunos de ellos auténticas administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional de sustrato territorial y extraterritorial, dotadas de ámbitos competenciales y, en consecuencia, con capacidad de dar normatividad jurídica.
- b) La personalidad jurídica es el dato primario de toda Administración Pública.
- c) En rigor, la autonomía administrativa de relevancia constitucional supone, entre otros aspectos, un atributo a favor de un ente de ejercer la potestad reglamentaria a través de sus propias fuentes (reglamentos) dentro de un ámbito privativo de materias y competencias que no puede ser invadido por normas producto de otros entes, aun cuando estas últimas podrían detentar formalmente mayor jerarquía, pues son las ideas de competencia y de función constitucional, en cuanto parámetros, las que han de prevalecer en caso se susciten antinomias. Además, es de relieves la capacidad que detenta la Administración Pública de relevancia constitucional de que se trate, de afectar la órbita jurídica del común de sus administrados, pudiendo, inclusive, imponer a estos obligaciones, cargas y hasta medidas restrictivas con rigurosa sujeción al principio de legalidad.
- d) En virtud de lo señalado en el literal precedente, el atributo de autonomía, con todo aquello que importa o implica, deberá necesariamente ser atribuido por la Constitución y el bloque constitucional.
- e) Se debe deslindar el atributo de autonomía del de autarquía, pues a diferencia de la autonomía, la autarquía solo supone para la Administración la capacidad de dictar actos administrativos y de autoorganizarse. Asimismo, la autarquía dota al ente de que se trate de la capacidad de dar reglamentos que regulen relaciones de sujeción especial.
- f) De lo dicho se desprende que los entes autárquicos en muchos casos constituyen administraciones públicas «menores», siendo, de otro lado, auténticas administraciones públicas autónomas aquellas reconocidas como tales por la Constitución y el bloque constitucional, dada la capacidad de estas administraciones, en contraste, de dar reglamentos que configuran *normae agendi* para el común de sus administrados.

- g) Por todo lo indicado, queda claro que en la geografía administrativa nacional se ha dado un uso y abuso del atributo autonomía. En efecto, muchas administraciones «menores» son calificadas indebidamente como autónomas, en su variedad de modalidades, por sus leyes de creación.
- h) Los productos normativos de las distintas administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional (reglamentos) detentan igual rango normativo, ubicándose unos con otros en una posición de lateralidad, virtualmente debajo de la ley (normas *secundum legem*) y todos ellos en posición de equidistancia con relación a la Constitución y el bloque constitucional. Por ello, los criterios que informan la relación entre los reglamentos dados por las diferentes administraciones públicas de relevancia constitucional y otras fuentes de nivel secundario, entre ellas las dadas por el Poder Ejecutivo, serán los principios de competencia y de función constitucional y no el de jerarquía y sus variantes.
- i) En la mayoría de casos los reglamentos dados por las administraciones públicas no detentarán la naturaleza de «ejecutivos». De tal suerte, los reglamentos dados por las administraciones públicas de relevancia constitucional en modo alguno «reglamentan» o ejecutan las leyes orgánicas y ordinarias que les terminan atribuyendo sus competencias y que por ello mismo, forman parte del bloque constitucional. Entonces, no cabe aplicar el principio de jerarquía, pues lo que aquí realmente importa es la activación del principio de competencia y, notablemente, el de función constitucional.
- j) Tal como se pretende demostrar en el presente texto, no es que la potestad reglamentaria sea un atributo privativo del Poder Ejecutivo, y que las otras administraciones públicas autónomas solo pueden ejercerla excepcional y marginalmente. Las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional serán las llamadas a generar normatividad dentro del acervo de materias que les ha sido atribuido por la Constitución y, a su vez, agotado por el bloque constitucional. Pretender la omnipotencia normativa del Poder Ejecutivo a un nivel *secundum legem* resulta insostenible con la supremacía de la norma constitucional, el bloque constitucional, y el diseño de la sistematicidad y funcionalidad del ordenamiento interno que estos mismos han trazado.
- k) Del ejercicio de los principios de «unidad» y «autonomía» surge la necesidad de que exista una auténtica coordinación entre las administraciones públicas en lo que al ejercicio de sus competencias respecta. Eisenmann, citado por Muñoz Machado (1983), dejó dicho que «no hay ninguna organización descentralizada que pueda subsistir sin un mínimo de centralización. Separación y continuidad son, pues, dos valores básicos, dos traducciones concretas de los principios de autonomía y unidad en el plano organizativo» (p. 1844).
- l) Sin embargo, es importante hacer saber que lo aquí dicho no importa un frívolo ejercicio de despliegue de ideas meramente formalista y positivistas sin utilidad alguna en la práctica. El derecho es «forma», pero también «materia». No obstante ello, y en rigor, lo que se quiere es garantizar o asegurar que el común de los ciudadanos solo vea afectada su esfera jurídica cuando la Administración Pública que dicte mandatos normativos cuente con la debida legitimidad, la cual no puede darse ni otorgarse sino al más alto nivel del ordenamiento: la Constitución y el bloque constitucional. En suma, se trata de esta manera de dotar a los ciudadanos de las garantías mínimas necesarias para preservar la seguridad jurídica y notablemente la predictibilidad, imprescindibles para la adecuada marcha dinámica del tráfico jurídico y la interdicción de la arbitrariedad.

REFERENCIAS

- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (Enero-abril 1985). Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, (106), pp. 97-169.
- Bielsa. R. (1955). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma.
- De Althaus, M. y otros (1969). La reforma de la Administración Pública. *Derecho PUCP*, (27), pp. 94-104.
- García Cavero, P. (Julio 2016). El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Política criminal*, 11(21), pp. 21-33. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100002>
- García de Enterría, E. y Fernández T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. [Tomo 1]. Décima edición]. Madrid: Civitas.
- García Llovet, E. (Mayo-agosto 1993). Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, (131).
- García-Pelayo, M. (Enero-abril 1981). El *status* del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1). pp. 14-15.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24533redc001011.pdf>
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
https://msmaldonadoabogados.com/images/Lectura-3-marienhoff-TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_I-2.pdf
- Meilan Gil, J. (2011). Una concepción iusadministrativa vista de los contratos públicos. *Derecho PUCP*, (66), pp. 223-245. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.009>
- Muñoz Machado, S. (Enero-diciembre 1983). Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las administraciones públicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 1839-1873.
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú.

UNA OJEADA A LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA Y AL INTERÉS PÚBLICO

«Cualquier hecho se vuelve importante cuando es conectado con otro. La conexión cambia la perspectiva, te lleva a pensar que cada detalle en el mundo, cada voz, cada palabra escrita o dicha tienen más que su significado literal, que nos venden un secreto. La regla es simple: sospecha, solo sospecha.

Puedes leer subtextos hasta en las señales de tránsito que dicen “no echar basura”».

Umberto Eco, El péndulo Foucault

Cabe preguntarse cómo la Administración Pública adquiere la legitimidad necesaria para ejercer la competencia de dar reglamentos y actos administrativos. Asimismo, cómo se justifica que la competencia para la dación de estas fuentes suponga el despliegue de privilegios, el ejercicio de *ius imperium* y el goce de poderes exorbitantes.

En primer lugar, resulta necesario hacer una digresión y es que hemos dado tratamiento equivalente en cuanto a su significado a los siguientes conceptos jurídicos indeterminados: intereses generales, interés general, fines públicos, fines de interés general, interés público, interés nacional, fines públicos de interés general, interés social, utilidad pública, utilidad social, necesidad pública. Se podrá notar, asimismo, que gran parte de los autores consultados y citados en el presente trabajo proceden de igual manera.

Ya he indicado en otro lugar,¹ y no sin cierta reserva, que toda competencia administrativa se origina de modo positivo en el ordenamiento jurídico. He ahí la operatividad del principio de legalidad. Así, toda competencia es otorgada de modo positivo por el ordenamiento. Sin embargo, todo lo hasta aquí dicho no encuentra fundamentación valedera que en alguna medida justifique el atributo de privilegios y otras exorbitancias que detenta la Administración Pública cuando dicta reglamentos que, por cierto, se integran y forman parte del ordenamiento jurídico, así como en lo que respecta a la dación de actos administrativos que resultan siendo una aplicación de este.

Sin embargo, y a esto es a lo que me refiero al decir «reservas», dadas situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, se podría recurrir al principio de «poderes implícitos» en cuanto excepción al principio de legalidad. Ello siempre y cuando tales poderes implícitos sean razonablemente idóneos, necesarios y apropiados para la consecución de fines valiosos reconocidos por el ordenamiento como tales y que, además, la consecución de tales fines corresponda al ente de que se trate.

Es de precisar que como ejemplo de lo que constituye la idea de los «poderes implícitos», y en lo que al derecho comunitario europeo se refiere, Lasagabaster (1986, p. 75) sostiene que el artículo 235 del TCEE viene a recoger una cláusula característica de los Estados federales, que ha dado lugar al concepto de «competencias implícitas». En este precepto se dice que cuando una acción adoptada por los órganos comunitarios «resulte necesaria para lograr el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la comunidad» y el tratado no haya previsto las potestades necesarias para lograr este objetivo, a propuesta de la comisión y oída la asamblea el consejo adoptará por unanimidad las «disposiciones pertinentes».

Volveremos sobre este tema.

¹ Para la elaboración del presente texto me he basado en el capítulo III del libro de mi autoría intitulado *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*.

Gómez-Ferrer Morant (1999) sostiene:

En este sentido, puede hablarse de una vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico en el sentido de que los fines de interés general que deben alcanzarse, las competencias necesarias para ello y las potestades, prerrogativas y, en su caso, privilegios de la Administración han de estar establecidos en una ley, con el alcance y límites que sean proporcionados y justificados para la consecución del interés general. (p. 196)

Es útil recordar que etimológicamente la palabra privilegio se origina en la capacidad de profanar lo privado, mientras que sacrilegio no es sino la capacidad de profanar lo sagrado.

El jurista español De la Morena (1978) define la competencia así:

Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y solo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, *lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento* en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular. (p. 153) (Las cursivas son mías)

Constatamos que existe un necesario correlato entre los términos competencia e interés público. Así, por ejemplo, el artículo 7.3 de la LBD preceptúa: «El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del *interés público*» (las cursivas son mías).

Pero es de precisar, como lo veremos en el presente texto, y siguiendo a Sainz Moreno (1977):

Lo normal es que la noción de interés general cumpla las dos funciones a un tiempo: es fundamento y límite de las potestades administrativas; estas no existen más que en la medida que determina el interés general. El interés general constituye, pues, la medida de los poderes de la Administración. (p. 443)

Como dice el autor Nieto, citado por Acosta (2016): «la ideología del interés general ha servido siempre para legitimar el poder y al mismo tiempo (en una contradicción, aparentemente paradójica, pero en realidad inevitable) para limitarlo».

De otro lado, García de Enterría y Fernández, citados por De la Cruz Ferrer (1988), exponen una concepción del elemento de la causa extraordinariamente útil para un control incisivo de la actuación administrativa:

El acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico. (p. 99)

Para reforzar este último aserto hay que citar a Pérez Tremps (1998) cuando señala:

El elemento central del sistema de reparto de competencias entre la Unión Europea y el Estado miembro es el denominado «principio de atribución». Según este, la Unión solo puede ejercer aquellas competencias que le han sido conferidas por los tratados. La forma en que se ha realizado la atribución es bastante imprecisa ya que los tratados se limitan a fijar unos fines que deben conseguirse y a establecer unos medios a través de los cuales obtener dichos fines. (p. 53)

Mi posición. La teoría de la causa, tomada en préstamo del derecho privado es para nosotros de la mayor importancia. En el caso que nos ocupa diré que la actuación de la Administración será reconocida como valiosa y, por ende, validada y acogida por el ordenamiento cuando esta, en ejercicio de su competencia y del grado de discrecionalidad que corresponda, se ajuste a la consecución de determinados fines públicos, trazados por el mismo ordenamiento y no a cualquier otro fin, aun cuando el mismo sea público. De configurarse, por ejemplo, una desviación de poder, la actuación administrativa

perseguirá fines diversos a los señalados por el ordenamiento y que habrían justificado o legitimado la atribución de la competencia y, también con ella, el goce de exorbitancias, privilegios o prerrogativas. Tal competencia solo puede ejercerse para los fines por los que ella misma fue atribuida por el ordenamiento. De darse, pues, una arbitrariedad, tal acto o reglamento será purgado del ordenamiento, pues en modo alguno este —el ordenamiento— puede reconocer y acoger como digna de tutela una actuación administrativa que resulta a todas luces carente de competencia. Acto incompetente, pues la atribución de competencia se origina en la necesidad de adecuar su actuación para cumplir fines específicos, previamente «publicados» por el ordenamiento.

Al propósito de la desviación de poder, Bustillo Bolado (2012) sostiene:

De ahí que si se ejercitan las potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el ordenamiento jurídico [...] se hable de desviación de poder, que es un vicio de la causa del reglamento o de alguno de sus preceptos (o, en su caso, del acto administrativo). El ejercicio de la potestad reglamentaria supone que la Administración se encuentra ante situaciones necesitadas de regulación, pero cuyas situaciones a regular permiten, dentro del fin concreto que marca la norma habilitante, una cierta libertad de elección: de lo que no se puede apartar el reglamento es del fin esencial que la marca la norma habilitante. (p. 75)

García de Enterría y Fernández (citados en la STC Exp. n.º 0090-2004-AA/TC) sostienen:

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión [...] motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto [...]. La ley obliga a la Administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan. (f. j. 31)

Parafraseando al ya citado De la Morena (1978, p. 169), se puede afirmar que no hay competencias sin fines declarados previo y legalmente de interés público («No hay voluntad sin una finalidad», diría Jhering. «Donde hay interés hay acción», diría algún civilista), lo que *a contrario sensu* significa que si no media esa previa «publicación» o bien el Estado no podrá intervenir o si interviene no podrá ya hacerlo investido de poder público.

También es De la Morena (1983) quien sostiene:

Donde esté la Administración Pública, actuando como tal, estará presente el interés público o, invirtiendo los términos, donde esté el interés público estará presente y actuando, la Administración Pública, ya de una manera «real» o efectiva, si ese interés ha sido previamente «publicado», ya de una manera «virtual» o potencial si se piensa en la posibilidad irrenunciable de que se «publique» tan pronto como las circunstancias lo exijan o aconsejen. Actuación que podrá ser también «directa», cuando se ejerza a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o «indirecta», cuando se considere que la realización del interés público podrá alcanzarse con la misma eficacia y a menor coste social, a través de agentes sociales o de simples particulares» (p. 865) (Las cursivas son mías)

Un buen ejemplo de cómo opera la «publicación» lo encontramos en el artículo 60, último párrafo, de la Constitución de 1993 que prescribe: «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, *por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*» (el resaltado es mío).

Silva Cimma (1992) opina que: «Es función administrativa la actividad estatal que tiene por objeto la de los fines del Estado en cuanto requieren ejecución práctica mediante actos jurídicos reglamentarios o subjetivos, e incluso mediante operaciones materiales» (p. 25).

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (2001) opinan:

Las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades. (pp. 445-446)

Marienhoff (1965) sostiene:

Se ha dicho, además, que el principio de la «legalidad» también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su acción el interés público; es esta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto incurriéndose, por ejemplo, en «desviación de poder», que es una de las formas en que se concreta «la ilegitimidad». (p. 51)

El mismo autor enseña que la actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfagan las necesidades e intereses públicos, por ser este el fin de la actividad del Estado. Por eso es que al derecho le interesa siempre cómo actúa la Administración para lograr sus finalidades.

Según Rodríguez-Arana Muñoz (2008, p. 113), y citando a Santa María Pastor, el principio de legalidad en la medida en que es proyección, según Vedel, de una regla de naturaleza psicológica, reclama una actitud por parte de los funcionarios en su tarea administrativa de vinculación al interés general, lo cual se traduce, entre otras cosas, en dar la existencia de la desviación de poder para impugnar las actuaciones administrativas en las que el interés general brilla por su ausencia.

Aun cuando se refieren a los actos administrativos, resultarían aplicables, por analogía, también a los reglamentos, los artículos III, IV.1.1.1, IV.1.1.4, IV.1.17, 213, 3.3 de la LGPA los cuales disponen:

Artículo III: «La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable *para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general*, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general». (Las cursivas son mías)

Artículo IV.1.1.1: «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

Artículo IV.1.1.4: «Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

Artículo IV.1.1.17: «Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general».

Artículo 3.3: «Son requisitos de validez de los actos administrativos: Finalidad pública.- *Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor*, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad» (las cursivas son mías).

También es de citar el artículo 75.1 de la misma ley cuando dispone:

Artículo 75.- «Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes los siguientes:

Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones».

Artículo 213.1: «En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales».

El artículo II.1 del Título Preliminar de la LOPE establece:

Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del interés general de la nación, asegurando que su actividad se realice con arreglo a:

1. Eficacia: la gestión se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y las metas gubernamentales.

Queda claro, pues, que la legitimidad que detenta la Administración Pública para ejercer la competencia de dictar reglamentos y actos administrativos, y con ello el goce de prerrogativas o privilegios exorbitantes del derecho privado que también supone, tiene como requisito ineludible, a partir de la «publicación» previa y correspondiente, la consecución y realización de los fines públicos que el orden jurídico así dispone o contempla, sin dejar de lado el principio de legalidad en cuanto mecanismo atributivo de tales competencias de modo positivo.

Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta materia. Así, la alta corte ha precisado:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa [...]. La Administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público [...]. Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. (STC 0090-2004-AA/TC, f. j. 11)

En el ámbito presupuestal es de citarse el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto cuando prevé:

El crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la Ley General. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el presupuesto del sector público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público. (Las cursivas son mías)

Finalmente, cabe preguntarse si la noción de «interés general» puede ser materia de control constitucional. Al respecto, Gimeno Feliú (1994) se pregunta y sostiene:

¿Es una decisión política o estamos ante un concepto jurídico indeterminado? Ciertamente, la cuestión es difícil [...]. Hemos de afirmar que la noción «interés general» sí es un concepto jurídico indeterminado, por lo que resulta posible la fiscalización judicial a fin de valorar la razonabilidad de la misma en relación al fin propuesto. (p. 209)

El mismo autor (Gimeno Feliú, 1994), y sobre la misma materia, cita la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 68/1984, de 11 de junio):

No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado, llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlado, frente a posibles abusos, y *a posteriori*, por este tribunal. (pp. 209-210)

En esta misma línea, y como señala García de Enterría (1979):

[...] el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, *porque no admite más que una solución justa*, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción de sus categorías en un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales. (pp. 34-35) (Las cursivas son mías)

Ahora bien, podemos ensayar que es importante que la «publicación» no genera por sí misma poderes o potestades absolutos para la Administración y que, a su vez, y en tal sentido, agraven o contravengan los derechos fundamentales de los particulares o administrados. Se podría plantear, también, que debe existir un límite a la actuación de la Administración. Así, en un Estado social de derecho no habría lugar para exorbitancias, poderes o potestades que pasen por encima de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cuando se habla de privilegios o prerrogativas de la Administración «en tanto capacidad de profanar lo privado», se aludiría, en principio, a los derechos patrimoniales (por ejemplo, derechos de crédito, la posesión y otros que no tengan substrato constitucional), los mismos que no necesariamente coinciden con los derechos fundamentales. Sobre el particular, Alexy, citado por Carbonell (2010), señala:

El sentido de los derechos fundamentales consiste, justamente, en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella [...]. Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de «bien común», «seguridad nacional», «interés público», «moral ciudadana», etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental. (p. 16)

Y, sin embargo, es de citar el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), según el cual:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de *interés general* y con el propósito para el cual han sido establecidas. (Las cursivas son mías)

El artículo 32.2 del mismo tratado prescribe: «Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y *por las justas exigencias del bien común*, en una sociedad democrática» (las cursivas son mías). Por último, artículo 21.1 establece: «Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*» (las cursivas son mías).

Ahora bien, según Carpio Marcos (2003, p. 494), también es un criterio de justificación que los límites introducidos en la regulación jurídica de un derecho se sustenten en otros bienes constitucionalmente protegidos, como pueden ser el orden público constitucional, la seguridad jurídica, el interés nacional, entre otros.

Para graficar que los derechos no son absolutos como sería el caso de la propiedad —derecho constitucional y patrimonial por excelencia— y de configurarse una antinomia entre un derecho privado, inclusive de rango constitucional, y el interés público, baste citar el artículo 70 de la Constitución:

Artículo 70.- «[...] El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

Asimismo, es de citar el artículo 957 del Código Civil, en cuanto establece: «La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas».

Resulta también conveniente citar el artículo 1355 del Código Civil, el cual prescribe: «La ley, por consideraciones de *interés social, público* o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos» (las cursivas son mías).

Como fuere reiteramos que el artículo III del Título Preliminar de la Ley n.º 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) dispone:

La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la administración pública sirva a la protección del interés general, *garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.* (Las cursivas son mías)

Aun cuando este tema no es, en rigor, materia de este trabajo, pienso que la protección de los derechos fundamentales no es absoluta. Sin embargo, nunca se podrá afectar el contenido esencial o núcleo duro del derecho fundamental de que se trate. Esto no es recogido expresa y, positivamente, por la Constitución, no obstante ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 1417-2005-PA-TC, f. j. 37).

La Constitución española sí recoge este principio del «núcleo duro» o contenido esencial de los derechos fundamentales cuando dispone en su artículo 53.1:

Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). (El resaltado es mío)

Por otra parte, resulta nítido que todo lo hasta aquí dicho es también aplicable a los contratos administrativos, cuando están sujetos al derecho público. Por ello, es de la mayor importancia citar a Meilán Gil (2013), cuando afirma:

No es discutible que el contrato administrativo está ligado al interés general, que vincula a la administración y no existe en el contrato entre particulares, presidido por la autonomía de la voluntad. Al servicio del interés general se admiten las prerrogativas de la administración, hasta el punto de que la jurisprudencia, en una interpretación tradicionalmente restrictiva, sostiene que *son actuales en razón a un interés público constatado y siempre que persiga los fines públicos que le son propios.* (p. 16)(Las cursivas son mías)

Siguiendo a la publicista española Cabezedo Bajo (2010, p. 146) también es de mencionar el concepto de «restricción de los derechos fundamentales», del cual se puede afirmar que si bien las actuaciones de los poderes públicos que inciden sobre derechos fundamentales pudieran resultar en principio lesivas de tales derechos, lo cierto es que si, efectivamente, están justificadas en el principio de proporcionalidad, constituirán medidas constitucionalmente legítimas.

Para finalizar este tema (colisión entre derechos fundamentales e interés público), si bien es cierto de carácter adjetivo aun cuando de cierta relevancia, es de citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional [...]. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel» (STC Exp. n.º 2235-2004/AA-TC, f. j. 6).

Como veremos, conforme a la Constitución de 1993, el Estado ha asumido una participación subsidiaria en la actividad económica. Ello ha supuesto una reforma integral del Estado y así se han adoptado medidas como la privatización de la actividad empresarial del Estado, la desregularización de precios, tasas y tarifas, y la creación de organismos reguladores que cauteleen el correcto funcionamiento del mercado, la libre competencia y la tutela de los derechos de los consumidores. Hemos visto que la publicación supone, a contrario, el acto de la Administración Pública en cuya virtud se declara una actividad o un servicio como de interés público y, en tal sentido, sujeto a las normas de derecho público y el goce por parte del mismo ente administrativo de competencias adicionales, y de poderes exorbitantes y prerrogativas. ¿Cómo se activa la «publicación» cuando la operación es a la inversa? De la Morena ya lo ha insinuado (1983, p. 865). Esto es, cuando la gestión del servicio público se transfiere de la Administración Pública a los privados. En este contexto Cassagne (1996) ha manifestado:

Sin embargo, lo único que implica la publicación es la transferencia —fundada en la necesidad y trascendencia social— de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público, a través de la gestión privada de una determinada actividad. (p. 103) (El resaltado es mío)

De esta manera, Fernández Rodríguez, citado por Muñoz Machado (1977):

[...] la posibilidad de que existan actos administrativos en sentido propio emanados de una persona jurídica formalmente privada encuentra completa explicación, en cuanto que dichas personas no actúan como simples sujetos privados —que también pueden hacerlo— ni ejercitan poderes propios, sino que se presentan como órganos, delegados o agentes de la Administración en virtud de mecanismos bien conocidos que transmiten poderes originariamente administrativos para el ejercicio de funciones previamente asumidas de modo formal y expreso por la Administración Pública. (pp. 527-528)

Gimeno Feliú, Sala Sánchez, y Quintero Olivares (2017, pp. 9-10) manifiestan que en este siglo XXI se constata la consolidación de un modelo de «liberalización» de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva «desregularización» o «desreglamentación» de actividades que hasta entonces se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, *por mor de la satisfacción del interés público*, hacia un modelo de «reregulación» o «neoregulación», en virtud del cual la «administración económica» se ha adaptado a las nuevas circunstancias, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permite el desarrollo y la dirección de una política económica concreta. Se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del derecho administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativo. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra, y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

Así, por ejemplo, se puede mencionar el Decreto Legislativo n.º 674, cuyo artículo primero declaró de *interés nacional* la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado. De igual manera, podemos citar el Decreto Supremo n.º

059-96-PCM (Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos), cuyo artículo 1 prescribe: «Declárase de *interés nacional* la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos» (las cursivas son mías).

Pero el concepto y naturaleza del contrato ley también importa, y en gran medida, desplegar esta política de «publicar» a efectos de liberalizar la actuación de la administración pública. Así, el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución dispone: «Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

En el mismo sentido y más detalladamente el artículo 1357 del Código Civil prescribe: «Por ley, sustentada en razones de *interés social, nacional o público*, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato» (las cursivas son mías).

Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece en su artículo 39:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

Tal parece que existiría una huida del derecho público.

Pese a todo lo hasta aquí dicho, no se puede dejar de mencionar que no es el «fin público» que esgrime la Administración, la única y exclusiva «causa» que habilite el ejercicio de la competencia por parte de la Administración. No solo los intereses de la Administración están en juego ni pueden ser catalogados en exclusividad como generadores de la «publicación». Los intereses de los ciudadanos o administrados, su bienestar general y el bien común, no cabe duda, deben también ser considerados como causa de la «publicación» y, en tal sentido, dar lugar al nacimiento de la competencia y, con ella, la detentación de exorbitantes privilegios por parte de la Administración, aun cuando mediatizados. Se trata, en suma, de articular intereses y, como efecto de ello, restringir la discrecionalidad y suprimir la arbitrariedad de la Administración al ejercer la competencia correspondiente.

Pero siguiendo a Acosta (2016), se debe poner de relieve que el interés general no es la acumulación desordenada de los intereses de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Aunque contásemos con un instrumento para la fiable medición de los intereses y voluntades de cada uno de los ciudadanos, sería un instrumento inservible porque el interés general no se construye mediante la acumulación sin más de los intereses particulares. De este modo, afirmar que el interés general coincide con el interés de la mayoría llevaría a ignorar las necesidades de las minorías, idea incompatible con el principio de igualdad y con el fundamento mismo de la democracia.

Sobre el particular, Revuelta Pérez (2014), aludiendo al procedimiento reglamentario, sostiene:

Las memorias de impacto normativo, como se ha visto, tienen que justificar el reglamento, su propia existencia y su contenido en el procedimiento reglamentario. Ya no es suficiente la simple invocación de un fin público, como hacían las tradicionales memorias, sino que la Administración tendrá que demostrar en ellas que su aprobación ha venido precedida de un proceso de análisis, adecuado al caso, en el que se han ponderado los intereses en juego, evaluado sus posibles efectos, valorado distintas opciones y escogido medios adecuados. (p. 109)

Engarzado con lo afirmado por Revuelta Pérez, resulta interesante citar a Gimeno Feliú, Sala Sánchez y Quintero Olivares (2017, p. 70) cuando aluden a los límites que supone la pretendida activación del interés público y a los excesos que tal activación puede generar. Excesos que, como bien

dice la cita, agravan la seguridad jurídica, la confianza legítima y el respeto al principio *pacta sunt servanda* y, a su vez, bien podrían configurar una arbitrariedad.

Por mi parte, sostengo que el interés público implica una fuente de privilegios y prerrogativas para la Administración Pública y es un concepto jurídico indeterminado, y en tanto tal bien puede ser materia de enjuiciamiento.

Así las cosas, Gimeno Feliú, Sala Sánchez, y Quintero Olivares precisan que, *en el derecho comunitario europeo el interés público —al igual que sucede con la modificación contractual— ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. Esta regulación europea (y sus principios) obliga a reajustar y reinterpretar la normativa española, pues la figura del rescate se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como forma específica de resolución de contratos, tanto para la concesión de obras públicas como para el contrato de gestión de servicios públicos. Opción que se justifica en la prerrogativa de defensa del interés público, lo que significa que no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario (esta potestad de rescatar una concesión es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar —y justificar— el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión.*

«La invocación del interés público no puede ser justificación suficiente para romper la relación contractual» (Gimeno, Sala y Quintero, 2017, p. 84). En efecto,

[E]l interés público ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato o la concesión (o fórmulas paraconcesionales). Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son, como se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo, tan necesarias. (Gimeno, Sala y Quintero, 2017, p. 117)

No obstante lo indicado, preciso es manifestar que la pieza clave de lo que pretendemos demostrar en este texto —esto es, la estrecha ligazón entre exorbitancias, interés público, privilegios y actuación administrativa— la constituye, en primer lugar, la «revocación». La revocación ha adquirido rango de derecho positivo al estar reconocida por el artículo 214 y siguientes de la Ley n.º 27444.

Al respecto, Morón Urbina (2011) sostiene:

[L]a institución de la revocación consiste en la potestad que la ley confiere a la Administración para que, en cualquier tiempo, de manera directa, de oficio o a pedido de parte y mediante un nuevo acto administrativo modifique, reforme, sustituya o extinga los efectos jurídicos de un acto administrativo conforme a derecho, aun cuando haya adquirido firmeza debido a que su permanencia ha devenido —por razones externas al administrado— en *incompatible con el interés público tutelado por la entidad*. (p. 425) (Las cursivas son mías)

Igualmente, es de citar el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1012, el mismo que establece entre los principios que deben regir en todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos bajo la modalidad de asociación público privada:

Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el *interés público* y el perfil del proyecto. (Las cursivas son mías)

Como ya se dijo, a su vez, el artículo 7.3 de la LBD preceptúa: «El Gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público». Por su parte, en la norma IV numeral 3 del Título Preliminar del Código Tributario se prescribe: «En los casos en que la administración tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere

más conveniente para el *interés público*, dentro del marco que establece la ley» (las cursivas son mías). Por último, y con el mismo propósito, es de citar el artículo 4 literal e) del Decreto Legislativo n.º 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prescribe: «En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el *interés público* y el resultado esperado» (las cursivas son mías).

Es notable que el ordenamiento jurídico patrio es ubérrimo en lo que se refiere a la participación directa de los administrados en la deliberación y discusión con miras a la dación de reglamentos administrativos. Ello lo notamos en los tres niveles de gobierno. En tal sentido, es de poner de relieve lo siguiente:

No es que con la participación se vaya a sustituir o eliminar totalmente la decisión soberana e irresistible que está encomendada a la Ley [...] sino que el ciudadano que, en definitiva, es depositario del derecho originario de la soberanía ya no está dispuesto a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando las decisiones se resuelven en puros criterios de oportunidad. El ciudadano ya no interviene solo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive. (Muñoz Machado, 1977, p. 532)

De otra parte ¿qué se entiende por interés público y sus variantes?

Según Acosta (2016), el interés general es una categoría jurídica formal. Que su estructura dogmática y sus características principales están predeterminadas por las normas jurídicas, con la Constitución a la cabeza, y que su determinación en un momento concreto no puede depender, salvo de forma tangencial, de la ideología política de cada uno o del criterio personal del empleado público.

Y entiendo que el interés general es un concepto jurídico indeterminado abierto a la interpretación y, en tal sentido, plenamente justiciable. Así las cosas, corresponderá al legislador, al juez o a la autoridad administrativa definir, como lo he insinuado antes, caso por caso, y según las circunstancias de que se trate, qué es de interés general y qué no lo es. O se configura el interés general o no. Ello se llevará a cabo a partir del principio de razonabilidad y proporcionalidad. Esto es que el ejercicio de la competencia de que se trate sea el más idóneo y fundamentalmente el menos oneroso y restrictivo, en su acepción más amplia, en lo que se refiere al administrado, para la consecución del fin público y sus variantes que «publican» tal competencia.

Al respecto, baste citar como ejemplo de fijación de interés público el «preambular» artículo 44 de la Constitución:

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

Sin embargo, si nos viéramos forzados a dar una definición de interés público, tomaríamos en préstamo de Gaspar Ariño (2007) el siguiente aserto:

Resulta evidente para mí que el hombre y su libertad es el centro y el objetivo de toda política. El Estado existe justamente para promover y asegurar la libertad del individuo porque esta es la clave de su felicidad. Por libertad entiendo algo muy simple: la ausencia de toda coacción, de toda opresión sobre las gentes, para que cada uno pueda adoptar sus decisiones como seres verdaderamente humanos. Libertad es capacidad de disposición, de decisión no forzada por nadie. En ello consiste no solo la grandeza máxima del hombre, sino también la clave del bienestar y de la riqueza de un país, como la historia reciente ha venido a demostrar. La diferente trayectoria seguida por los países libres, frente a los países socialistas (del socialismo real) ha sido algo irrefutable. (p. 17)

REFERENCIAS

- Acosta, P. (25 de febrero de 2016). El interés general como principio inspirador de las políticas públicas. *Instituto Nacional de Administración Pública*, La administración al día. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505813>
- Ariño Ortiz, G. (2007). Modelo de Estado y sector público empresarial. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), pp. 13-28.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (Enero-abril 1985). Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, (106), pp. 97-169.
- Bustillo Bolado, R. (2012). La desviación de poder en el derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos humanos». *Revista de Administración Pública*, (188), pp. 65-97.
- Cabezudo Bajo, J. (2010). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, (77), pp. 143-182.
- Carbonell, M. (2010). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 14(14), pp. 12-31.
- Carpio Marcos, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*, (56), pp. 463-530.
- Cassagne, J. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. Hacia una nueva concepción. *Revista de Administración Pública*, (140), pp. 95-110.
- De la Cruz Ferrer, J. (Mayo-agosto 1988). Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (116), pp. 65-105. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235811988116065.pdf>
- De la Morena, L. (Enero-diciembre 1983). Derecho administrativo e interés público. Correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 847-880.
- De la Morena, L. (Enero-abril 1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» y «medida» de control jurídicos. *Revista de Administración Pública*, (85), pp. 151-221.
- García Enterría, E. (1979). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, segunda edición.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gimeno Feliú, J., Sala Sánchez, P. y Quintero Olivares, G. (2017). *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona. http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/Colaboracion_Publico_Privada.pdf
- Gimeno Feliú, J. (Septiembre-diciembre 1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas del sector público en actividades económicas. *Revista de Administración Pública*, (135), pp. 149-211.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1999). Incidencia de la Constitución sobre el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (150), pp. 159-208.

- Lasagabaster Herrarte, I. (Septiembre-diciembre 1986). Las comunidades europeas y los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18), pp. 51-82.
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
https://msmaldonadoabogados.com/images/Lectura-3-marienhoff-TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_I-2.pdf
- Meilán Gil, J. (2013). Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos. Propuesta de revisión. *Revista de Administración Pública*, (191), pp. 11-41.
- Morón Urbina, J. (2011). La revocación de los actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. *Derecho PUCP*, (67), pp. 419-455.
- Muñoz Machado, S. (1977). Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. *Revista de Administración Pública*, (84), pp. 519-536.
- Pérez Tremps, P. (1998). La integración europea desde la perspectiva constitucional española. *Pensamiento Constitucional*, 5(5), pp. 47-63.
- Reuelta Pérez, I. (Enero-abril 2014). Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (193), pp. 83-126.
- Sainz Moreno, F. (1977). Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (82), pp. 439-454.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/229801977082439.pdf>
- Silva Cimma, E. (1992). *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

SOBRE DECRETOS Y RESOLUCIONES

Sumario: 1. El principio de legalidad y el bloque de constitucionalidad.— 2. Relación ley-reglamento.— 3. La reserva formal y material de ley.— 4. Los reglamentos ejecutivos.— 5. Reglamentos autoorganizativos.— 6. Reglamentos que aprueban políticas nacionales sectoriales.— 7. Los reglamentos «medida».— 8. Organismos reguladores.— 9. Referencias.

«Pero ¿quién es dueño de la verdad? Nada sé ya, fuera de que esta tierra cruel es mi tierra y que aquí tenía que combatir y morir. Mi cuerpo se está pudriendo sobre mi toldillo de pelea, pero eso es todo lo que sé».

Sobre héroes y tumbas / Ernesto Sabato

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El jurista español Pérez Royo (1985) sostiene:

Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional consiste en disciplinar la forma de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o competencia. (p. 27)

En este contexto, pasemos ahora a precisar qué tipo de dispositivos son aquellos que atribuyen la potestad reglamentaria a las diferentes administraciones. Interesa subrayar que la norma que atribuya tal potestad debe ser de la mayor jerarquía o supremacía. En efecto, y ya lo hemos visto, los reglamentos son normas de mucha importancia aun cuando en algunos casos su materia sea la autoorganización, la regulación de relaciones especiales de sujeción o con efectos *ad intra*, o la dación de «medidas».

En tal sentido, y aludiendo a la potestad reglamentaria, bien dicen García de Enterría y Fernández (2001): «la existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una “fuente” de derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del legislativo, es por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional» (p. 182).

Esto nos fuerza a poner de relieve el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, sabemos bien que esta institución ya ha sido bien estudiada, pero sí creemos que es necesario recurrir a la misma cuando la Constitución cumple las funciones «fuente de fuentes» y «competencias de las competencias». Así lo hace cuando se refiere, como lo veremos en breve, a la atribución de la potestad reglamentaria. De lo que se trata, en definitiva, es que el bloque de la constitucionalidad lleve a cabo las aludidas funciones constitucionales que no pueden ser agotadas de una sola vez por el constituyente. Es por ello que se precisa de normas infraconstitucionales (interpuestas), integrantes de dicho bloque, que finiquiten ambas tareas que, de paso sea dicho, son de la mayor importancia.

Sobre el bloque de constitucionalidad baste precisar lo que en otra oportunidad hemos señalado (Tafur Charun, 2018, p. 43): lo que determina la validez, efectividad y virtualidad jurídica de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad es su contenido material, esto es, el producto del cumplimiento de la función que la Constitución les asigna o encomienda. Más allá de la forma que adopten

y de su jerarquía o grado lo que realmente importa es que estas normas, de especial naturaleza, cumplan a cabalidad y con rigor la función constitucional que precisamente la Constitución, en cuanto «competencia de las competencias» y «fuente de fuentes», les ha asignado.

Resulta así nítido que sobre todo lo demás ha de prevalecer el aspecto material que constituye el contenido y, en consecuencia, el resultado del cumplimiento de la función aludida. Y es que ese sustrato material es lo que configura y justifica que tales normas detentan una posición *preeminente* en relación a otras normas infraconstitucionales y de igual jerarquía. La función constitucional que aquellas normas cumplen es el dato primario en lo que a su incardinación en el ordenamiento se refiere. Sin embargo, es llanamente inexacto pretender que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad se encuentren formalmente blindadas.

En tal sentido, y como ejemplo de la activación del bloque de constitucionalidad, es de relieves como ejemplo que los decretos de alcaldía y los decretos regionales no son diseñados por la carta de 1993. Son, pues, los artículos 42 de la LOM y 40 de la LOGR (normas integrantes del bloque de constitucionalidad), respectivamente, los que dan forma a estos decretos que no son otra cosa que reglamentos *secundum legem* y ejecutivos. De igual manera se puede indicar respecto a las circulares del BCR, las mismas que no figuran en la Constitución, sino que son reguladas en el artículo 4 de la LOBCR. Pero no se debe pasar por alto, y esto supone el quid del asunto, que las entidades aquí mencionadas detentan autonomía administrativa otorgada por la Constitución, esto es, al más alto nivel del ordenamiento, y sabido es que la autonomía administrativa importa para la entidad que la detenta la capacidad de dar reglamentos *ad extra*. La potestad reglamentaria de estas entidades se considera «inherente» a la autonomía que la Constitución les garantiza (Muñoz Machado, 2015, p. 186). Es por esto que somos de la idea que en el caso de los reglamentos aquí citados no se puede activar la doctrina de los «poderes implícitos». La potestad reglamentaria nace de la autonomía así atribuida. Y todo ello se refiere sencillamente a la operatividad ordinaria del bloque de constitucionalidad.

En buena cuenta, y siguiendo a García de Enterría y Fernández, la atribución de la potestad reglamentaria, dado que la misma supone la dación de una fuente tan relevante, será materia constitucional sin perjuicio que el bloque de constitucionalidad agote ese diseño esbozado por el supraordenamiento.

Es de inquirir por qué tanto rigor en lo que se refiere a la atribución de la potestad reglamentaria al más alto nivel del supraordenamiento. En primer lugar, se trata de preservar los principios de seguridad jurídica e igualdad, pues de ser estos agraviados se configuraría la imposibilidad de producir un derecho respetable. Según Rivero Ortega (1998):

[...] esta imposibilidad se debe a la multiplicación de las instancias normativas, la aparición de nuevos centros de producción de normas que producen una situación caótica cuando todos ellos inciden sobre materias comunes. Además, la propia complejidad de las materias reguladas, producto de la tecnificación creciente de nuestra sociedad, dificulta la labor de un legislador profano que depende de los conocimientos técnicos de la Administración. En estas condiciones de producción del derecho el ciudadano puede verse desamparado, porque las normas cambian rápidamente debido a la actuación simultánea de múltiples centros productores, cada vez resultan más difíciles de entender y muchas veces no responden a criterios racionales, sino a situaciones coyunturales que son resueltas de forma más o menos justa. (p. 86)

Más todavía. Sobre el principio de legalidad es de precisar que el derecho público es estrictamente atributivo. Esto es, la competencia que se ejerce por la Administración debe ser otorgada, regulada y atribuida por el ordenamiento jurídico. *Existe, pues, una vinculación positiva entre ordenamiento y Administración Pública.*

La Administración Pública solo puede ejercer las competencias positivamente atribuidas por el ordenamiento y para el riguroso cumplimiento de los fines de interés público dispuestos por este. Como decían los clásicos: «poder no otorgado, poder denegado». Sin embargo, dadas situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales se podría recurrir al principio de «poderes implícitos» en cuanto

excepción a la regla. Ello siempre y cuando tales poderes implícitos sean razonablemente necesarios y apropiados para la consecución de fines valiosos reconocidos por el ordenamiento como tales y que, además, la consecución de tales fines corresponda al ente de que se trate y no a otro (Tafur Charun, 2018, pp. 48-49).

García de Enterría, citado por González Salinas (1990), es rotundo al subrayar la naturaleza positiva de la relación entre administración pública y ordenamiento jurídico:

El derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el derecho condiciona y determina de manera positiva la acción administrativa. (p. 195)

En el ordenamiento jurídico patrio, el principio de legalidad se encuentra recogido en los siguientes artículos de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto es:

IV.1.1. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.* (Las cursivas son nuestras).

IV.1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para abdicar distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

Artículo 3.3. Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Finalidad pública.- *Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor*, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad. (Las cursivas son nuestras)

También en el artículo I del Título Preliminar de la LOPE se dispone: «Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. *Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas*» (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de los gobiernos regionales para ejercer poderes reglamentarios no expresamente otorgados por el ordenamiento (taxatividad), sino que están implícitos en sus competencias (subcompetencias) y nacen de la necesidad de cumplir con los fines públicos de interés general correspondientes. Va de suyo que una interpretación de esta naturaleza hecha por el supremo intérprete de la Constitución podría, en apariencia, arrasar —como a un infantil castillo de arena— nuestra propuesta relativa al principio de legalidad y a la vinculación positiva de la Administración con el ordenamiento. Pero, como dijimos, es solo una apariencia.

Según el aludido Tribunal:

A juicio del Tribunal, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe entenderse que esta contiene normas implícitas de subcompetencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188 de la Constitución). Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales

al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado. (STC Exp. n.º 0031-2005-PI, f. j. 13)

Por nuestra parte diremos que la competencia surge del fin público. Ahí donde existen fines públicos existen competencias administrativas. Así, pues, no se puede concebir la existencia de una competencia que no tenga por objeto el cumplimiento de determinado fin de interés público. Sin esa previa «publicación» del fin, mal podría existir una competencia. El fin público da origen a la competencia. Pero no solo da origen a la competencia, sino también a las prerrogativas y privilegios que ostenta la Administración. Tales privilegios no tendrían razón de existir si no fuera para cumplir los fines públicos. Privilegio es la capacidad de profanar lo privado. En tal sentido, la potestad reglamentaria, al afectar directamente, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos, sencillamente está cumpliendo con la consecución de los fines públicos, y jurídicamente profanando lo privado (Tafur Charun, 2018, pp. 56-57).

Es de indicar, sin embargo, que la eventual aplicación de la doctrina de los «poderes implícitos» debe analizarse caso por caso. No obstante —y como ya se señaló—, de configurarse ciertas y especiales circunstancias puede activarse la doctrina de los poderes implícitos.

Finalmente, antes de terminar este epígrafe, es importante citar al autor Fernández (1981), cuando engarza el bloque de constitucionalidad y el principio de legalidad —ambos temas aquí tocados— indicando que: «[...] distribución de poder entre órganos diversos y prohibición de interferencias e imisiones en el ámbito competencial reservado a otros. En esa distribución de competencias empuja, la legalidad» (pp. 81-82).

2. RELACIÓN LEY-REGLAMENTO

Carré de Malberg (1948) afirmaba:

El campo de la ley es en efecto ilimitado y lo es no solamente en el sentido de que la Constitución no indica materias que se excluyan de la potestad legislativa y que se reserven a la competencia administrativa, de donde resulta que el legislador puede extender a su arbitrio su actividad a cualquier clase de objetos; sino también que el campo de la ley es ilimitado. (pp. 473-474)

En igual sentido, Mayer, citado por Villegas Basavilvaso (1950), sostenía:

El acto legislativo está colocado arriba de toda actividad del Estado, como una voluntad superior y jurídicamente más fuerte, la ley es irrefragable. En otros términos, la voluntad del Estado cuando tiene este origen no puede válidamente ser anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía; por su parte, ella anula todos los otros emitidos en nombre del Estado, que le sean contrarios. (p. 252)

García de Enterría (1981) enseña:

La ley parlamentaria o formal, si se quiere, como producto de «la Convención» (expresión absoluta de la voluntad general), como el lugar donde se posa el Espíritu Santo o, en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que este procura». (pp. 69-70)

Es también García de Enterría (2004), quien aludiendo a Rousseau, señala:

[La ley] es la decisión del pueblo sobre todo el pueblo, obra de lo que él llamará, con término que hará gran fortuna, «la voluntad general», la cual ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. (p. 126)

Así, y en sus propias palabras, «la ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto» (García de Enterría, 2004, p. 126). Pero ocurre que de este mecanismo aparentemente tan simple resultan

consecuencias deslumbradoras: que todas las leyes serán leyes de libertad, que desaparezcan para siempre las leyes opresoras e injustas, pues, en efecto, «cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes» (García de Enterría, 2004, p. 126).

Asimismo, Gómez-Ferrer Morant (1987) se refiere a esta identidad o equivalencia entre ley y voluntad general así:

La concepción rousseauiana de la ley, como expresión de la voluntad general, le otorga un alcance potencialmente ilimitado, en la medida en que identificaba la voluntad general con la expresión de la soberanía, de alcance ilimitado, y el producto de la voluntad con la razón. De esta forma, la ley se concebía como un instrumento en defensa de la libertad y de la igualdad. (p. 10)

En otro texto, el mismo Gómez-Ferrer Morant (2007) sostuvo:

Esta construcción [la de Rousseau] no podía, sin embargo, ocultar la realidad de que la voluntad general era la voluntad de la mayoría y que esta voluntad podía no coincidir con la razón y, aún más, podía conducir a una dictadura. Esta es, precisamente, la aporía en que se mueve la democracia: de una parte, la expresión de la soberanía se produce en función del criterio mayoritario y, de otra, la necesidad de poner límites al alcance de ese criterio para evitar la omnipotencia de la mayoría. (p. 88)

No obstante estas citas, según Rubio Llorente (1983):

[La ley], que de ser concepto específico, comprensivo solo de una clase de normas homogéneas, ha pasado a ser un concepto genérico, casi un supraconcepto, en el que se incluyen normas que, si bien proceden en todos los casos de órganos representativos, tienen muy diversas características jurídicas. (p. 429)

Así, baste decir que tal concepto «clásico» de ley está hoy en crisis. En tal sentido, y como ya lo estudiamos, la esfera jurídica de cualquier ciudadano puede verse directamente afectada por una fuente normativa, no necesariamente la ley parlamentaria u otra norma también de naturaleza primaria, siempre y cuando tal atribución de poder normativo a aquella fuente sea necesariamente enunciada o esbozada abstractamente por la Constitución y, de ser el caso, agotada en cuanto a su diseño, por el bloque de constitucionalidad. Evidentemente, ello no incluye las normas que suponen relaciones especiales de sujeción ni los reglamentos autoorganizativos. Solo se refiere a la normativa que afecte la esfera jurídica del común de los ciudadanos (Fafur Charun, 2018, p. 64).

Como causa y efecto (aun cuando suene a oxímoron) de esta suerte de crisis que adolece hoy en día el concepto de ley, y siguiendo a Muñoz Machado (2015) se puede sostener con relación a la Constitución de la V República francesa (1958), que:

El artículo 37 de la Constitución de 1958 es el que consagra la reserva reglamentaria: «las materias que no forman parte de la esfera de la ley —dice el precepto— tienen un carácter reglamentario». Los reglamentos dictados en virtud de esta habilitación no dependen de la ley, sino que, en principio, solo pueden ser enjuiciados utilizando como parámetro de valoración la propia Constitución y los principios generales del derecho. A estos reglamentos, para diferenciarlos de los reglamentos independientes tradicionales (que pueden dictarse en defecto de ley, pero que no pueden oponerse a una regulación legal) se les ha denominado reglamentos autónomos por la doctrina. [...] *Las previsiones de los artículos 34 y 37 de la Constitución de 1958 supusieron teóricamente un vuelco trascendental a la relación ley reglamento, sin parangón ni en la tradición francesa ni en la situación constitucional de cualquier otro país europeo. Implicaba la pérdida de la preeminencia de la ley como norma que puede regular sin límite cualquier materia y la remoción de la posición subordinada del reglamento que quedaba sustituida, en las materias no reservadas a la ley, por otra bien distinta en la que aquel sería la norma dominante y excluyente de cualquier regulación legal.* (pp. 59-60) (Las cursivas son nuestras)

Por otra parte, y con cargo a desarrollarlo luego de manera más amplia, es de indicar que los reglamentos «independientes» son la pieza de contraste de los reglamentos «autónomos». Así, sobre

los reglamentos independientes es de indicar que estamos ante normas que fácticamente no son *secundum legem*, esto es, no se subordinan a una ley específica. Son reglamentos que cubren un vacío que ha dejado el legislador dada la *lege silente* suscitada. Empero, tales reglamentos tampoco cuentan con un ámbito privativo y material de actuación dado por la Constitución y agotado por el bloque de constitucionalidad. Como luego veremos, entre el reglamento independiente y la Constitución se configura una «vinculación negativa».

Pese a todo lo hasta aquí dicho, es de precisar que la ley sigue gozando de una especial preeminencia en el ordenamiento jurídico, pues la misma supone la consecución de los fines de interés general de toda la nación, y ella misma, esto es, la ley, representa la pluralidad política de la sociedad toda y, notablemente, su voluntad. Como lo veremos, lo aquí indicado tiene carácter absoluta y rigurosamente provisional (Tafur Charun, 2018, p. 75).

Al respecto, García de Enterría (2004) sostiene:

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La ley es tal porque ha sido querida por el pueblo a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y este está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvestidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica. (p. 139)

En ese sentido, son didácticas las expresiones de Rubio Llorente (1983):

Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas y solo aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara. (p. 430)

Todo lo indicado nos lleva a deslindar la ley, que cuenta con los atributos mencionados, del reglamento en cuanto producto de la Administración Pública. Así, son ilustrativas las palabras de García de Enterría (1959, pp. 152-153) cuando enseña que el reglamento es un producto de la voluntad administrativa. Por eso, es un acto del ente singular que es la Administración, que no solo no es la comunidad, sino que está en disposición esencialmente servicial de la comunidad misma, sometida a la necesidad de una constante justificación y que por ello es completamente obvio que no es titular de un poder soberano. De la ley, por eso mismo, ha podido decirse en el constitucionalismo anglosajón que «lo puede todo menos convertir un hombre en mujer», del reglamento no podría decirse eso en modo alguno (aun supuesta su sumisión a la ley) sin entregar a los despachos administrativos un auténtico poder tiránico. El reglamento es en resolución una norma, no solo formal, también materialmente subordinada.

Siguiendo al mismo García de Enterría (1997), este manifiesta que la configuración de la crisis de la ley en las sociedades actuales no alcanza a destronar a la ley de este lugar central e insustituible.

La verdadera alternativa al recurso al legislador para afrontar y encauzar los problemas sociales no sería la de reinstalar al juez en el papel central que le correspondía, apoyado en el soberano obviamente, sino habilitar a la Administración para que fuese resolviendo los problemas a medida de su planteamiento, mediante reglamentos más o menos fugaces o a través de actos o medidas discrecionales singulares, amparados unos y otros solo en la supuesta superioridad que emana del saber superior de sus cuadros tecnocráticos. Ahora bien, tal alternativa tampoco sería admitida, en modo alguno, por las sociedades actuales, porque con ella se volatizaría, justamente, la democracia y estaríamos reinstalando, en realidad, una genuina autocracia, la de los tecnócratas, que no tardarían en buscar y encontrar una fundamentación política correlativa que pretendiese

otorgarles legitimidad. *Se ve claramente que, frente a esa alternativa, la democracia necesita inexcusablemente de la ley y que no puede abdicarse de la responsabilidad central de la ley, precisamente (reanudando así su fundamento histórico moderno) en cuanto que la ley es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe.* (p. 92) [las cursivas son nuestras].

Antes de concluir este epígrafe, es de citar a Muñoz Machado (2015), cuando sobre el mismo asunto señala:

[...] En un Estado democrático es de primera importancia que las decisiones esenciales se preparen en un debate desarrollado en el seno del Parlamento, que ostenta la representación directa de los ciudadanos. Solo de esta manera se puede realizar correctamente el postulado principal de la separación de poderes; en el Estado organizado sobre la base de la separación de poderes, el Legislativo ocupa la posición más preeminente porque es el único que representa directamente al pueblo; la función del legislador no puede ser suplida por ningún otro poder del Estado [...] En el marco de esta nueva concepción es completamente indiferente la materia a la que se refiere la actuación del Estado, que puede tener relación con los derechos fundamentales o con la estructura básica de una institución, lo determinante de la actuación del legislador será su trascendencia para la colectividad, para la salvaguarda de los intereses generales, para la preservación de los principios y valores en que la Constitución se asienta, etc. (pp. 53-54)

Finalmente, Muñoz Machado (2015) afirma:

La relación entre la ley y el reglamento tiende a configurarse en los modernos sistemas constitucionales de modo que corresponde a la ley la aplicación de los principios o reglas generales de ordenación de la práctica totalidad de las materias que merecen la atención de los poderes públicos por ser de interés general, y es función del reglamento la de colaborar con la ley en la tarea de completar o desarrollar las determinaciones legales. (p. 57)

Con cargo a desarrollarlo más adelante, diremos que no estamos del todo de acuerdo con estos últimos asertos, pues los intereses que se configuran en una sociedad dada no siempre tienen la naturaleza de generales. Es muy simple afirmar que en muchos casos, por ejemplo, las regiones y municipalidades, tienen sus intereses y fines públicos respectivos, gozando de autonomía política ambas entidades para la consecución de los mismos, y corresponde a sus asambleas, que tienen la capacidad de dar normas con rango de ley, regular o normar todas las materias que corresponden a tales intereses y fines respectivos los mismos que no son sino la concretización de su privativo ámbito de competencia.

3. LA RESERVA FORMAL Y MATERIAL DE LEY

Como ya hemos adelantado, y tal como lo precisa Muñoz Machado (2015, pp. 57-58), el mantenimiento de la práctica del reglamento independiente ha permitido que en defecto de ley, y salvando las reservas materiales, el reglamento puede intervenir en la regulación de cualquier materia. Luego, el mismo autor (Muñoz Machado, 2015, p. 95) sostiene que se llama independientes a los reglamentos que contienen regulaciones que no tienen coincidencia con ninguna otra de carácter legal, de modo que el reglamento ni se ampara en una ley previa que le dé cobertura ni cumple ninguna función instrumental en relación con las disposiciones de alguna ley concreta. Sin embargo, nuestro autor también sostiene:

Las administraciones públicas, depositarias de este poder originario, pueden hacer uso del mismo, incluso antes de que una ley haya regulado la materia concernida. *Y si sobreviene una regulación por ley, referida a la misma materia, podrá mantenerse la vigencia del reglamento si no la contradice y se limita a complementarla.* Esta clase de reglamentos administrativos son los únicos que pueden denominarse en la actualidad de reglamentos independientes. *Se diferencian de los ejecutivos por dos notas esenciales: primero, porque pueden aprobarse antes y con independencia de cualquier ley previa que los habilite; segundo, porque pueden concurrir con la ley en la regulación de la materia y quedar «ligados directa o indirectamente» a aquella, sin que su naturaleza cambie, de modo que, aun existiendo una ley concurrente, la Administración puede cambiar sus*

normas por otras, o reformarlas sin habilitación legal específica, con el límite de respetar el contenido de las leyes.
(Muñoz Machado, 2015, p. 102) (Las cursivas son nuestras)

Así, podemos decir que los reglamentos independientes cubren vacíos en el ordenamiento siempre y cuando no se configuren los siguientes dos supuestos:

- a) Una reserva material trazada por la Constitución a favor de la ley. En este caso estaríamos ante lo que se llama una «reserva material de ley». En efecto, sin una ley previa que regule el aspecto de la realidad de que se trate, el reglamento no podrá desplegar su virtualidad normativa sobre el mismo pretendiendo suplir a la ley. Se trataría de un reglamento afectado por vicio *ultra vires*. Otro tema es que la Administración facilite la aplicación y ejecución de la ley reglamentándola, llevando así a la ley a sus consecuencias prácticas. *Para tal efecto, y en caso de reserva material de ley, el legislador debe autorizar y obligar, a la vez, a la Administración para que esta proceda a reglamentar la ley mediante reglamento ejecutivo. Ello es así porque se trata de materias privativas de la ley.*
- b) Aun cuando la materia no sea asignada a la ley por la Constitución, si la misma materia es regulada por la ley se produce la llamada doctrina de la «congelación del rango» o reserva formal de ley. Esto es, en el caso de la aplicación de la doctrina de la congelación del rango (también llamada «paralelismo de la forma»), al igual que en el caso de la reserva material, el reglamento no puede regular esa materia de lleno y originariamente, pero en el caso de reserva formal, sí podrá regularla espontáneamente —*ad libitum* en cuanto a la oportunidad— a través de un reglamento ejecutivo dictado para facilitar la aplicación de la misma ley sin transgredirla ni desnaturalizarla. De otro modo, el reglamento estaría lesionando la reserva formal dispuesta por la dación de la ley (Tafur Charun, 2018, p. 68).

García de Enterría y Fernández (2001, p. 247) definen el principio de «congelación del rango» como aquel que «obliga para una nueva norma a darle un rango normativo por lo menos igual al de la norma o normas que pretende sustituir o innovar, y ello en virtud del criterio general de que para dejar sin efecto un acto jurídico se requiere un acto contrario de la misma solemnidad. Regulada una determinada materia por la ley, el rango normativo queda congelado y solo una ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material».

Sobre las reservas formales, Muñoz Machado (2015, pp. 78-79) nos dice que consisten en regulaciones establecidas en normas con rango de ley, que no pueden ser modificadas o sustituidas por normas reglamentarias, no por determinación de la Constitución, sino por determinación de la ley, esto es, porque la ley lo establece o por el simple hecho de la existencia de una ley vigente cuya modificación no puede ser acordada por una norma reglamentaria dado su rango inferior.

Dado todo lo indicado, la reserva material supone una vinculación positiva entre reglamento y ordenamiento. La reserva formal supone, a su vez, una vinculación negativa entre el reglamento y el ordenamiento.

¿Cómo se justifica la reserva material? ¿De qué hablamos cuando hablamos de la necesidad de la reserva material?

Según Tornos Mas (1983), quien denomina a este tipo de reserva como «legal»:

La existencia de una reserva legal parece comportar algo más: la voluntad de garantizar la esfera privada frente a la decisión libre en su contenido del Ejecutivo, la necesidad de mantener el juego minorías-mayorías y también la búsqueda de una colaboración entre las dos fuentes normativas desde el punto de vista de la materia a regular. Por ello hay que dar al principio de reserva legal un valor sustancial, exigiendo en estos casos un contenido normativo a la ley de forma que no baste con que el reglamento esté autorizado, o se dicte en virtud de una ley, sino que desarrolle, complete, el contenido de una ley. (p. 482)

En tal sentido, Gimeno Feliú (1994) cita la sentencia del Tribunal Constitucional español del 24 de julio de 1984 (STC 83/1984) cuando sostiene:

El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. (p. 183)

Bien dice De la Cruz Ferrer (1988):

A la luz de la sentencia citada en el párrafo anterior [...], parece quedar proscrita la posibilidad de reglamentos independientes que, en el ejercicio de la potestad de policía para el mantenimiento del orden público, inciden con su regulación en ámbitos materiales reservados a la ley. Por ello, cualquier normativa reglamentaria, por necesaria que parezca, que incida sobre estas materias deberá disponer de la previa cobertura de una ley que, además, tampoco podrá operar una remisión en blanco. (p. 77)

Así, pues, además de los reglamentos autoorganizativos, los que corresponden a relaciones especiales de sujeción o supremacía y los reglamentos ejecutivos, el Presidente de la República estará plenamente facultado para dictar de modo espontáneo lo que se conoce como reglamentos independientes (*praeter o extra legem*), siempre y cuando se desenvuelva dentro de los límites así precisados, *esto es, que no exista reserva material o formal a favor de la ley*.

Dado lo hasta aquí dicho queda claro, especialmente en el supuesto de reserva formal, que el reglamento independiente es un ocupante precario del escalón que a la ley corresponde. La ley podrá, en cualquier momento, derogar, abrogar (derogación por interpretación) y modificar el reglamento independiente.

Por otra parte, y siguiendo a Sayagués (De Althaus, 1982, 2.2), existe cierta materia (que no integra una reserva material) que puede ser regulada indistintamente por ley o reglamento.

Cuando no se han dictado leyes al respecto, es posible establecer normas mediante reglamentos, dentro de los límites en que estos pueden desenvolverse. En cambio, si existen leyes, la actividad reglamentaria queda reducida o subordinada en todo cuanto ha sido regulado por la ley. (Las cursivas son nuestras)

Lo que plantea Sayagués no es otra cosa que una referencia a la «reserva formal» o «congelación del rango», y también alude al «reglamento independiente». Sin embargo, a lo dicho por Sayagués habría que agregar que el reglamento independiente será inconstitucional cuando pretenda regular un asunto dado que suponga una «reserva material». Cuando estamos frente a una reserva material esta solo puede ser cubierta por el legislador, pues la «fuerza vinculante» del reglamento, por más «independiente» que este sea, no resulta suficiente para cubrir el vacío que podría suscitarse.

Así, el reglamento, llamado «independiente», tendrá una disminuida libertad de configuración dentro de los espacios dejados disponibles previa y materialmente por la ley y que no sean parte del ámbito de materias que corresponde a la reserva material.

Los reglamentos independientes encuentran su positivización en el artículo 118(8) *in fine* de la Constitución. Este artículo preceptúa en su parte pertinente que corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria dictando decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes. El otro extremo del artículo citado se refiere a los reglamentos ejecutivos, los mismos que serán analizados luego.

Hasta aquí nos hemos referido a los reglamentos autónomos e independientes, a continuación, nos ocuparemos de otros tipos de reglamentos, algunos de ellos, estimamos, del todo novedosos.

4. LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Según Muñoz Machado (2015, p. 15), los reglamentos son piezas normativas precisas para que las disposiciones que las leyes contienen, más genéricas y abstractas, puedan ser aplicadas en la práctica. Son, para la ley, imprescindibles e insustituibles porque esa misma función de pormenorización, preparación de la aplicación y desarrollo no la podría llevar a cabo el legislador, unas veces por razones técnicas y otras de medios, pero siempre, además, porque en tal caso cada ley requeriría una elaboración tan detallada de su contenido que la productividad parlamentaria anual descendería, abandonándose la atención a otros objetivos relevantes. Por lo demás, la ley no debe perder sus características de norma general y principal. El proceso de la *legis executio* requiere la concurrencia de otros instrumentos, entre los cuales están los reglamentos, hasta llegar a su aplicación al caso concreto.

El Tribunal Constitucional ha deslindado los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, que de una parte expide el Presidente de la República y, de la otra, los reglamentos «independientes», dictados por el mismo funcionario, los mismos que además de autoorganizar la administración y regular relaciones de sujeción especial son dictados en caso de *lege silente*, siempre y cuando la materia a ser regulada no esté sujeta a reserva material o formal a favor de la ley:

La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. *Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley.* (Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC, f. j. 15) (Las cursivas son nuestras)

Sobre la citada sentencia nos limitamos a precisar que los reglamentos independientes, como se ha visto, no se restringen a regular materia *ad intra* u organizativa o que se refiera a relaciones de sujeción especial. En el marco de la Constitución, los reglamentos independientes pueden regular de modo espontáneo cualquier materia siempre y cuando esta no esté sujeta a reserva material o formal de ley (Tafur Charun, 2018, p. 73).

Es de incidir que en lo que a reglamentos ejecutivos se refiere, mediante ellos se facilita la aplicación de la ley, asimismo la complementan y desarrollan, sin poder en ningún supuesto contravenirla o sustituirla. Desarrollo que —según Fernández (1981)— resulta «complemento indispensable de la norma remitente, entendiendo por tal todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de aquella y solo lo estrictamente indispensable a estos mismos efectos. Ir más allá configuraría un acto *ultra vires*» (p. 54).

El artículo 118(8) de la Constitución en el extremo que se refiere a los reglamentos ejecutivos dispone que corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Según el artículo 8.2.e) de la LOPE, corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones». El artículo 6.1 de la LOPE dispone que es función del Poder Ejecutivo «reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento». El artículo 11.3 de la LOPE preceptúa:

Corresponde al presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

[...]

3. Decretos supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del consejo de ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

El numeral 4 del mismo artículo dispone:

Resoluciones supremas.- Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley.

Cuando corresponda su publicación, *por ser de naturaleza normativa*, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte. (El resaltado es nuestro)

El artículo 13. 2 de la misma ley establece la potestad reglamentaria:

La potestad reglamentaria del presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

[...]

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. *Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.* (Las cursivas son nuestras)

Creemos que al ser la potestad reglamentaria una atribución asignada directamente por la Constitución («poder reglamentario general»), el Presidente de la República podrá dictar reglamentos regulando, de modo residual, cualquier aspecto de la realidad con excepción de aquellas materias que están sujetas a reserva *material* de ley (principio de jerarquía informador - reserva constitucional de Ley) y a reserva *formal* de ley (autorreserva y congelación del rango, en este último tipo de reserva).

Para ejercer, el presidente, la potestad reglamentaria en el caso del primer tipo de reserva legal, esto es, reserva material, requerirá habilitación por parte del legislador *a efectos de dar el reglamento ejecutivo respectivo*, pues queda claro que se trata de aspectos de la realidad que en principio corresponde al legislador, y solo a él, regular. Además de habilitar la regulación de estas materias sujetas a reserva legal y material por parte del Poder Ejecutivo, la habilitación o remisión al reglamento tiene también la virtualidad de forzar o crear la obligación a cargo del Poder Ejecutivo, de reglamentar la ley de que se trate. No hay lugar a omisiones. Como hemos visto, distinto es el caso de la reserva formal, pues esta se configurará cuando no se trate de materias que han sido atribuidas constitucionalmente en exclusiva al legislador, existiendo por tanto un ámbito de materias que bien puede ser cubierto por el legislador configurándose así una auténtica «reserva formal» que mal podría ser vulnerada por la Administración. Ello no quita que de suscitarse una *lege silente* en el ámbito que no es parte de la reserva material, pueda la Administración dictar un reglamento independiente. En suma, cuando se dé un escenario en que una materia no es objeto de «reserva material» ni «reserva formal», lo cual es factible, la Administración podrá desplegar *ad libitum* toda su capacidad normativa.

Y es que, de otro lado, no basta que el legislador se limite a esbozar la materia de que se trate sin ir más allá de meras enunciaciones o estableciendo una diminuta virtualidad reguladora. Esto es, que el legislador se restrinja a desplegar su regulación haciendo en la práctica un «endoso en blanco»

a la Administración para activar la potestad reglamentaria de esta, esto es, un endoso con nula o casi nula densidad normativa.

Muñoz Machado (2015) refiere:

La Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1997 que recoge toda la doctrina sobre esta materia [...] afirma que la llamada de la ley al reglamento para que entre a normar aspectos de desarrollo o complementarios «no significa una cobertura legitimadora de todo lo que disponga aquel en dicha materia, al tratarse de una norma complementaria en un doble sentido: *de una parte, habrá de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla, y por otra parte no podrá incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior*». (p. 114) (Las cursivas son nuestras)

Es de precisar que las entidades territoriales también tienen a su disposición la dación de reglamentos ejecutivos.

El artículo 42 de la LOM preceptúa:

Los decretos de alcaldía *establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas*, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal. (Las cursivas son nuestras)

Según el artículo 40 de la LOGR, *los decretos regionales establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales*, sancionan los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano.

La relación entre todos estos reglamentos ejecutivos y que son a la vez *secundum legem* ha de estar regida por el principio de competencia. Este principio permite decidir sobre la validez y la aplicabilidad de las normas sin consideraciones sobre su rango, sino atendiendo a la materia que regulan y las atribuciones que el ordenamiento ha conferido al poder autor de la norma. Queda claro, sin embargo, que a efectos de que se configure esta relación competencial, los decretos de orden territorial han de versar sobre la gestión de los intereses respectivos de la entidad territorial de que se trate. No olvidar que tanto las ordenanzas regionales como las ordenanzas municipales tienen rango de ley (Muñoz Machado, 2015, p. 215).

Para terminar este epígrafe, es de precisar que las reglas sobre «reserva material» y «reserva formal» no se aplican del todo a los reglamentos autoorganizativos, a los que regulan relaciones de sujeción especial y, en general, a todos aquellos reglamentos que de uno u otro modo constituyen normativa *ad intra*.

5. REGLAMENTOS AUTOORGANIZATIVOS

Entendemos por reglamentos autoorganizativos aquellos productos normativos de carácter general que da la Administración y que regulan aspectos internos de la misma (*ad intra*) a efectos de así habilitarse y equiparse para la consecución de los fines de interés general que le han sido trazados por el ordenamiento jurídico. Entre las materias que son reguladas por los reglamentos autoorganizativos hallamos planeamiento, presupuesto, contabilidad, organización, recursos humanos, sistemas de información y comunicación, asesoría jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, servicios no dependientes, informes especializados, opiniones y valoraciones técnicas, activos, compras administrativas, apoyo logístico, funciones disciplinarias, administración de sus bienes.

Los reglamentos autoorganizativos generalmente toman la forma de circulares, instrucciones o directivas, pero se deslindan de modo nítido, como luego veremos, de las circulares y directivas que dan el BCR, la SBSAFP o la CGR.

Queda claro que estos reglamentos domésticos no pueden afectar a terceros ni directamente constituir *normae agendi* para el común de ciudadanos o administrados, salvo relaciones de sujeción especial. Debido a esto, algunos autores le niegan el carácter de «jurídico» a estos reglamentos.

No estamos de acuerdo con esta posición. Creemos que al tratarse de reglamentos meramente organizativos no quita que estemos frente a un producto normativo jurídico, de carácter general, ordinamental y susceptible de ser aplicado una infinidad de veces. El reglamento autoorganizativo, dentro de su ámbito de actuación, se comporta como cualquier otro reglamento dado para cumplir fines públicos de interés general, en este caso, las líneas organizativas.

De otra parte, es relativo que los reglamentos domésticos no surtan efectos fuera del ámbito interno de la Administración Pública de que se trate, y ello no supone razón suficiente para negarle su naturaleza jurídica.

Y esto no es todo. Podemos afirmar que el ámbito exclusivamente *ad intra* de los reglamentos bajo estudio es relativo. Ponemos como ejemplo el artículo VII, Función de las disposiciones generales, de la LPAG, el cual dispone: «3. Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones [léase reglamentos autoorganizativos] *en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados*» (las cursivas son nuestras).

En la LOPE tenemos una serie de dispositivos relativos a reglamentos autoorganizativos. He aquí algunos:

Artículo 3.- «Normas generales de organización

En su organización interna, toda entidad del Poder Ejecutivo aplica las siguientes normas:

1. Las normas de organización y funciones distinguen aquellas que son sustantivas de cada entidad de aquellas que son de administración interna; y establecen la relación jerárquica de autoridad, responsabilidad y subordinación que existe entre las unidades u órganos de trabajo.

[...]

3. Son funciones de la administración interna las relacionadas con actividades tales como planeamiento, presupuesto, contabilidad, organización, recursos humanos, sistemas de información y comunicación, asesoría jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, entre otras. Los reglamentos especifican las características de cada función, su responsable y la proporción de recursos humanos asignados.

4. Las funciones de administración interna se ejercen en apoyo al cumplimiento de las funciones sustantivas. Están referidas a la utilización eficiente de los medios y recursos materiales, económicos y humanos que sean asignados.

5. Todas las entidades del Poder Ejecutivo deben contar con documentos de gestión que cumplan estos criterios».

Artículo 9.- «Del despacho presidencial

[...] El Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial determina las funciones generales, estructura orgánica, así como las relaciones entre los órganos que lo integran y su vinculación con las entidades públicas y privadas. Debe ser aprobado mediante decreto su premo con el voto aprobatorio del consejo de ministros».

Estamos, pues, frente a una normativa vinculada con los sistemas administrativos. Así, por ejemplo, tenemos el sistema de presupuesto, el sistema de planificación, el sistema de tesorería, el sistema de contabilidad, el sistema de abastecimiento y el sistema de personal.

Dicho todo esto, cabe preguntarse si en el derecho objetivo peruano existe una auténtica zona de «reserva de la administración», aun cuando, aludiendo al derecho argentino, entre los autores que

han propuesto la existencia de una zona de «reserva de la administración» se encuentra Marienhoff. Según este autor argentino (Marienhoff, 1983, p. 120), los reglamentos autónomos o constitucionales son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias que, por mandato constitucional, son de su exclusiva competencia. Estas materias son las que integran la «reserva de la administración». Entre estas materias se encuentran otras de similar sustancia, la organización de la administración, estatutos referentes al personal civil de la administración.

Nuestra posición.

En efecto, Marienhoff sostiene la existencia de una zona de «reserva de la administración» otorgada por la Constitución al Poder Ejecutivo que configura un ámbito competencial para regular mediante decreto una pluralidad de materias notablemente, de naturaleza administrativa e interna. Pero es de incidir, siguiendo a Marienhoff, que no es por la naturaleza de estas materias, *per se*, que se origina la «reserva de la administración». La razón para ello es que estas materias han de ser, por mandato constitucional, reguladas por el Poder Ejecutivo a través de decretos, esto es, reglamentos autónomos. Decretos cuyo ámbito de competencia no puede ser invadido por la ley aun cuando esta forma normativa esté dotada de mayor jerarquía. Existe, si se quiere, una reserva material en favor de la Administración.

En el derecho objetivo nacional no existen los reglamentos autónomos. Y en cuanto a los reglamentos independientes estos ocupan precariamente el escalón de la ley. Ello nos lleva a plantear, provisionalmente, que en nuestro derecho objetivo no existe una zona de «reserva de la administración». De no mediar la reserva constitucional a favor de la Administración, el legislador estará inclusive perfectamente habilitado para regular aspectos que se refieren a la organización interna de aquella.

Pero existen excepciones. Excepciones relativas, pero excepciones al fin.

Así las cosas, de acuerdo al artículo 118(20) de la carta de 1993 las únicas materias que el Presidente de la República puede reglamentar de modo auténticamente autónomo son las tarifas arancelarias.

También ya hemos visto cómo el artículo 9 de la LOPE dispone que el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial debe ser aprobado por decreto supremo. De igual manera, artículo 24 de la LOPE establece: «El Reglamento de Organización y Funciones establece la estructura orgánica de los Ministerios y las funciones y atribuciones de sus órganos. *Se aprueba mediante decreto supremo*, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros» (las cursivas son nuestras).

En tal sentido, diremos que la LOPE es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad y que en tal virtud agota el ejercicio de las funciones de diseño de fuentes y «competencias de las competencias», enunciadas por la Constitución. En tal escenario, la LOPE cumple una función constitucional en virtud de la cual termina, bajo la preeminencia de la Constitución y los principios generales que esta inspira, ocupando una posición de preeminencia material.

Dado lo indicado, se puede sostener válidamente que existe una zona de «reserva de la administración» en lo que se refiere a materia organizativa, al menos en el caso del Poder Ejecutivo. De este modo, se puede citar el artículo 46 de la LOPE, que establece:

En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los sistemas administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Esta disposición no afecta la autonomía de los organismos constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas leyes orgánicas.

Pero es de indicar también que esta reserva tiene su origen en una ley integrante del bloque de constitucionalidad y no en la Constitución misma. En tal sentido, la «reserva de la administración»

dispuesta por el aludido bloque tendrá menos «fuerza pasiva» o rigidez que cuando es la Constitución misma la que otorga tal reserva.

Aun cuando no estamos del todo de acuerdo, no deseamos terminar este epígrafe sin poner de relieve las siguientes palabras de Muñoz Machado (2015):

Las instrucciones, circulares y otros comunicados internos, que se elaboran de forma articulada, pero que son instrumentos que, ordinariamente, no pueden tener carácter normativo y sirven para organizar las dependencias administrativas y su actividad y, además, no se aprueban en ejercicio de una potestad reglamentaria sino de las atribuciones jerárquicas que pertenecen a los órganos superiores de la Administración. (p. 16)

Más adelante este autor sostiene:

Las competencias normativas de otros órganos menores, como las direcciones generales, son mucho más excepcionales. Estos órganos están facultados para dictar instrucciones y órdenes de servicio, que ordinariamente no tienen contenido normativo, sino que su función es «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. (Muñoz Machado, 2015, p. 121)

6. REGLAMENTOS QUE APRUEBAN POLÍTICAS NACIONALES SECTORIALES

Según el artículo 4 de la LOPE:

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno. Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno. Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. *Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del consejo de ministros.* (Las cursivas son nuestras)

Aun cuando hemos aludido a este asunto en otro lugar (Tafur Charun, 2018, pp. 185-201) y en el artículo intitulado «La importancia de la cláusula de prevalencia en el Estado unitario y descentralizado (El caso del ordenamiento constitucional peruano)» (publicado en la página web del Estudio Mario Castillo Freyre) nos permitimos reiterarlo, pues es objetivo del presente epígrafe, en la medida de lo posible, definir cómo se relacionan los decretos supremos (*secundum legem*) que contienen las políticas nacionales y sectoriales, y las ordenanzas territoriales (*praeter legem*) que desarrollan *armónicamente* tales políticas nacionales y sectoriales adecuándolas a sus realidades, peculiaridades e intereses respectivos. Bien podríamos plantear una relación basada, en caso de conflicto, en la cláusula de prevalencia (reiteramos, no jerárquica) a favor del Gobierno nacional. Pero ahí no se agotan las posibilidades, pues los planes y políticas, en tanto fuentes de derecho, configuran un supuesto muy especial de relación internormativa.

Esta figura, donde prevalece el decreto supremo (reglamento) sobre la ordenanza (ley), encuentra su racionalidad en lo que afirma Albertí Rovira (1986) al señalar que debe convenirse que «resulta irrelevante la calificación unilateral que el Estado haga de los actos emanados en el ejercicio de su competencia, la *forma* que estos adopten, pues en todo momento habrán de responder a la *función material* que le reserva la Constitución» (p. 144) (las cursivas son nuestras).

Entendemos que las competencias se distribuyen tomando como base las realidades y los respectivos fines de interés de cada instancia así como en general, sus peculiaridades («derecho a una política propia», diría García de Enterría). Recogiendo ello como fundamento, se puede afirmar que los planes y políticas nacionales y sectoriales deberían ser formulados teniendo como sustento el «interés general superior» y nada más (núcleo duro normativo). No deberían ir más allá (ámbito material de impotencia). El mandato contenido en el artículo 10.2 de la LBD es nítido: «Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales» (las cursivas son nuestras).

Y cuando hablamos de la relación internormativa entre políticas no nos referimos al ejercicio de competencias exclusivas, compartidas o delegadas, que son recogidas por el ordenamiento jurídico. Aludimos, más bien, a la idea de *conurrencia*. La idea de conurrencia supone que dos instancias (distintos ordenamientos) regulen la misma materia, dentro de su respectivo ámbito de competencias, pero ejerciendo diversas funciones específicas cuyo despliegue supone un ejercicio exclusivo. El ejercicio de las competencias por cada instancia estará sujeto al respeto que deben guardar por el ámbito competencial o función específica exclusiva que a la otra parte corresponden.

En otras palabras, según Salas (1983, pp. 446-447) se entiende por competencias concurrentes, en sentido preciso, aquellas potestades de distinto tipo, atribuidas a dos o más sujetos diversos que se proyectan sobre una misma parcela o sector de una materia o fase de un procedimiento, pero de modo no simultáneo.

Son de citar los siguientes preceptos nacionales de nivel legislativo que en alguna medida podrían legitimar la incardinación del derecho nacional sobre el territorial en lo que se refiere a políticas nacionales sectoriales.

Artículo 11.1 de la Ley de Bases de la Descentralización: «La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, *se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República*» (las cursivas son nuestras).

Artículo 8.11 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales: «Concordancia de las políticas regionales.- Las políticas de los gobiernos regionales *guardan concordancia con las políticas nacionales de Estados*» (las cursivas son nuestras).

Artículo 32 de la misma ley orgánica: «La gestión de Gobierno Regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, así como el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Regional, *aprobados de conformidad con políticas nacionales y en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente*» (las cursivas son nuestras).

Artículo II, *in fine* de la Ley Orgánica de Municipalidades: «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, *con sujeción al ordenamiento jurídico*» (las cursivas son nuestras).

Artículo 38, *ab initio*, de la misma ley orgánica: «El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, *de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional*» (todas las cursivas son nuestras) (las cursivas son nuestras).

Pero, finalmente, se debe tener siempre en cuenta que el decreto supremo de que se trate y que aprueba políticas nacionales sectoriales debe aludir solamente a eso que se ha llamado núcleo sólido, esto es que responda al interés general superior. La competencia de tal decreto supremo se activaría cuando la misma verse sobre un ámbito material con la finalidad de obtener la consecución y realización del interés superior que concretiza el Gobierno nacional.

7. LOS REGLAMENTOS «MEDIDA»

Una definición «medidas» es la que proveen García de Enterría y Fernández (2001) cuando sostienen:

Estas leyes o normas escritas, ya lo hemos visto, han dejado de ser un precepto orientado a definir una justicia abstracta para convertirse en una voluntad ordenada a un fin político concreto, a una conformación política determinada. Esos fines políticos expresan o deben expresar verdaderas necesidades públicas (industrializar o desarrollar una región deprimida, por ejemplo, aumentar o disminuir el gasto público para levantar la onda baja del ciclo económico o reducir la inflación, promover la inversión; en general, atender a «dos principios rectores de la política social y económica» que la Constitución impone) [...]. Y en ese sentido se legitiman como determinaciones públicas y como contenidos de una norma; pero al convertirse tales fines en instrumento inmediato de esta, la norma no se propone ya otra cosa que el resultado político que se intenta conseguir, haciendo abstracción de todos los problemas de justicia que para llegar a tal resultado final han de plantearse necesariamente. (p. 85)

Por nuestra parte, nosotros definiremos los «reglamentos jurídicos medida» como actos concretos o líneas de acción, traducidos en normas de inmediata y singular aplicación, adoptadas por la Administración, con la finalidad, adecuada, valiosa y tutelada por el interés público y el ordenamiento, de enfrentar y solucionar o mitigar los efectos nocivos generados por situaciones o circunstancias singulares, emergentes, concretas y determinadas. No es problema admitir que las «medidas» configuran auténticas normas por reacción. Dado ello, tampoco es problema advertir el substrato quirúrgico de las «medidas». También es cierto que las medidas deben ser proporcionales y razonables en relación con el medio empleado y el fin público perseguido (Tafur Charun, 2023).

El BCR y la SBSAFP son administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y funcional con competencias de orden económico financiero, y como se señala, detentan atribuciones tales como regulación del sistema monetario, regulación del crédito, banca, seguros, pensiones y regulación del sistema financiero, materia presupuestal.

En el presente epígrafe nos referiremos a la capacidad de estas administraciones de dar «medidas», pues es que así lo demanda su ámbito de competencias y la autonomía que les ha sido otorgada al más alto nivel del supraordenamiento. En tal sentido, reiteramos, ello es lo que les posibilita la dación de reglamentos en muchos casos de carácter *ad extra* que no revisten, en muchos casos, otra naturaleza que no sea la de medidas.

Dadas las especiales funciones y finalidades de tales administraciones, estas detentan una especial importancia y resultan manifiestas para relieves las características y operatividad de sus reglamentos. Así, pues, dentro del diseño de Estado complejo y descentralizado realizado por la Constitución, y agotado por el bloque de constitucionalidad, hallamos una pluralidad de instituciones que en rigor constituyen administraciones públicas al detentar todas ellas personalidad jurídica y autonomía, y al estar destinadas a la consecución de determinados fines públicos de interés nacional dispuestos por el ordenamiento. Tanto el BCR como la SBSAFP, entre otros, detentan el atributo de personalidad jurídica y de autonomía administrativa otorgados por el supraordenamiento y, asimismo, la asignada tarea de guiar toda su actuación hacia la consecución de los fines de interés público y nacional que les corresponde, además de la detentación de exorbitancias. Todo ello hace de estas administraciones auténticos sujetos de derecho (Tafur Charun, 2023). Siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, p. 34), señalamos que las administraciones públicas no son otra cosa que personas jurídicas capaces de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de responder por sus actos públicos ilícitos. Las administraciones públicas, siempre, en tanto personas jurídicas autónomas, se encuentran sujetas, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que las mismas también contribuyen a formar a través de la dación de sus propios reglamentos. Administraciones públicas, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines públicos de interés general y nacional dispuestos por el ordenamiento, y para cuyo efecto detentan privilegios, prerrogativas o exorbitancias.

En cuanto a la incardinación en el ordenamiento de estas «medidas» diremos, siguiendo a Muñoz Machado (2015:61), que es inadecuado explicar las relaciones entre la ley y el reglamento con criterios monolíticos y uniformes sin considerar que una de las características de los sistemas constitucionales actuales es, precisamente, la ruptura del modelo reglamentario tradicional alimentada por la aparición de algunas formas reglamentarias que no se someten exactamente a la disciplina del régimen común. Destacan como ejemplo los reglamentos de los órganos constitucionales.

Así, por ejemplo y según la Constitución, «la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones, de otra parte, son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica». Ello es reiterado por la LOBCR cuando la misma establece: «La finalidad del banco es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas». Así, según el artículo 24 de la LOBCR, son atribuciones y deberes del directorio: a) formular la política monetaria, en concordancia con la finalidad del banco, y aprobar las regulaciones necesarias para su ejecución; b) modificar los requisitos del encaje adicional de las entidades del sistema financiero; c) fijar, reglamentar tasas de interés y el índice de reajuste de deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos, con exclusión de las entidades del sistema financiero. Conforme al artículo 51, el banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero. Las mencionadas tasas, así como el índice de reajuste de deudas y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema deben guardar relación con las tasas de interés prevaletientes en las entidades del sistema financiero. Además, es de precisar que los artículos 1243, 1244 y 1324 del Código Civil regulan las materias privativas del BCR en lo que se refiere a la fijación de las tasas de interés. Resulta nítido, así, que los aludidos artículos del Código Civil forman también parte integrante, en términos materiales, del Bloque de la constitucionalidad (Tafur Charun, 2023).

El típico ejemplo de una «medida» sería, como ya se indicó, el manejo del encaje bancario o el establecimiento de tasas máximas de interés, a cargo del BCR, y mediante la dación de circulares («medidas normativas de política económica»). Así, conforme indican los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001), al regular el BCR la tasa de interés —dado que tal regulación es un instrumento de política monetaria—, puede incentivar u orientar el ahorro y la inversión, incrementar la productividad del capital o contrarrestar las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores. También es un buen ejemplo de «medidas» la regulación de las tasas de interés preferencial por el BCR. Al respecto, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001) definen las tasas de interés preferencial indicando:

Son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía y tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores a los que se considere rezagados dentro del contexto global nacional. (p. 193)

Así, en cuanto a la potestad reglamentaria de la SBSAFP, esta se manifiesta bajo la forma normativa de «circulares» y «resoluciones». Son materia de las circulares y resoluciones, verbigracia, fijar los límites de concentración de cartera y los límites operativos; aplicar límites individuales bajo el criterio de riesgo único; aplicación de los límites al financiamiento de empresas del exterior; aplicación de límites a los financiamientos a personas vinculadas; aplicación de límites de créditos a directores y trabajadores; actualización del monto máximo de cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos; aplicación de la sustitución de contraparte crediticia; actualización de lista de bancos de primera categoría; información sobre comisiones y honorarios que deberán presentar corredores y auxiliares de seguros-personas naturales. En rigor, no estamos ante reglamentos ejecutivos. Estas normas materia de circulares y resoluciones apuntan más a ser «medidas» (Tafur Charun, 2023).

Además de los mandatos constitucionales, respaldamos estos asertos citando las siguientes normas: artículo 3 de la LOBCR: «El Banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus Estatutos»;

Artículo 346 de la LOSBS:

Autonomía y ámbito de competencia de la superintendencia. La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones. *Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia.* (Las cursivas son nuestras)

Se podrá constatar, asimismo, que varias de las competencias citadas, en principio, no constituyen la dación de normas abstractas. De este modo, fijar el encaje, fijar el índice de reajuste de deudas, la fijación de las tasas de interés refleja, más bien, en muchos casos, lo que conocemos como «medidas» (Tafur Charun, 2023).

8. ORGANISMOS REGULADORES

Sobre los organismos reguladores baste decir que no estuvieron en la mente del constituyente de 1993. No obstante ello, ya desde inicios de la década de los noventa del siglo pasado se había puesto en marcha una reforma integral a efectos de desregular y liberalizar la economía y con ello privatizar servicios públicos, activos y negocios en marcha. *Grosso modo*, una intensa «despublicación». Es así como surge la necesidad de crear «agencias», esto es, organismos reguladores, para evitar distorsiones y otras imperfecciones en el mercado que podrían agravar la eficiencia, el adecuado funcionamiento del mismo y, con ello, la libre competencia. El mercado falla.

Con todo, si algo podemos aportar a este tema que resulta siendo de la mayor importancia, y sobre el cual ya han corrido ríos de tinta, es citar a Muñoz Machado (2015, p. 161) cuando afirma que, se puede sostener que los poderes normativos de las comisiones independientes se justifican normalmente por la especialización técnica que dichas comisiones tienen y por las singularidades que presentan los mercados o sectores cuya regulación les está encomendada. No tendría sentido, por tanto, que sus atribuciones normativas quedaran constreñidas a la ejecución de la ley. Por ello, el poder normativo que asigna la ley a las comisiones independientes no es nunca de simple desarrollo de sus preceptos, sino que consiste en una habilitación para dictar normas que permitan la regulación del sector en que aquéllas intervienen. Luego, el mismo autor agrega (2015, p. 163) que en algunos aspectos, las regulaciones establecidas por aquellas administraciones se incardinan también, desde luego, en el marco de relaciones especiales de sujeción; por ejemplo, cuando se refieren a empresas que actúan habilitadas por licencias o autorizaciones administrativas específicas. Pero, con carácter general, el reforzamiento de la legitimidad de estas potestades administrativas, que se otorgan reconociendo un amplio margen de discrecionalidad a las agencias reguladoras, encuentran un punto de apoyo esencial en el principio democrático.

9. REFERENCIAS

- Albertí Rovira, E. (Septiembre-diciembre 1986). Leyes medidas y distribución de competencia: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18), pp. 141-162.
- Carré de Malberg, R. (1948). *Teoría general del Estado*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- De Althaus, M. (1982). *Materiales de enseñanza de derecho administrativo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Cruz Ferrer, J. (Mayo-agosto 1988). Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (116), pp. 65-105.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235811988116065.pdf>

- Fernández, T. (1981). *Leyes orgánicas y el bloque de la Constitución*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1959). La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (30), pp. 131-166.
- García de Enterría, E. (Enero-abril 1981). La posición del Tribunal Constitucional. Posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1), pp. 35-131.
- García de Enterría, E. (1997). La democracia y el lugar de la ley. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), pp. 79-95.
- García de Enterría, E. (2004). *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gimeno Feliú, J. (Septiembre-diciembre 1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas del sector público en actividades económicas. *Revista de Administración Pública*, (135), pp. 149-211.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (Mayo-agosto, 1987). Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. *Revista de Administración Pública*, (113), pp. 7-38.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2007). La reforma del Tribunal Constitucional. *Revista de Administración Pública*, (174), 2007, pp. 75-111.
- González Salinas, J. (1990). Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. *Revista de administración pública*, (121), pp. 159-211.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236751990121159.pdf>
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*. [Tomo VII: El reglamento]. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (Marzo de 2001). «Consideraciones generales acerca del pago de intereses». *Advocatus, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, (4), pp. 171-199. <https://castillofreyre.com/articulos/consideraciones-generales-acerca-del-pago-de-intereses-2/>
- Pérez Royo, J. (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Rivero Ortega, R. (1998). Igualdad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (146), pp. 85-128.
- Rubio Llorente, F. (Enero-diciembre 1983). Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 417-432.
- Salas, J. (Enero-diciembre 1983). Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 433-452.
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Tafur Charun, E. (2020). La importancia de la cláusula de prevalencia en el Estado unitario y descentralizado (El caso del ordenamiento constitucional peruano). *Estudio Castillo Freyre, Artículos*.

- <https://castillofreyre.com/articulos/la-importancia-de-la-clausula-de-prevalencia-en-el-estado-unitario-y-descentralizado-el-caso-del-ordenamiento-constitucional-peruano/>
- Tafur Charun, E. (2023). De los decretos de urgencia en general. *Estudio Castillo Freyre, Artículos*. <https://castillofreyre.com/articulos/de-los-decretos-de-urgencia-en-general/>
- Tornos Mas, J. (Enero-diciembre 1983). La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 471-507.
- Villegas Basavilbaso, B. (1950). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY

Sumario: 1. Nociones previas.— 2. El dogma del concepto unitario de la ley.— 3. La pluralidad de fuentes normativas formales con valor de Ley y la idea de competencia.— 4. La función constitucional.— 5. Colofón.— 6. Referencias.

«Y yo me hice en tangos porque
Porque el tango es macho
Porque el tango es fuerte
Tiene olor a vida
Tiene gusto a muerte
Porque quise mucho
Y porque me engañaron
Y pasé la vida masticando sueños
Porque soy un árbol que nunca dio frutos
Porque soy un perro que no tiene dueño
Porque tengo odios que nunca los digo
Porque cuando quiero, ja
Porque cuando quiero me desangro en besos
Porque quise mucho y no me han querido
Por eso canto tan triste, ¡por eso!»
La cumparsita / Julio Sosa

1. NOCIONES PREVIAS

El profesor García Toma (2015) señala que la Constitución deviene en el «fundamento de todas las fuentes de derecho» (p. 27). Por tal motivo es la que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes. El mismo autor agrega:

La Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica, atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos, así como asignando un valor específico a las normas creadas por estos. Es decir, es la *norma normarum* del ordenamiento jurídico, *aunque no todas las disposiciones sobre la producción jurídica están contenidas en ella.* (p. 27)
(El énfasis es nuestro)

De otro lado, es de indicar que la Constitución, además de ser fuente de «fuentes», es también «competencia de las competencias». En ambos casos existe lo que se denomina una «reserva constitucional». Esto es, la Constitución distribuye y asigna el acervo de competencias entre las instituciones públicas dotadas de autonomía («ordenamientos jurídicos»). Acervo de competencias o materias dentro de las cuales estas instituciones, diseñadas por la Constitución, pueden desplegar, con determinado grado de libertad, el diseño normativo de sus políticas a través de fuentes privativas e igualmente diseñadas primariamente por la Constitución.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a este tema sosteniendo:

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal. [...] El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de derecho y como fuente de fuentes. Si bien este colegiado le ha reconocido a la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante [...].

El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. *Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción.* (Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 15) (El énfasis es nuestro)

En la misma sentencia, el alto tribunal ha precisado:

[La Constitución] ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; *además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.*

En efecto, la Constitución no solo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución). (Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 11) (El énfasis es nuestro)

Como bien anota el jurista español Pérez Royo (1985):

[...] Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia. (p. 27)

Sobre esta función constitucional, García de Enterría (1983) sostiene:

Por eso, en la doctrina alemana, ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la «competencia de las competencias» (*kompetenz-kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados [...], el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas potestades normativas. (pp. 221-222)

No obstante todo lo que hasta aquí se ha dicho e insinuado, la norma constitucional no agota de una sola vez el reparto de competencias y los fines que estas pueden perseguir así como el diseño de fuentes al interior del sistema. Es por ello que resulta indispensable que el legislador, generalmente orgánico, agote dicho reparto competencial y diseño de fuentes *en virtud de expresos remisos normativos dispuestos por el constituyente.* Producto de todo esto es el establecimiento de un bloque de normas, materialmente constitucionales (bloque de constitucionalidad), al que el Tribunal Constitucional ha de recurrir «para apreciar la validez constitucional de las normas» (artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional).

Siguiendo al autor español Gómez-Ferrer Morant (1987), «nos encontramos, pues, que cuando diferentes leyes orgánicas previstas en la Constitución inciden en la distribución territorial del poder, *es la propia Constitución la que fija su posición relativa de acuerdo con la función que cumplen en el sistema jurídico*» (p. 22) (el énfasis es nuestro).

Por nuestra parte, diremos que la función de estas leyes de agotar la distribución de competencias, establecer los fines que las mismas pueden perseguir y con todo ello la de agotar también el diseño de fuentes, no puede detentar otra naturaleza que no sea la «constitucional». De ahí la noción de *remisión expresa* por parte de la Constitución a que se refiere el artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, es legítimo preguntarse cómo se incardinan estas leyes en el ordenamiento jurídico; qué supone la primacía y superioridad que las termina ubicando en una posición prominente en el ordenamiento jurídico y notablemente qué efectos tiene esto en el desenvolvimiento del tráfico jurídico; qué jerarquía detentan; cómo se relacionan con otras leyes o normas también primarias cualquiera que fuere su jerarquía; cuál es su fuerza activa; cuál su fuerza pasiva. Y, fundamentalmente, qué papel juegan estas leyes cuando se cuestiona la constitucionalidad de otra norma con valor de ley, claro está, en materia competencial.

Volveremos sobre este tema, pues previamente haremos una breve reseña histórica sobre la evolución del concepto de Ley lo que es de suma utilidad para el desarrollo del tema principal de que trata este texto, esto es, las leyes que cumplen una función constitucional.

2. EL DOGMA DEL CONCEPTO UNITARIO DE LA LEY

Según Muñoz Machado (2015):

El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, es el texto que mejor expresa la significación central de la ley en el entonces nuevo sistema constitucional: «La ley —dice— es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege, como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos. (pp. 18-19)

Para Gómez-Ferrer Morant (1987):

La concepción roussoniana de la Ley, como expresión de la voluntad general, le otorga un alcance potencialmente ilimitado, en la medida en que identificaba la voluntad general con la expresión de la soberanía, de alcance ilimitado, y el producto de la voluntad con la razón. De esta forma la Ley se concebía como un instrumento en defensa de la libertad y de la igualdad. (p. 10)

Por su parte, Muñoz Machado (2015) indica:

El concepto de ley se identificaba con el de derecho, en cuanto que no se reconocían en el Estado otros centros de producción de normas. No se atribuye en el primer periodo constitucional ninguna clase de potestad reglamentaria a la administración del Estado, ni se establecen tampoco entidades territoriales descentralizadas que tengan reconocidas potestades normativas [...]. Rige, por tanto, de modo absoluto, la unidad de la ley. La inexistencia de otra clase de normas en el ordenamiento se completa con la negación de cualquier valor normativo a la jurisprudencia (se excluye, incluso, la facultad de interpretar las leyes, estableciéndose, a efectos de disponer las aclaraciones que aquellas necesiten, la institución del *référé législatif*), y también con la equiparación real entre la Constitución y la ley. (p. 12)

Luego, el mismo Muñoz Machado (2015) agrega:

La ley, expresión de la voluntad general, se convierte en el centro de todo el sistema constitucional, en la norma de más prestigio, y en la garantía de la libertad [...]. Además la ley es el instrumento puesto a disposición del Estado para que lleve a cabo el gran objetivo revolucionario de transformar la sociedad y las instituciones del Antiguo Régimen. Es la herramienta que debe producir el extraordinario efecto de transformar una sociedad estamental y no igualitaria en otra radicalmente distinta en la que reine el principio de igualdad. [...] La ley general que monopoliza la totalidad de la función normativa del Estado es, en correspondencia lógica con esta característica, omnipotente o absoluta en cuanto que no existe ningún ámbito material que esté excluido de su dominio. (pp. 20-22)

Más aun, Muñoz Machado (2015) sostiene:

Una nota esencial de la dogmática de la ley que impone el constitucionalismo revolucionario y que se afirma progresivamente a lo largo de los siglos XIX y XX, es, como ya nos consta, que la

ley es expresión de la voluntad general. Es la realización del principio democrático, según el cual, son los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que expresan en la Asamblea legislativa sus opiniones y adoptan las decisiones fundamentales. La configuración de la ley como expresión de la voluntad general, se recoge por primera vez en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, según hemos recordado. En el pensamiento de Rousseau esa voluntad general es el simple sumatorio o acumulación de voluntades individuales de los ciudadanos donde reside la soberanía. (p. 33)

García de Enterría (1981) grafica bien este momento histórico de supremacía absoluta de la Ley, señalando:

En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (La «Convención», expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que este procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribió resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea [...]. (p. 35)

Sin embargo, Muñoz Machado (2015) sostiene:

En la inmensa mayoría de las exposiciones doctrinales sobre la ley se usa para definirla un compendio de ideas y nociones que tienen raíces históricas perfectamente *identificables pero que resultan radicalmente insuficientes para caracterizarla en la actualidad*. Dominan en la teoría de la ley su consideración como norma general y abstracta, dictada por el Parlamento u órgano que tenga atribuida la potestad legislativa, caracterizada por ser superior a todas las demás normas, por ser irresistible y poder regular cualquier materia o asunto que el legislador decida. (p. 12) (El énfasis es nuestro)

Nuestro autor agrega:

[...] la concepción unitaria de la ley es absoluta. Ley y derecho son conceptos equivalentes; incluso como la única clase de ley que se concibe en el periodo revolucionario es aquella norma clara, bien redactada, sistemática y ordenada de que habían hablado los filósofos, también el concepto de ley se unifica con el de Código. (p. 12)

Se habrá de notar que en tiempos del dogma del concepto unitario de la Ley resultaba del todo idónea la vigencia de términos como «valor de Ley», «rango de Ley» y «fuerza de Ley». Volveremos sobre este tema.

Hoy en día resulta del todo insuficiente ensayar una visión unitaria que relieve la supremacía absoluta de la Ley parlamentaria. *Como bien anota Muñoz Machado, ello resulta radicalmente insuficiente para caracterizar y definir a la Ley en la actualidad.*

Cabe la pregunta, ¿a qué obedece esa notable insuficiencia?

A efectos de absolver esta pregunta recurriremos al derecho patrio sin perjuicio que cuando sea necesario se «aplique» también el derecho comparado.

3. LA PLURALIDAD DE FUENTES NORMATIVAS FORMALES CON VALOR DE LEY Y LA IDEA DE COMPETENCIA

Una de las novedades de mayor importancia aportadas por la carta de 1993 es el diseño que la misma lleva a cabo de una pluralidad de instituciones a las que dota de autonomía —algunas de ellas de naturaleza territorial y substrato político— con capacidad consecuentemente de generar normatividad jurídica, detentoras de competencias y materias propias y, asimismo, nítidamente deslindadas de los

poderes estatales clásicos. Esto se reforzará con la reforma constitucional de 2002 la misma que termina por definir el diseño de un Estado realmente descentralizado y, en consecuencia, de naturaleza compleja.

Es de precisar que la derogada carta de 1979 supuso también, aunque de manera algo tímida, la construcción de un Estado complejo. Aun así, fue un importante avance, pues, dados los antecedentes, la dación de esta carta importó en concepto del profesor García Belaunde, el estallido en mil pedazos del esquema triádico de Estado ante la aparición de una pluralidad de auténticos órganos e instituciones constitucionales. Lamentablemente, debido a estrictas razones políticas que desde nuestro punto de vista no guardaban relación con el texto constitucional, este último terminó siendo un chivo expiatorio, *culpable* de la sucesión de impasses interorgánicos que se dieron y que originaron, a la postre, el golpe de Estado de abril de 1992 y con él, la dación de la Constitución de 1993 (Tafur Charun, 2015, p. 13).

Dicha «pluralidad institucional» radica en la incidencia que ha de tener en el sistema de fuentes normativas y con ello cuestionar la continuidad de la primacía de los principios tradicionales de relación entre normas que resultaban plenamente válidos y suficientes para dar respuesta a cualquier conflicto en el marco de un ordenamiento centralizado, de estructura piramidal o escalonada.

Dada la indicada pluralidad institucional, entre las cuales encontramos a los gobiernos territoriales (regiones y municipalidades), los mismos que por atribución directa de la carta de 1993 son dotados de autonomía política, sin dejar de tomar en cuenta el artículo 200.4 de la misma Constitución, y en tal virtud detentan la capacidad de dar normas con rango o valor de Ley (ordenanzas), el concepto unitario de Ley se va diluyendo. Así, pues, existe en nuestro ordenamiento una pluralidad de normas primarias, esto es, con valor de Ley, lo que termina cuestionando el concepto de ley mismo. De este modo, la carta de 1993 diseña, como normas primarias con valor de ley, la ley parlamentaria (orgánicas y ordinarias), la resolución legislativa, el decreto legislativo, el decreto de urgencia, la ordenanza regional y la ordenanza municipal.

En principio, cada una de estas fuentes normativas que en rigor no son otra cosa que «leyes», han de contar con un ámbito material y competencial, así como precisar los fines que pueden perseguir, atribuidos por la Constitución y, como luego veremos, por el bloque de constitucionalidad, dentro del cual desenvolverse y actuar. Tales leyes se relacionarán entre sí a través del principio de competencia y no de jerarquía.

Las competencias asignadas a los entes territoriales (regiones y municipalidades) no son sino la juridificación de sus respectivos fines de interés público (ahí donde existen intereses públicos también existen competencias públicas). Se configura, pues, una pluralidad de instituciones que gozan de autonomía política, funcional y territorial, y que detentan personalidad jurídica, así como potestad legislativa a nivel primario o la dación de normas con valor de ley, y reglamentaria, necesarias todas ellas para asegurar su autogobierno. Es de indicar que las instituciones territoriales (auténticos poderes territoriales) son de naturaleza *bifronte* (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 295), pues además de tener un sustrato administrativo también tienen un nítido sustrato político, dada su capacidad de dar normas primarias o con valor de ley, y la elección de sus miembros mediante el ejercicio del sufragio por la ciudadanía toda.

De acuerdo con el principio de competencia, cada tipo de ley tendría reservado un contenido material en exclusiva por la Constitución, de forma tal que la ley de otro tipo que invadiera dicho contenido sería inconstitucional y, como tal, nula (Gómez-Ferrer Morant, 1987, p. 17).

Bien dice Muñoz Machado (2015):

Se debe esta circunstancia a que las diferentes categorías de leyes tienen acotados ámbitos materiales que no están abiertos a la disponibilidad de otras normas, ni aunque tengan el mismo rango y se sitúen en el mismo escalón de la estructura jerarquizada del sistema normativo. *Tales acota-*

mientos se preservan con la técnica de la competencia y no de la jerarquía que siempre produce la consecuencia de no reconocer validez a las regulaciones que se extralimitan del ámbito material que tienen atribuido. (p. 18) (El énfasis es nuestro)

Muñoz Machado (2015) agrega:

Insistimos, por tanto, en que la caracterización de la ley, en el sistema de unidad de la ley, por las notas de su origen y raigambre en la voluntad popular y por la forma que adopta, *ha sido sustituida por un sistema de pluralidad de leyes en cuyo marco se diversifica el origen de las normas y se admiten diversas expresiones formales de las mismas*. Este es un cambio muy importante, pero no es menos decisiva la circunstancia de que para reconducir a la unidad el ordenamiento jurídico, evitando confrontaciones entre normas, es necesario recurrir a criterios materiales para la atribución a cada uno de los poderes normativos originariamente legitimados en la Constitución un bloque de competencias propias. (p. 36) (El énfasis es nuestro)

Producto de la pluralidad de normas primarias no existe más una univocidad en lo que se refiere a la fuerza de ley. Las normas primarias que detenten esta «fuerza» no gozarán del atributo absoluto de innovar cualquier punto del ordenamiento preexistente, y tampoco podrán resistir toda fuerza innovadora de una norma ulterior que detente también este mediatizado concepto de fuerza de ley. Ello, en rigor, obedece a la naturaleza competencial y material que corresponde a la ley de que se trate y que también se vincula con los fines que esta puede perseguir por mandato del ordenamiento.

Nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado sobre esta pluralidad de distintos tipos de «leyes», precisando lo siguiente:

En el constitucionalismo decimonónico, la noción de «fuerza de ley» estuvo ligada a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, es decir, como una propiedad derivada de su ubicación como la norma cimera del ordenamiento jurídico. Esta, a su vez, reconocía a la expresión de la voluntad popular por medio de sus representantes —la ley—, dos cualidades. Por un lado, una fuerza activa, consistente en la capacidad ilimitada de innovar el ordenamiento jurídico y, por otro, una fuerza pasiva, es decir, la capacidad de resistir frente a modificaciones o derogaciones que procediesen de otras fuentes del derecho que no tuviesen sus mismos atributos.

Evidentemente, una dimensión semejante de la noción de «fuerza de ley», hoy no es de recibo en el Estado constitucional de derecho. En este, en efecto, la posición de la norma suprema ya no la ocupa la ley, sino la Constitución. Y aunque el legislador democrático goza de una amplia discrecionalidad para ejercer la función legislativa, es claro que su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico está condicionada por los límites formales, materiales y competenciales que se derivan de la Constitución, que es la *lex legum*.

Desde luego que no es solo la fuerza activa de la ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Otro tanto, ahora, cabría afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o el decreto legislativo y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone.

En buena cuenta, la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de la ley ha supuesto que en el Estado constitucional de derecho ya no se pueda hablar de «fuerza de ley» como una cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones, que varía según la fuente de que se trate. (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 14)

En otra sentencia, aunque aludiendo solo a la ordenanzas municipales, el Tribunal ha resuelto:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga —artículo 200 inciso 4 de la Constitución—. Se trata, por tanto, de normas

que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC)

El artículo 51 de la Constitución dispone lo siguiente: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Aparentemente, y de una primera lectura, pareciera que este artículo diseña una pirámide jerárquica donde todas las fuentes formales están incardinadas en un riguroso plano de naturaleza vertical. No estamos de acuerdo con esta interpretación, pues ello, señaladamente, supondría dejar de lado otros criterios de incardinación, notablemente la idea de competencia y la así llamada función constitucional.

Así las cosas, creemos que cuando el citado artículo 51 se refiere a que la «ley» prevalece sobre normas de inferior jerarquía entendemos que no alude únicamente a la ley formal emitida por el Congreso, sino a la pluralidad de tipos de leyes, en su mayoría provenientes de otros ordenamientos, por ejemplo, del orden territorial. Todos estos tipos de leyes están incardinadas en un plano horizontal de lateralidad y equidistantes a la Constitución. El criterio de jerarquía sí resultará de aplicación en la relación entre la pluralidad de leyes con sus respectivas normas subordinadas (reglamentos) dentro de su propio ordenamiento. Así, por ejemplo, la relación jerárquica entre ley congresal y decreto supremo, entre ordenanza regional y decreto regional y entre ordenanza municipal y decreto de alcaldía.

Resulta valioso citar a Rubio Llorente (1983) cuando expresa:

[La Ley], que de ser concepto específico, comprensivo solo de una clase de normas homogéneas, ha pasado a ser un concepto genérico, casi un supraconcepto, en el que se incluyen normas, que si bien proceden en todos los casos de órganos representativos, tienen muy diversas características jurídicas.

[...] Cabe pensar que este elemento o nota común de las disposiciones de distinto origen en el que el rango o el valor (de ley) consisten, *estriba solo en la susceptibilidad, que todas estas disposiciones con rango o valor de ley tienen por igual, de ser sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.* (p. 420) (El énfasis es nuestro)

Y Rubio Llorente (1983) agrega sobre el mismo tema lo siguiente:

Para despejar al menos en parte la equívocidad hay que precisar aún más el contenido del concepto, que queda así bien magro, indicando que lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad. (p. 421) (El énfasis es nuestro)

Dado que Rubio Llorente lo alude en otro lugar de su texto, nosotros seguimos a Umberto Eco, quien diría: «De la rosa nos queda únicamente el nombre».

4. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL

Pero ha de quedar en claro que tal reparto de competencias materiales, de los fines que se pueden perseguir y, de ser el caso, el diseño de las fuentes normativas no siempre será limpio. Pueden existir, y de hecho se dan, conflictos internormativos que desde el solo texto de la Constitución no podrán resolverse. Es precisamente por ello que el bloque de constitucionalidad —previa remisión expresa constitucional— ha de desarrollar y en la medida de lo posible, agotar, el reparto de competencia, los fines que puede perseguir la entidad de que se trate y, en su caso, el diseño de fuentes.

Así, pues, las normas con valor de ley que integran el bloque de constitucionalidad cumplirán *prima facie* la «función constitucional» de llevar a cabo o agotar, en la medida de lo posible, el reparto de competencias y los fines que pueden perseguir esbozados por la Constitución y, en su caso, completar el diseño de fuentes. *Para tal efecto, siempre habrá de mediar una remisión expresa de la Constitución.* Pero hay más.

De suscitarse una antinomia competencial, el Tribunal Constitucional, además de aplicar la Constitución, ponderará estas normas colisionadas con la ley o leyes integrantes del bloque constitucional que corresponda, de este modo se determinará cuál es la entidad competente. No cabe duda de que, en este caso, tales leyes, al actuar como parámetros de constitucionalidad, cumplirán *per se* una función constitucional.

Esta «función constitucional» ha sido recogida en el artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional, que a la letra dice:

Principios de interpretación. Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, por remisión expresa de la Constitución, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Resulta válido citar a Gómez-Ferrer Morant (1987) cuando este alude al artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, artículo este que no es más que el equivalente al citado artículo 78, señalando: «Este precepto pone de manifiesto que existen determinados tipos de leyes que cumplen, de acuerdo con la Constitución, una función que las sitúa en una posición de superioridad respecto de otras» (p. 23).

Se configura, pues, una sujeción más fuerte del juez a las leyes que cumplen una «función constitucional». Esto es un aspecto que de algún modo se refiere a la «supremacía» o «superioridad» de tales Leyes.

El Tribunal Constitucional define la función constitucional en el sentido de

[...] desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos. (STC Exp. n.º 0013-2003-CC/TC, f. j. 10.5).

De otro lado, resulta pertinente precisar que cuando la Constitución remite al legislador, sea orgánico u ordinario, el agotamiento del reparto de competencias —y, con ello, los fines que se puedan perseguir y el diseño de fuentes— decimos que esta remisión otorga un ámbito mucho más amplio u holgado que el que detenta el reglamento con relación a la ley que el mismo reglamenta. Así, el Tribunal Constitucional ha dispuesto:

Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, *en la primera el legislador no es mero ejecutor de la Constitución sino el órgano que en base a [sic] los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no sólo desarrollando la norma fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas [...].* (STC Exp. n.º 00023-2005-PI/TC, f. j. 20) (El énfasis es nuestro)

Ahora bien, cómo justificar o hallarle razonabilidad a esta supremacía o primacía —nunca jerarquía— de las leyes que integran el bloque de constitucionalidad con relación al resto de las normas con rango de ley.

Al respecto, es de precisar lo siguiente:

Las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cuál es la ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia. (Gómez-Ferrer Morant, 1987, p. 23)

Resulta ilustrativo, aun cuando se refiera al ordenamiento español, señalar lo que Santiago Muñoz Machado, citado por Rubio Llorente (1989), afirma sobre cómo opera la función constitucional y cómo está conformado el bloque de constitucionalidad, el mismo que ha sido importado por el derecho peruano:

[Son] los instrumentos normativos que, junto con la Constitución, y como complemento de esta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia en el sentido de si pertenece al Estado o a las comunidades autónomas, y en qué sentido. (p. 13)

Según el mismo Rubio Llorente (1989, p. 24), la función materialmente constitucional de las normas es independiente de su forma. El bloque de constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado como Estado complejo.

En nuestro derecho, el profesor Landa Arroyo (1995) alude al bloque de constitucionalidad del modo siguiente:

Este conjunto normativo forma un bloque de constitucionalidad, porque las normas constitucionales abiertas sobre regionalización deben ser complementadas por el conjunto de disposiciones fundamentales sobre dicha materia, a fin de que constituyan un parámetro para apreciar la validez y límite del ejercicio de las potestades normativas tanto centrales como regionales, señaladas en la Constitución. (p. 230)

Por nuestra parte, diremos que queda claro que el bloque de constitucionalidad, al agotar el reparto de competencias —y, con ello, delimitar los fines que la entidad puede perseguir—, además del diseño de fuentes, cumple doblemente una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido bloque no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento nacional. De lo hasta aquí expresado resulta nítido que en caso de que una ley contravenga las disposiciones del bloque, ella deberá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Y tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución. Será una contravención directa a la Constitución, pues es esta la que reenvía o encomienda al bloque, mediante remisiones expresas, la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agravado cuando no se respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y el bloque de constitucionalidad producto este último de tal mandato o encargo (Tafur Charun, 2015, pp. 31-32).

Entonces, el bloque de constitucionalidad, en virtud del reenvío que ha dispuesto la Constitución de modo expreso para completar la organización del Estado, cumple una especial función de naturaleza constitucional, dentro del sistema jurídico que lo termina situando en una posición «cualitativamente superior» (nunca jerárquica) respecto no solo a la normatividad que genere la institución a la cual regula, sino además de la generalidad de fuentes integrantes del resto de ordenamientos. Por ello estas leyes integrantes del bloque de constitucionalidad, rigurosamente subordinadas a la Constitución, se ubican al tope de cada ordenamiento constituido por las instituciones generadoras de normatividad jurídica con valor de ley (Tafur Charun, 2015, p. 32).

Cuando la Constitución otorga el ejercicio de una competencia a una entidad «de acuerdo a ley», ha de entenderse que tal remisión se considera hecha al bloque de constitucionalidad. Estamos frente a una relación entre el bloque de constitucionalidad y el resto de leyes «ordinarias» que es informada precisamente por el criterio de «función constitucional». Repetimos: no estamos frente a una relación de jerarquía o competencia. En suma, se trata una relación de «superioridad cualitativa», inmersa en una división vertical.

De este modo, y siempre con la finalidad de que no se tenga que recurrir constantemente al sofisticado mecanismo de reforma constitucional, además de la imposibilidad constitucional y fáctica de agotar las materias (fuente-competencia), es que se diseñan en los diversos sistemas jurídicos ciertas leyes ordinarias —en el sentido más lato que permite la expresión— que por su contenido y función material (constitucional) son auténticas leyes casi constitucionales o interpuestas. Gómez-Ferrer Morant (1987) hubiera aludido a «la idea de la Constitución como un consenso entre las fuerzas políticas, que no se acaba en sí mismo» (p. 15).

5. COLOFÓN

- a) Sobre todo lo aquí elaborado son didácticas las siguientes expresiones de Rubio Llorente (1983):

Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas y solo aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara. (p. 430)

- b) Y citamos a García de Enterría cuando define el valor y la naturaleza de la ley, tal vez como quien da un grito desesperado en la noche de los tiempos y pretende así preservar y hacer perdurar la memoria del bien perdido y, luego de una muerte fecunda, hallar un nuevo paradigma, un concepto de ley, un nuevo concepto de ley del que *tal vez*, únicamente, nos queda el nombre:

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible. La ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvestidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica. (Tafur Charun, 2015, p. 89)

- c) En el mismo tenor, es de citar a Caamaño Domínguez, cuando se refiere a la ley del siguiente modo:

Ley es la norma rectora que, dentro de un determinado ámbito de decisión, expresa jurídicamente, a través de una regulación normativa, la voluntad política de un órgano democráticamente legitimado por la comunidad para llevar a cabo ciertas políticas públicas de su interés e incumbencia. Expresado en otros términos: el concepto de autonomía política puede considerarse vinculado al de potestad legislativa, siempre que esta última sea entendida en un sentido material, esto es, como el poder de emanar normas para la comunidad dictadas por un órgano formado por representantes de la comunidad para la que se dictan. (Tafur Charun, 2015, p. 90)

- d) Finalmente, y tomando en parte las palabras de Muñoz Machado (2015, p. 167) es de precisarse que las competencias que corresponden al Gobierno nacional son la concreción del interés general. Los entes territoriales por su parte ejercen las competencias que se refieren a su interés respectivo. Es normalmente muy difícil de establecer una separación absoluta entre el interés general y los intereses respectivos de cada uno de los entes territoriales autónomos.

Los intereses de estos son siempre, en alguna medida, también intereses generales. Y los intereses generales que el Gobierno nacional custodia afectan y tienen repercusiones que conciernen también a los entes territoriales. *Por todo ello, los repartos de competencias entre el Gobierno nacional y los entes territoriales no pueden emplear fórmulas de asignación que supongan una separación estricta o absoluta entre las esferas de interés de cada uno de los poderes implicados. No existe ni puede existir separación absoluta. Ha de prevalecer el principio de unidad.*

6. REFERENCIAS

- García de Enterría, E. (Enero-abril 1981). La posición del Tribunal Constitucional. Posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1), pp. 35-131.
- García de Enterría, E. (Enero-diciembre 1983). El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 213-292.
- García Toma, V. (2015). La Constitución y el sistema jurídico nacional. *Themis, Revista de Derecho*, (67), pp. 23-37. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14454>
- Gómez-Ferrer Morant, R. (Mayo-agosto, 1987). Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. *Revista de Administración Pública*, (113), pp. 7-38.
- Landa Arroyo, C. (1995). Crisis del positivismo constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 6(6), pp. 75-134.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*. Tomo IX. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Royo, J. (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Rubio Llorente, F. (Enero-diciembre 1983). Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 417-432.
- Rubio Llorente, F. (Septiembre-diciembre 1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), pp. 9-37.
- Tafur Charun, E. (2015). *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*. Lima: Biblioteca de Derecho Estudio Mario Castillo Freyre.

ALGUNOS APUNTES SOBRE EL DECRETO SUPREMO N.º 007-2022-JUS

«Después de esto, miré y vi una gran multitud de todas las naciones, razas, lenguas y pueblos. Estaban de pie delante del trono y delante del Cordero, y eran tantos que nadie podía contarlos y llevaban hojas de palma en las manos».

Apocalipsis 7-9

El Decreto Supremo n.º 007-2022-JUS, de reciente dación, aprueba el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa. Es objeto de tal decreto, según su artículo II, regular los aspectos generales del procedimiento normativo, el sustento y fundamentación de las normas jurídicas, los contenidos específicos de los proyectos normativos, la estructura de la fórmula normativa, así como las reglas de redacción y división del articulado, los tipos de disposiciones, sus principales parámetros y los alcances de la sistematización legislativa, en el marco del proceso de mejora de la calidad regulatoria para la aplicación del análisis de impacto regulatorio. Su finalidad es establecer lineamientos de técnica normativa y de sistematización legislativa orientados a la homogenización, pertinencia y eficacia de los textos de los proyectos normativos, contribuyendo a la mejora de la calidad normativa en el ordenamiento jurídico y garantizando la seguridad jurídica.

No cabe duda de que se trata de un tema harto ambicioso. Sin embargo, en la presente entrega nos limitaremos a analizar, o hacer algunos apuntes, sobre el referido decreto tal como lo indica su título, en lo que se refiere a los «reglamentos». Y cuando hablamos de reglamentos nos referimos a ellos en su acepción jurídica rigurosa.

Así, el decreto se refiere a los distintos tipos de reglamentos. El artículo IV(10) define el reglamento ejecutivo; el numeral 11 del mismo artículo se refiere a los reglamentos autónomos. Se ha de notar a simple vista que el decreto no alude a los reglamentos independientes y hace una breve mención de los reglamentos organizativos (artículo 23).

El artículo IV(5) define la norma de carácter general preceptuando que:

Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase como norma de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declara o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se deriva un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica.

Por el momento, baste con señalar que tenemos serias dudas sobre si la relación «general-especial» es la más adecuada para dotar, reconocer y contrastar la naturaleza «normativa» de un dispositivo. Nos adelantaremos precisando que quizás resulte más idóneo aludir a la relación «acto ordinamental»-«acto ordenado». Al final, de lo que se trata es de deslindar las normas de carácter general de las que no lo son, como sería el caso de los actos administrativos que tienden a la particularidad y concreción. Este tema lo desarrollaremos más adelante.

El artículo IV(8) define la potestad reglamentaria como el «[p]oder jurídico dentro de la competencia de una entidad determinada para emitir normas reglamentarias en el ejercicio de una potestad normativa. *Se otorga únicamente a través de una norma con rango de ley*» (las cursivas son nuestras)

Nuestra única discrepancia es que este artículo, tal como se ha relevado con cursivas, pretenda preceptuar que la potestad reglamentaria solo se otorga a través de normas con rango de ley. Al respecto, baste con citar a García de Enterría y Fernández (2001) cuando sostienen, refiriéndose a la

potestad reglamentaria, que «la existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una “fuente” de derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del legislativo, es por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional» (p. 182).

De este modo, tenemos la convicción de que la capacidad de dar reglamentos debe ser otorgada a nivel constitucional en los casos que se afecte la esfera jurídica del común de los ciudadanos. Esto es, salvo los reglamentos de organización y en los casos que supongan una relación de sujeción especial, bien podrá ser la ley la que atribuya la potestad reglamentaria.

El artículo IV(9) define el reglamento como «la norma de rango inferior al de la ley, emitido por una entidad de la Administración Pública, que regula o desarrolla derechos, obligaciones o procedimientos con efectos generales».

Más allá y como ya lo hemos insinuado, respecto a nuestras dudas sobre la «generalidad» del reglamento, por nuestra parte planteamos la siguiente definición:

El reglamento es un acto unilateral dado por la Administración Pública que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento o prosecución de las finalidades de interés público fijadas por el mismo ordenamiento. Esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas. Según su relación específica con la ley, el reglamento puede ser ejecutivo, autónomo, independiente u organizativo. Los tres primeros reciben la denominación de «reglamentos jurídicos».

De otra parte, cuando estudiemos los reglamentos autónomos precisaremos cómo no siempre el reglamento tiene menor rango que la ley.

El artículo IV(10) define el reglamento ejecutivo como aquel emitido por el Presidente de la República, a través de un decreto supremo, para complementar o desarrollar de manera integral una norma con rango de ley, al amparo de lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.

A su vez, el artículo 14 hace unas precisiones sobre el reglamento ejecutivo, las cuales, a nuestro entender, resultan siendo meramente operativas. Si nos interesa, sin embargo, el numeral 6 del aludido artículo, el cual señala: «*En el caso de habilitación expresa*, y si la norma con rango de ley somete su vigencia a la emisión del reglamento, el sector correspondiente debe emitirlo dentro del plazo previsto en aquella» (las cursivas son nuestras).

Marienhoff (1983) define así el reglamento ejecutivo: «Estos son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en estas» (p. 119).

Más acertados aún son García de Enterría y Fernández (2001) cuando definen detalladamente la relación entre ley y reglamento ejecutivo:

Esa prioridad [de la ley] es una primacía puramente formal, por razón de la fuente de la legitimidad que diferencia a una y otra norma y de la fuerza respectiva que de ello extrae cada una, y se traduce en otro principio igualmente formal, el principio de jerarquía normativa, que supone la absoluta subordinación del reglamento a la ley. Ese principio de subordinación del reglamento a la ley expresa simplemente el carácter instrumental de la Administración y de sus productos normativos respecto del «propietario del poder», en el ya aludido concepto de Hauriou, esto es, del soberano, que es desde el fin del absolutismo el pueblo cuya representación se residencia en el Poder Legislativo. De ello se deduce que el reglamento complementa la ley, pero que no puede ni derogarla ni suplirla, ni menos aún limitarla o excluirla. La ley frente al reglamento, a su vez, no tiene límites de actuación funcionalizables: puede sustituir o excluir un reglamento para ordenar cualquier materia o hacer apelación expresa a él [...]. [Puede] derogarlo, pura y simplemente o, por el contrario, ampliarlo, elevarlo de rango, convirtiéndole en ley y prestándole con ello su propia fuerza superior; puede restringir su ámbito de manifestación o por el contrario ampliarlo.

No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al reglamento y en que este pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto) de la ley; incluso el ámbito interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente regulado por la ley de modo que se restrinjan o incluso que se excluyan totalmente las posibilidades dejadas al reglamento. (p. 234)

Estamos de acuerdo con la opinión de García de Enterría y Fernández, salvo en lo que se refiere a la imposibilidad del reglamento de suplir a la ley. En efecto, el reglamento puede suplir a la ley, cuando no se configuren los supuestos de reserva material o cuando la ley no haya regulado cierta materia y, por lo tanto, no se configure la reserva formal. Tornos Mas (1983) indica:

La ley, por tanto, de forma general delimita el campo de actuación del reglamento como instrumento suyo de colaboración, debiendo respetar tan solo aquella la reserva legal. Frente al reglamento, la ley puede no agotar la regulación de la materia, buscando, en cambio, la colaboración del titular de la potestad reglamentaria (que es la Administración) para establecer conjuntamente el marco legal que vincula a la Administración. El alcance de esta colaboración en una misma función por poderes separados, pero no diversos en su fundamentación, solo tiene como criterio rector el principio de reserva legal, mientras que la primacía legal permite a la ley agotar toda la materia. (p. 482)

La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo es reconocida en el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, el mismo que dispone que «corresponde al Presidente de la República: 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

El artículo 6.1 de la LOPE dispone que es función del Poder Ejecutivo «reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento».

El artículo 11.3 de la LOPE dispone:

Corresponde al presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

[...]

3. Decretos supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

El artículo 13.2 de la misma ley establece la potestad reglamentaria:

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

[...]

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.

Es de precisar que el Presidente de la República no es el único que dicta reglamentos ejecutivos. Según el diseño descentralizado de Estado, también están investidos de tal potestad los órganos ejecutivos de los entes territoriales.

Así, según el artículo 37 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, corresponde al gobernador regional dictar decretos regionales. Conforme al artículo 40 de la misma ley, «los decretos regionales *establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades define los decretos de alcaldía en cuanto establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas.

La relación internormativa entre estas tres formas normativas que suponen, en rigor, reglamentos ejecutivos, y al provenir notablemente de diversos ordenamientos, será informada por el principio de competencia (artículo 13.2 de la LOPE), resultando del todo extraña aquí la idea de jerarquía.

Por otro lado, de modo sucinto y como ya lo insinuamos, debemos indicar que cuando existe una reserva material a favor de la ley (establecida por la Constitución) o una reserva formal en virtud de la congelación del rango, la ley de que se trate debe autorizar expresamente al Poder Ejecutivo para reglamentarla. Entendemos que lo que aquí se precisa da justificación a la inclusión de la frase «En el caso de habilitación expresa [...]».

No resulta, entonces, tan cierto el contenido del artículo 14.5 del decreto, el cual preceptúa: «La emisión del reglamento ejecutivo no requiere de una habilitación expresa por parte de la norma con rango de ley que se reglamenta». Pues reiteramos que, a efectos de la dación de un reglamento ejecutivo que regule materias propias sujetas a una reserva material o formal de ley, resulta imprescindible una autorización o habilitación expresa de la ley de que se trate.

El artículo IV(11) define el reglamento autónomo como aquel «emitido por una entidad que goza de potestad reglamentaria otorgada por una norma con rango de ley y que regula aspectos que son propios de la competencia de la respectiva entidad respecto de los administrados».

Esta definición no se condice con lo que constituye un auténtico reglamento autónomo. Como veremos, esta definición refleja más, en la forma y el fondo, a los reglamentos independientes, sobre los cuales el decreto bajo análisis guarda silencio.

Reglamentos autónomos, en rigor, son aquellos que diseña la Constitución de la V República francesa. El artículo 34 de esta constitución atribuye de modo positivo qué materias corresponden al Congreso; y el artículo 38, de un modo residual, establece que el resto de materias son reguladas, exclusiva y excluyentemente, por el Gobierno. Aquí entre ley y reglamento no existe una relación jerárquica. Estamos ante una relación rigurosamente competencial. En suma, el diseño de los reglamentos autónomos pasa necesariamente por una estipulación constitucional.

Los así denominados reglamentos autónomos por el decreto materia de estudio son en realidad «reglamentos independientes». Pero ¿qué se entiende por reglamentos independientes?

Existe una controversia sobre el real alcance normativo del reglamento independiente. Por una parte, se sostiene que, de no mediar reserva material o reserva formal de ley, el reglamento independiente puede, de modo residual, regular cualquier materia con sujeción al supraordenamiento. Por otra parte, se sostiene que, aun cuando no haya reserva material o reserva formal de ley, el reglamento independiente no puede actuar ni ir más allá del ámbito interno (*ad intra*) de la Administración a efectos de autoorganización y de determinadas relaciones de sujeción especial, bajo sanción de incurrir en vicio *ultra vires*. Esto es, el reglamento independiente no podría en absoluto afectar directamente al común de los ciudadanos imponiéndoles restricciones, cargas y obligaciones (Tafur Charun, 2018, p. 168).

Al respecto, De la Cruz Ferrer (1988) sostiene:

Los reglamentos independientes serían aquellos que vendrían a regular una materia ni reservada a la ley ni regulada aún por esta. En esta primera y simple aproximación queda claro que donde es verdaderamente importante el grado de discrecionalidad es en el ámbito de los reglamentos

independientes [...]. ¿Cuál es por tanto en la Constitución el cometido de la Administración en la producción del derecho, el ámbito del poder reglamentario? La respuesta queda subordinada a la cuestión principal, esto es, el ámbito del Poder Legislativo. Un ámbito que tiene unos límites mínimos, definidos por las reservas de ley, pero que no tiene unos límites máximos, puesto que la ley puede regular cualquier materia. De ahí que el ámbito de la potestad reglamentaria en la Constitución sea esencialmente residual. La Administración solo podrá dictar reglamentos en aquellas materias ni reservadas por la Constitución a la ley (reserva material) ni ya reguladas por la ley (reserva formal), salvo que exista remisión de la ley al reglamento. (pp. 68-69)

Al contrario, García de Enterría y Fernández (2001) se preguntan: «¿Hay verdaderamente, reglamentos independientes de la ley, esto es, reglamentos que no completan ni desarrollan ninguna ley previa, sino que surgen al margen de toda ley de habilitación y que se sostienen por sí mismos como tales reglamentos?» (pp. 211-212).

Los mismos autores españoles absuelven la pregunta:

Un reglamento independiente de la ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas. El reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la Administración que implique definición «abstracta» de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la ley [...]. En lo que a reglamentos organizativos se refiere, la Administración ejerce una facultad de autodisposición sobre sí misma, para mejor cumplir los fines públicos que la Constitución le encomienda [...]. Cuenta, para ello, con una potestad natural inherente a su posición jurídica, que por ello no necesita justificar en cada caso con una ley [...]. [En el caso de] los reglamentos normativos *ad extra*, el reglamento no puede ser independiente de la ley, por la simple razón de que la creación de derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la ley en el Estado moderno [...]. El reglamento tiene también en este ámbito una función, y sumamente importante, pero esa función ni es ni puede ser la de suplir la ley, la de adelantarse a esta, la de intentar ponerse a su nivel, sino más bien la de complementarla, la de desarrollarla o ejecutarla, la de colaborar con ella en las diversas formas que las técnicas de delegación legislativa habilitan. (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 212)

Una explicación de este disenso, o si se quiere contencioso, probablemente se pueda encontrar en la forma de gobierno español, que es de naturaleza parlamentarista. Esto, en buena cuenta, supone que el presidente de Gobierno no es elegido directamente por el pueblo. De ahí la supuesta ausencia de poderes suficientes y señaladamente de legitimidad que habilite al presidente de Gobierno español para la dación de reglamentos independientes. Sobre todo, en caso de que la materia de estos reglamentos agrave directamente la esfera jurídica de los administrados. Así las cosas, el presidente de Gobierno español no pasa, de modo directo, por el baño lustral de las ánforas, pues por ello y dentro de tal alcance, carece de origen popular electivo. Asimismo, se sabe que el presidente de Gobierno español no es jefe de Estado (Tafur Charun, 2018, p. 170).

Esto queda corroborado en palabras de De Otto, citado por Rodríguez Patrón (2017), cuando sostiene:

Si de lo que se trata es, como ocurría en la dogmática alemana, de preservar a la Administración un espacio libre de ley, la Constitución española consagra exactamente lo contrario: la sumisión plena de la Administración a la ley y al derecho (artículo 103.1), y *desconoce por completo que exista un campo propio de la Administración en que la ley no pueda entrar*. (p. 193) (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, es del mayor interés citar el primer intento de regulación, que se realizó en España en 1980, año en que el Gobierno de la Unión de Centro Democrático presentó un proyecto de ley orgánica del Gobierno, de la administración del Estado y de la función pública. En este proyecto, según López Guerra (2004, p. 48), se definían los reglamentos independientes. El proyecto nunca vio la luz:

Artículo 22: El Gobierno, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, está facultado para regular todas las materias que no lo hayan sido por las Cortes Generales, con excepción de las reservadas por la Constitución al dominio de las leyes, así como para dictar normas en desarrollo y aplicación de las mismas.

Nuestra posición. Se podría pensar que, pese a ser la potestad reglamentaria del Presidente de la República una atribución asignada directamente por la Constitución («poder reglamentario general»), esta no podría desplegarse libre e independientemente regulando materias que tengan naturaleza *ad extra* o, lo que es lo mismo, que afecten directamente la esfera jurídica del común de los ciudadanos, imponiéndoles restricciones, cargas y obligaciones. Aparentemente, ello sería debido a que la potestad reglamentaria del Presidente de la República es también regulada por el artículo 11.3 de la LOPE, en ejercicio de su función constitucional en lo relativo al diseño de fuentes. Este artículo se refiere a dos modalidades reglamentarias: la primera es la reglamentación de la ley (reglamentos ejecutivos); y la segunda consiste en la «regulación de la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional». Esto es, regulación que no afecta directamente, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos, salvo en lo que se refiere a las relaciones de sujeción especial y la autoorganización.

Sin embargo, tal argumentación no resulta suficiente ni razonable. Es verdad: la ley no tendría más límites que la Constitución, los valores superiores, los principios generales del derecho que ella misma inspira, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el bloque legal de la constitucionalidad. Pero también es verdad que, como ya lo anotamos, la atribución de la potestad reglamentaria a favor del Presidente de la República es una habilitación constitucional global y, asimismo, este dirige la política general de gobierno y tiene la más alta jerarquía en el servicio de la nación (artículo 39 de la Constitución).

Tampoco se puede soslayar que el presidente es elegido directamente a través del sufragio ciudadano y su origen es, pues, absolutamente democrático y constitucional. En tal sentido, el Presidente de la República podrá dictar también reglamentos independientes con efectos *ad extra*, de modo espontáneo y sin necesidad de habilitación legal alguna (sin previa *interpositio legis*), siempre y cuando lo considere de interés general y la materia a regularse no sea objeto de reserva material o formal a favor de la ley. Es de reiterar, pues, la muy especial importancia de los reglamentos independientes que se dan también, como se ha visto, por el Presidente de la República y bajo la forma de decretos supremos. Estos reglamentos cuentan con un amplio ámbito de actuación, siempre y cuando no se active la «reserva material» o la «reserva formal» de ley.

Sin embargo, el legislador podrá *ad libitum* derogar, abrogar (derogación por interpretación) y modificar el reglamento independiente. Por ello, afirmamos que el decreto independiente es un «ocupante precario» del escalón de la ley (Tafur Charun, 2018, pp. 172-173).

Finalmente, ya hemos visto que el artículo IV(5) del decreto materia de estudio prescribe:

Entiéndase como norma de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declara o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se deriva un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica.

Sobre el particular, es de indicar que tal atributo de «generalidad» del reglamento tiene como finalidad específica el deslinde entre este y los actos administrativos. *Prima facie*, los actos administrativos tendrían efectos concretos, singulares y específicos. Y de ello derivará y dependerá notablemente la forma de control de la regularidad que corresponda a cada una de ambas fuentes.

Como se ha visto, el reglamento se define como un acto unilateral, dado por la Administración Pública, que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento. Esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas. Todo ello en contraste con el acto administrativo. Según García de Enterría y Fernández (2001, pp. 183-184), el acto administrativo no se integra ni forma parte del ordenamiento jurídico, sino que es una mera aplicación de este, y su dación en forma alguna supone una innovación del ordenamiento jurídico. Asimismo, el acto administrativo es un acto «ordenado», mientras el reglamento es de carácter ordinamental.

Sin embargo y como ya se ha sostenido, no hay unanimidad en la doctrina en lo que se refiere al deslinde entre acto administrativo y reglamento. Así, Garrido Falla, citado por González Salinas (1990), sostiene:

Entendemos que el acto-regla de la administración o reglamento administrativo debe incluirse en el concepto genérico del acto administrativo. El régimen jurídico-administrativo es igualmente aplicable a unos y a otros (los generales y los especiales) y esto es lo que, a nuestro juicio, importa. Un planteamiento que impone una conclusión distinta en el tema y correlativa polémica doctrinal. (pp. 186-187)

Es el artículo 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley n.º 27444) el que define al acto administrativo así: «Son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de *derecho público*, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta» (las cursivas son nuestras). La definición nos parece correcta, sobre todo si asumimos como equivalentes los términos «derecho público» y «ordenamiento jurídico administrativo».

El artículo 29 de la misma ley a su vez dispone: «Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un *acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados*» (las cursivas son nuestras).

Se debe añadir que la forma que adopte el reglamento o el acto administrativo no es determinante para la validez de estos. Así, por ejemplo, por una resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBSAFP) se pueden regular los términos y condiciones del contrato de cuenta corriente bancaria. Sin embargo, a través de la misma fuente formal, con numeración correlativa —resolución SBSAFP—, puede a la vez autorizarse el funcionamiento de una agencia bancaria.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se da solución a una antinomia normativa suscitada entre acto administrativo y reglamento, contenidos ambos en fuentes formales iguales. Y ello es de la mayor importancia, pues incide en la necesidad de deslindar el reglamento y el acto administrativo.

Rodríguez-Arana Muñoz (2008) opina:

El fundamento del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos lo encontramos en el mismo principio de legalidad. Es la ley la que atribuye la potestad reglamentaria a la Administración. La Administración puede en este concepto dictar reglamentos y derogarlos. En ambos casos, dictar y derogar reglamentos se hace de acuerdo con el procedimiento establecido. Es decir, se dictan y se derogan para una pluralidad de personas, que constituyen el destinatario natural de dichas normas. En modo alguno, pues, se pueden derogar para casos singulares pues, de esta manera, se estaría desconociendo la habilitación que proporciona la ley al reglamento, que es su fuente de normatividad y de obligatoriedad. En realidad, el presupuesto de este principio reside en el principio de igualdad ya que si se conculca la inderogabilidad singular se estaría perpetrando una vulneración de dicho principio, pues el reglamento es de obligatorio cumplimiento para todas las personas a que se destina. (p. 122)

Sobre el mismo tema y según García de Enterría y Fernández (2001):

En todos estos supuestos hay una prohibición categórica de dispensación o derogación para un caso singular de lo establecido por una norma con carácter general. ¿A qué se debe esta prohibición que parece contrariar el principio de que quien puede lo más puede lo menos? Porque, en efecto, parece un tanto contradictorio que permitiéndose sin reparo la derogación de un reglamento con carácter general, para todos los casos posibles, se prohíba, en cambio, para uno solo. (p. 205)

González Salinas (1990) se refiere también a la inderogabilidad singular del reglamento así:

En definitiva, todo el supuesto misterio del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos como contrapuesto a su libre derogabilidad general está en la diferencia de planos en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento —la potestad reglamentaria—, que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir en un caso concreto en contra de un reglamento general la Administración no tiene potestad, porque es el propio reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento. El mismo argumento de la falta de potestad sirve para explicar por qué una autoridad superior no puede ir singularmente contra el reglamento dictado por autoridad inferior. (pp. 178-179)

Creo, siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, pp. 205-206), que esta prohibición se genera simplemente en el hecho de que el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, y es la misma Administración (en tanto persona jurídica y sujeto de derecho) la que está sujeta a tal ordenamiento jurídico. Ordenamiento que ella, la Administración, construye también mediante la dación de sus propios reglamentos. Así, el reglamento, al formar parte del ordenamiento y al tener la virtualidad de innovarlo, puede ser aplicado una infinidad de veces. El acto administrativo, al contrario, no se integra al ordenamiento jurídico. Repito: es una mera aplicación de dicho ordenamiento.

Según esta afirmación, la «generalidad» del Reglamento no sería el factor determinante para que este goce de la naturaleza de norma jurídica. Relievamos que lo que realmente importa es que el presunto reglamento detente la virtualidad de innovar el ordenamiento jurídico y así ser susceptible, a su vez, de una infinidad de aplicaciones.

Siguiendo un ejemplo puesto por García de Enterría, puede darse el caso de actos reglamentarios dirigidos a una «generalidad» de individuos, como puede ser la convocatoria para participar en una licitación o concurso público, sin que ello suponga en modo alguno una innovación del ordenamiento jurídico.

Con anterioridad abordamos el tema relativo a la necesidad de que la atribución de potestad reglamentaria a un órgano fuera, por fuerza, una tarea constitucional, desarrollada, a su vez, por el bloque legal de la constitucionalidad. Ello dado que los reglamentos afectan directamente la esfera jurídica de los administrados y en muchos casos tales mandatos resultan siéndoles lesivos y agravan también su libertad. En el caso de los actos administrativos sucede algo similar.

A modo de conclusión, diremos que este tema constituye un aspecto del «principio de legalidad», en su acepción jurídica rigurosa. Asimismo, y en lo que se refiere al principio de inderogabilidad singular, no se puede dejar de considerar el artículo 2.2 de la Constitución, que establece el principio de igualdad ante la ley.

REFERENCIAS

- Bocanegra Sierra, R. y García Luengo, J. (enero-abril 2007). La potestad de dictar actos administrativos como intromisión de la libertad. *Revista de Administración Pública*, (172), 103-140. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2358935.pdf>
- De la Cruz Ferrer, J. (mayo-agosto 1988). Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (116), 65-105. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235811988116065.pdf>
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

- González Salinas, J. (1990). Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. *Revista de administración pública*, (121), pp. 159-211.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236751990121159.pdf>
- López Guerra, L. (Enero-abril 2004). El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (70), pp. 43-71.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/892036.pdf>
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2008). *Derecho administrativo español. Introducción al derecho administrativo*. La Coruña: Netbiblio.
- Rodríguez Patrón, P. (Mayo-agosto 2017). La «ley singular» como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática. *Revista de Derecho Político*, (99), pp. 167-197.
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19309/16194>
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Tornos Mas, J. (Enero-diciembre 1983). La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 471-507.

LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (UNA APROXIMACIÓN)

Sumario: 1. Principio de autotutela administrativa.— 2. Principio de la vía previa.— 3. Principio de presunción de legalidad de los actos administrativos.— 4. Silencio administrativo negativo.— 5. Nulidad.— 6. Revocación.— 7. Fiscalización y supervisión.— 8. Principio sancionador.— 9. Interés general (concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad).— 10. *Ius variandi* - exorbitancia.

«Ruega por nosotros, hambrientos de vida,
con el alma a tientas, con la fe perdida,
llenos de congojas y faltos de sol,
por advenedizas almas de manga ancha,
que ridiculizan el ser de La Mancha,
el ser generoso y el ser español!».

Letanía de nuestro señor don Quijote / Rubén Darío

Cuando nos referiremos a los privilegios de la Administración Pública, no solamente lo hacemos teniendo como fundamento el derecho positivo patrio, sino también desde una perspectiva de la teoría general del derecho.

Se dice que sacrilegio es la capacidad de profanar lo sagrado y que privilegio es la capacidad de profanar lo privado. Y es que en la relación entre Administración y administrado se da una diferencia, una desigualdad, una asimetría. La Administración ve sus poderes acrecentados; y el administrado, por su parte, sus derechos disminuidos. Ello encuentra su justificación, *prima facie*, en el interés general.

En efecto, el privilegio de la Administración encuentra su elemento basilar en el interés general. Pero este interés general no se basa únicamente en la coacción o coerción de la Administración, tampoco en el interés de la Administración Pública. Para la consecución del interés general, la Administración Pública ha de concretizar, llevar a sus consecuencias prácticas o «hacer del verbo carne», los derechos políticos, sociales y económicos fundamentales y, con ello, defender la dignidad de la persona humana. De ahí proviene la finalidad del Estado. Procurar, dado el interés general —constitucionalmente razonado y proporcional—, a través de la actuación de la Administración Pública, el bien común o bienestar a los ciudadanos. Y esto es, reiteramos, tarea de la Administración.

Relacionado con ello, podemos afirmar que la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), entre otros dispositivos, es una norma garantista, amigable y hasta tuitiva. Ello queda claro de una simple lectura del artículo III de dicha ley, el cual preceptúa:

La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

De igual manera, es relevante citar el artículo IV de la misma ley, el cual refiere *ab initio* que, bajo los alcances del principio de legalidad, «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas». El mismo artículo, en su numeral 1.17, prescribe:

La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

Por último, notablemente, el artículo 3 prescribe que, entre otros, es requisito de validez de los actos administrativos:

Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

Dentro de esta misma tendencia, el artículo primero del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) establece: «Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas». De igual modo, el artículo II del mismo Título Preliminar dispone: «Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del interés general de la nación [...]».

El artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) preceptúa que la misma tiene por finalidad la siguiente:

[E]stablecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, *de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.* (Las cursivas son nuestras).

También tenemos el artículo primero de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), cuyo texto es el siguiente:

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo *y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.* (Las cursivas son nuestras)

Por último, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) prescribe: «Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción».

Así pues, entre otros, tenemos los siguientes privilegios de la Administración, siendo algunos de ellos recogidos de modo positivo por el ordenamiento jurídico patrio, como lo veremos: autotutela administrativa, presunción de legalidad de los actos administrativos, *ius variandi*, contratos con cláusulas exorbitantes, vía previa, potestad sancionatoria, potestad fiscalizadora, plazos breves de caducidad.

Un tipo de privilegios son los procesales. Entre ellos tenemos la vía previa, el pago previo y la inembargabilidad de los bienes públicos. Y, finalmente, aun cuando suene a oxímoron, los privilegios en menos, esto es, cuando la Administración adquiera bienes y servicios lo haga previo concurso público o licitación.

A continuación, y para graficar aún más la institución materia de estudio, procederemos a transcribir el texto que se refiere a algunos privilegios de la Administración Pública, los mismos que, claro está, han sido positivados en el ordenamiento jurídico patrio.

1. PRINCIPIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

a) Artículo 24 de la LPCA:

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

b) Artículo 203 de la LPAG. Ejecutoriedad del acto administrativo:

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

c) Artículo 258 de la LPAG:

258.2. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La Administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.

d) Artículo 226 de la LPAG. Suspensión de la ejecución:

226.1. La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

e) Artículo 48 de la LOM. Decomiso y retención:

La autoridad municipal debe disponer el decomiso de artículos de consumo humano adulterados, falsificados o en estado de descomposición; de productos que constituyen peligro contra la vida o la salud y de los artículos de circulación o consumo prohibidos por la ley; previo acto de inspección que conste en acta y en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) u otro vinculado al tema, con la participación del Ministerio Público.

f) Artículo 49 de la LOM. Clausura, retiro o demolición:

La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

2. PRINCIPIO DE LA VÍA PREVIA

a) Artículo 19 de la LPCA. Agotamiento de la vía administrativa:

Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales.

b) Artículo 228 de la LPAG. Agotamiento de la vía administrativa:

228.1. Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

c) Artículo 50 de la LOM. Agotamiento de vía administrativa y excepciones:

La vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios [...].

3. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- a) Artículo 9 de la LPAG. Presunción de validez:

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

4. SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

- a) Artículo 199 de la LPAG:

199.3. El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

- b) Artículo 199 de la LPAG:

199.4. Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

- c) Artículo 43 de la LCE. Denegatoria ficta:

En el caso que la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda, no resuelva y notifique sus resoluciones dentro del plazo que fija el reglamento, los interesados deben considerar denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. En estos casos, la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado devuelve la garantía presentada por los interesados al momento de interponer su recurso de apelación.

5. NULIDAD

- a) Artículo 213 de la LPAG. Nulidad de oficio:

213.1. En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

- b) Artículo 44 de la LCE. Declaratoria de nulidad:

44.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

6. REVOCACIÓN

- a) Artículo 214 de la LPAG. Revocación:

214.1. Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

214.1.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

214.1.2. Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

214.1.3. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

214.1.4. Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público.

7. FISCALIZACIÓN Y SUPERVISIÓN

a) Artículo 239 de la LPGA. Definición de la actividad de fiscalización:

239.1. La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

b) Artículo 10.1 de la LCE. Supervisión:

La entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la entidad no supervise los procesos no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

c) Artículo 14 de la LCE:

14.1. Cuando la entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación.

d) Artículo 14 de la LCE. Supervisión:

14.2. Cuando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en el marco de sus funciones, tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la entidad que los elimine. Si, adicionalmente, el OSCE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público.

e) Artículo 31 de la LOM. Fiscalización:

La prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el concejo municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley.

8. PRINCIPIO SANCIONADOR

a) Capítulo III del título IV de la LPAG. Procedimiento sancionador.

247.1. Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

b) Artículo 50 de la LCE. Infracciones y sanciones administrativas:

50.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda [...].

c) Artículo 46 de la LOM. Sanciones:

Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. [...] Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras.

d) Artículo 47 de la LOM. Multas:

El concejo municipal aprueba y modifica la escala de multas respectivas.

9. INTERÉS GENERAL (CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y DISCRECIONALIDAD)

a) Artículo 2 de la LCE:

i) Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, *sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.* (Las cursivas son nuestras).

10. IUS VARIANDI - EXORBITANCIA

a) Artículo 30 de la LCE. Cancelación:

30.1. La entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la buena pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento.

30.2. La entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.

b) Artículo 34 de la LCE. Modificaciones al contrato:

34.1. El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

c) Artículo 37 de la LCE. Cesión de derechos y de posición contractual:

Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder su derecho al pago a favor de terceros. No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento.

Como es de notar, la normativa citada, especialmente la LPAG, no es generosa en cuanto a privilegios de la Administración se refiere. Es una norma que refleja el interés general y, con él, la

finalidad del Estado, esto es, el bienestar y el bien común. Ello se logra, como diría Rodríguez Arana, a través de una «buena administración», pues, reiteramos, el fin del Estado es el bien común y su ejecución es tarea de la Administración Pública, de la «buena» Administración Pública. Por último, no deja de ser interesante el artículo 44 de la carta de 1993, que a grandes rasgos define los fines del Estado a ser ejecutados por la Administración, y que bien podría formar parte de un preámbulo constitucional.

EL REGLAMENTO Y EL ACTO ADMINISTRATIVO EN CUANTO PIEZA DE CONTRASTE

«Be indulgent with those who have done you a wrong, because you don't know what the others have in store for you». *Oscar Wilde*

Deslindar el reglamento del acto administrativo no es un tema baladí, supone una herramienta de la mayor importancia para el desenvolvimiento del tráfico jurídico y, con éste, la cautela de la seguridad jurídica.

Como veremos, el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo es una mera aplicación de éste. Ello configura una serie de efectos que en la práctica del derecho resultarán de la mayor importancia. Así, por ejemplo, según el artículo 5.3 del TUO de la Ley n.º 27444, los actos administrativos no podrán infringir normas administrativas de carácter general (léase «reglamentos»). *Mutatis mutandis*, lo recientemente dicho estaría recogido en el «principio de inderogabilidad singular de los reglamentos».

Otro tema es la habilitación para dar ambos tipos de fuentes. Mientras la potestad reglamentaria será atribuida en favor del órgano de que se trate a través de una norma constitucional u otra norma primaria (dependiendo de si estamos ante una norma *ad extra* o *ad intra*), se dice que la dación de actos administrativos es casi una función «natural» o «inherente» de la Administración. No estamos de acuerdo con esta posición, pues la misma agravia de modo frontal el principio de legalidad en su acepción jurídica rigurosa.

Asimismo, el deslinde también reviste importancia en lo que se refiere a la autonomía administrativa y a la autarquía. Además, el acto administrativo y el reglamento tienen diferentes vías de control. En el caso del reglamento será el recurso de acción popular, y en el caso del acto administrativo será el procedimiento administrativo, el proceso contencioso administrativo y, eventualmente, la acción de amparo.

Prima facie, el reglamento se define como un acto unilateral, dado por la Administración Pública, que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, son susceptibles de una infinidad de aplicaciones, estando destinados a la consecución del interés general fijado por el mismo ordenamiento. Esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas. Todo ello en contraste con el acto administrativo.

Según García de Enterría y Fernández (2001, pp. 183-184), el acto administrativo no se integra ni forma parte del ordenamiento jurídico, sino que es una mera aplicación de éste, y su dación en forma alguna supone una innovación del ordenamiento jurídico. Asimismo, el acto administrativo es un acto «ordenado», mientras el reglamento es de carácter ordinamental.

Los actos administrativos y la actuación administrativa que estos suponen son regulados en el derecho patrio por, entre otros, los siguientes artículos del TUO de la Ley n.º 27444, los mismos que resultan relevantes y pertinentes para efectos de la presente entrega:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.* (Las cursivas son nuestras)

Artículo IV

[...]

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- *La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.* (Las cursivas son nuestras)

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, *están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta* [...]. (Las cursivas son nuestras)

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[...]

3. Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, *sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley.* La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (Las cursivas son nuestras)

Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

[...]

5.3. No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, *inferior* o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto. (Las cursivas son nuestras)

Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, *conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.* (Las cursivas son nuestras)

En lo que a los reglamentos se refiere, podemos citar las siguientes normas positivas incardinadas en el ordenamiento jurídico nacional, las que nos permitirán tener una idea aún más clara sobre lo que éstos suponen o implican.

La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo es reconocida en el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, el cual dispone que «corresponde al Presidente de la República: 8. Ejercer la potestad

de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

El artículo 6.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) dispone que es función del Poder Ejecutivo «reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento».

El artículo 11.3 de la LOPE dispone:

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

[...]

3. Decretos supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

El numeral 4 del mismo artículo dispone:

Resoluciones supremas.- Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley.

Cuando corresponda su publicación, *por ser de naturaleza normativa*, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 13.2 de la misma ley establece la potestad reglamentaria de la siguiente manera:

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

[...]

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.

Es de precisar que el Presidente de la República no es el único que dicta reglamentos ejecutivos. Según el diseño descentralizado de Estado, también están investidos de tal potestad los órganos ejecutivos de los entes territoriales.

Así, según el artículo 37 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), corresponde al gobernador regional dictar decretos regionales. Conforme al artículo 40 de la misma ley, «los decretos regionales *establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades define los decretos de alcaldía en cuanto establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas.

La relación internormativa entre estas tres formas normativas —que suponen en rigor reglamentos ejecutivos, y al provenir notablemente de diversos ordenamientos, siendo todas ellas de carácter *secundum legem* y, asimismo, regular ámbitos distintos de la realidad material— será informada por el principio de competencia (artículo 13.2 de la LOPE), resultando del todo extraña aquí la idea de jerarquía.

Asimismo, dentro del diseño de Estado complejo y descentralizado realizado por la Constitución y agotado por el bloque legal de la constitucionalidad, hallamos una pluralidad de instituciones que en rigor constituyen administraciones públicas al detentar todas ellas personalidad jurídica y autonomía, y al estar destinadas a la consecución del interés general dispuesto por el ordenamiento. Así pues, según Meilán (2011, p. 231), son administraciones públicas los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil.

Estas administraciones públicas no son otras que el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el Jurado Nacional de Elecciones, la ONPE y el Reniec. Es así como la atribución de personalidad jurídica y de autonomía administrativa por el supraordenamiento y, asimismo, la asignada tarea de guiar toda su actuación hacia la consecución del interés general, además de la detentación de exorbitancias, hacen de estas administraciones auténticos sujetos de derecho.

Siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, p. 34), sostenemos: las administraciones públicas no son otra cosa que personas jurídicas, capaces de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de responder por sus actos públicos ilícitos. Las administraciones públicas siempre, en tanto personas jurídicas autónomas, se encuentran sujetas, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que las mismas también contribuyen a formar a través de la dación de sus propios reglamentos. Administraciones públicas, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución del interés general dispuesto por el ordenamiento y que para cuyo efecto detentan privilegios, prerrogativas o exorbitancias.

Por razones de espacio y en lo que se refiere a tales administraciones públicas autónomas, nos limitaremos únicamente a realizar una reseña sobre los alcances de la potestad reglamentaria del Banco Central de Reserva.

Así las cosas, según la primera parte del artículo 84 de la Constitución:

El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su ley orgánica.

La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria.

Sus *funciones* son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 2 de la Ley Orgánica del BCR (LOBCR) dispone:

La finalidad del banco es preservar la estabilidad monetaria.

Sus *funciones* son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas e informar sobre las finanzas nacionales. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 3 de la misma ley orgánica establece: «El banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, se rige exclusivamente por las normas de esta ley y sus estatutos».

Finalmente, el artículo 4 de la ya citada ley orgánica establece:

Las disposiciones que emita el banco en el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del sistema financiero, así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda.

Las disposiciones de carácter general que al amparo de la presente ley establece el banco se denominan «circulares».

De otro lado y muy vinculado con el deslinde entre reglamento y acto administrativo, es preciso escribir unas líneas sobre la autonomía administrativa y su pieza de contraste, la autarquía.

La autonomía ha sido objeto de un uso indiscriminado, inadecuado y excesivo, convirtiéndose de esta manera en una suerte de pseudoconcepto. Así, en nuestra «geografía» administrativa y a nivel legislativo, se reconoce «autonomía» —en la infinidad de variantes creadas por el legislador nacional como puede ser la didáctica, la científica, la técnica, la académica, la pedagógica, la registral, la económica, la administrativa, la funcional, la financiera, la contable o la presupuestal— a una pluralidad de meros entes menores e instrumentales de la Administración nacional, subordinados y sujetos a la tutela de esta.

En definitiva, no se trata de una ausencia de univocidad en lo que se refiere al concepto de autonomía, sino de una equívoca aplicación de éste. Por ello se hará necesario que, al momento de efectuar el análisis sobre la naturaleza de la institución que aparentemente la detente, se debe recurrir al principio general de derecho, que dispone que las cosas no responden a la manera como se les denomine (*nomen iuris*), sino a su propia esencia.

Al respecto, la doctrina distingue entre dos conceptos estrechamente vinculados entre sí y muchas veces utilizados indistintamente, como son la «autonomía» y la «autarquía». Así, Marienhoff (1983) señala:

Autonomía significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella [...]. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejecutarse dentro de lo permitido por el ente soberano [...]. Autarquía, en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta. (p. 176)

Bielsa (1983) establece:

La palabra «autonomía» llevada a su etimología significa darse leyes a sí misma; la palabra «autarquía» significa administrarse a sí mismo; esto es, «administrarse», y lo otro «legislar», para reglar la administración. Así, pues, si a la persona autárquica se confiere, además de su propia administración, que ya tiene, la de propia legislación, ella se convierte en autónoma. En otros términos, la autarquía supone administración propia por delegación legal; la autonomía implica necesariamente derecho de legislación propia *como atribución directamente constitucional*. (p. 262) (Las cursivas son nuestras)

En nuestro derecho, en la década de 1960, De Althaus y otros (1969) anotaba, al referirse al abuso que se ha venido cometiendo del término autonomía:

Volviendo a la palabra «autonomía», ella ha sido usada en sentido amplio como capacidad de autodeterminación, pero en sentido estricto significa la posibilidad de dictar normas jurídicas pese a la existencia de un ordenamiento jurídico superior; *autarquía, en concreto, implica la aptitud o competencia para realizar actos administrativos concretos*. (p. 103) (Las cursivas son nuestras)

En efecto, la autonomía no se restringe a la facultad de «administrarse o gobernarse a sí mismo», de autoorganizarse mediante actos normativos que reducen sus efectos al ámbito doméstico del propio ente o de dictar determinados actos administrativos. La «autonomía» supone un «plus». La autonomía supone para el ente la capacidad de generar normas jurídicas, sean de naturaleza legislativa o reglamentaria, que inciden directamente en la esfera jurídica de los administrados. Por ello, la generalidad de instituciones que pomposamente han sido calificadas por el ordenamiento jurídico como autónomas no superarían los alcances y límites de lo que en realidad importa el contenido del término «autarquía».

Es importante precisar otra marcada diferencia entre reglamento y acto administrativo. Nos referimos a su ámbito material de actuación. Por una parte, el reglamento debe desarrollar la norma supraordenada sin transgredirla ni desnaturalizarla; asimismo, la dación del reglamento debe respetar

los principios generales del derecho y demás valores constitucionales. Distinto es el caso del acto administrativo, cuyo alcance material es mucho más limitado.

Ya hemos visto que el acto administrativo y la actuación administrativa deben desenvolverse con respeto a la Constitución, la ley y al derecho: *dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas; adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley; el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.*

En tal sentido, el acto administrativo y, en general, la actuación administrativa serían una manifestación más reglada que el reglamento, el cual así gozaría de un grado mayor de discrecionalidad.

Sin embargo, no hay unanimidad en la doctrina en lo que se refiere al deslinde entre acto administrativo y reglamento. Así, Garrido Falla, citado por González Salinas (1990), sostiene:

Entendemos que el acto-regla de la Administración o reglamento administrativo debe incluirse en el concepto genérico del acto administrativo. El régimen jurídico-administrativo es igualmente aplicable a unos y a otros (los generales y los especiales) y esto es lo que, a nuestro juicio, importa. Un planteamiento que impone una conclusión distinta en el tema y correlativa polémica doctrinal. (pp. 186-187)

En lo que se refiere a la invalidez del acto administrativo y del reglamento, es de indicar que, conforme al artículo 12.1 del TUO de la Ley n.º 27444, «La declaración de nulidad (del acto administrativo) tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro».

Por su parte, el artículo 75 del nuevo Código Procesal Constitucional se refiere a la procedencia de la demanda de acción popular preceptuando que esta:

Procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. *Las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo.* No implica sustracción de la materia, la derogación de la norma objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley. (Las cursivas son nuestras)

Según el artículo 80 *in fine* del mismo Código:

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial *El Peruano*.

Creemos que a estas alturas hemos dado suficientes argumentos para reiterar firmemente que el acto administrativo se deslinda de modo nítido del reglamento.

Se debe añadir que la forma que adopte el reglamento o el acto administrativo no es determinante para la validez de éstos. Así, por ejemplo, por una resolución de la SBSAFP se pueden regular los términos y condiciones del contrato de cuenta corriente bancaria (reglamento). Sin embargo, a través de la misma fuente formal, en muchos casos con numeración correlativa —resolución SBSAFP—, puede a la vez autorizarse el funcionamiento de una agencia bancaria (acto administrativo).

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se da solución a una antinomia normativa suscitada entre acto administrativo y reglamento contenidos ambos en fuentes formales iguales.

Rodríguez-Arana Muñoz (2008) opina:

El fundamento del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos lo encontramos en el mismo principio de legalidad. Es la ley la que atribuye la potestad reglamentaria a la Administración. La Administración puede en este concepto dictar reglamentos y derogarlos. En ambos casos, dictar y derogar reglamentos se hace de acuerdo con el procedimiento establecido. Es decir, se dictan y se derogan para una pluralidad de personas, que constituyen el destinatario natural de dichas normas. En modo alguno, pues, se pueden derogar para casos singulares pues, de esta manera, se estaría desconociendo la habilitación que proporciona la ley al reglamento, que es su fuente de normatividad y de obligatoriedad. En realidad, el presupuesto de este principio reside en el principio de igualdad ya que si se conculca la inderogabilidad singular se estaría perpetrando una vulneración de dicho principio, pues el reglamento es de obligatorio cumplimiento para todas las personas a que se destina. (p. 122)

Sobre el mismo tema y según García de Enterría y Fernández (2001):

En todos estos supuestos hay una prohibición categórica de dispensación o derogación para un caso singular de lo establecido por una norma con carácter general. ¿A qué se debe esta prohibición que parece contrariar el principio de que quien puede lo más puede lo menos? Porque, en efecto, parece un tanto contradictorio que permitiéndose sin reparo la derogación de un reglamento con carácter general, para todos los casos posibles, se prohíba, en cambio, para uno solo. (p. 205)

González Salinas (1990) se refiere también a la inderogabilidad singular del reglamento así:

En definitiva, todo el supuesto misterio del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos como contrapuesto a su libre derogabilidad general está en la diferencia de planos en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento —la potestad reglamentaria—, que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir en un caso concreto en contra de un reglamento general la Administración no tiene potestad, porque es el propio reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento. El mismo argumento de la falta de potestad sirve para explicar por qué una autoridad superior no puede ir singularmente contra el reglamento dictado por autoridad inferior. (pp. 178-179)

Creemos, siguiendo a García de Enterría y Fernández (2001, pp. 205-206), que esta prohibición se genera simplemente en el hecho de que el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, y es la misma Administración (en tanto persona jurídica y sujeto de derecho) la que está sujeta a tal ordenamiento jurídico; ordenamiento que ella construye también mediante la dación de sus propios reglamentos. Así, el reglamento, al formar parte del ordenamiento y al tener la virtualidad de innovarlo, puede ser aplicado una infinidad de veces. El acto administrativo, al contrario, no se integra al ordenamiento jurídico. Repito: es una mera aplicación de dicho ordenamiento.

Lo dicho tiene su correlato a nivel legislativo en el artículo 5.3 de la Ley n.º 27444, el cual dispone que el objeto y contenido del acto administrativo «no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; *ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto*» (las cursivas son nuestras).

Queremos, simplemente, dejar planteado el tema relativo a la necesidad de que la atribución de potestad reglamentaria a un órgano fuera, por fuerza, una tarea constitucional, desarrollada, a su vez, por el bloque de constitucionalidad. Ello dado que en algunos casos los reglamentos afectan directamente la esfera jurídica del común de los administrados y se dan casos en que tales mandatos resultan imponiendo cargas o, lo que es peor, resultan siendo lesivos para los mismos y agravan también su libertad. Guardando las distancias, en el caso de los actos administrativos sucede algo similar.

La doctrina sostiene que la atribución a un órgano para dictar actos administrativos debe ser hecha a través de la reserva de ley. Así pues, según Bocanegra y Luengo (2007):

La inclusión de la decisión sobre la actuación administrativa mediante acto unilateral entre las materias reservadas a la ley —en la medida en que una disposición de esa naturaleza impone una limitación intrínseca de la esfera de libertad del ciudadano— *lleva inevitablemente consigo el corolario inexcusable de la exigencia de una habilitación legal específica, es decir, precisamente otorgada por una norma con rango de ley en cada caso, para que la Administración pueda actuar mediante actos administrativos, cualquiera que sea la clase de estos.* (pp. 125-126) (Las cursivas son nuestras)

A modo de conclusión, diré que este tema constituye un aspecto del «principio de legalidad», en su acepción jurídica rigurosa. Asimismo, y en lo que se refiere al principio de inderogabilidad singular, no se puede dejar de considerar el artículo 2.2 de la Constitución, que establece el principio de igualdad ante la ley.

REFERENCIAS

- Bielsa, R. (1955). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma.
- Bocanegra Sierra, R. y García Luengo, J. (enero-abril 2007). La potestad de dictar actos administrativos como intromisión de la libertad. *Revista de Administración Pública*, (172), 103-140. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2358935.pdf>
- De Althaus, M. y otros. (1969). La reforma de la Administración Pública. *Derecho PUCP*, (27), pp. 94-104.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- González Salinas, J. (1990). Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. *Revista de administración pública*, (121), pp. 159-211. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236751990121159.pdf>
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Meilán Gil, J. (2011). «Una concepción iusadministrativista vista de los contratos públicos». *Derecho PUCP*, (66), pp. 223-245.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2008). *Derecho administrativo español. Introducción al derecho administrativo*. La Coruña: Netbiblio.

LA MORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA DACIÓN DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Sumario: 1. Exordio.— 2. Reglamentos ejecutivos.— 3. Veto.— 4. Remedios.— 4.1. La acción de cumplimiento.— 4.2. Proyectos de ley y responsabilidad política.— 4.3. *¿Lura novit curia?*— 4.4. Hábeas norma.— 5. Referencias.

«Pleased to meet you
Hope you guess my name
But what's puzzling you
Is the nature of my game
I stuck around St. Petersburg
When I saw it was a time for a change
Killed the czar and his ministers
Anastasia screamed in vain
I rode a tank
Held a generals rank
When the blitzkrieg raged
And the bodies stunk».
The Rolling Stones/ Sympathy for the Devil

1. EXORDIO

Según la Corte Constitucional de Colombia:

El reglamento es entonces un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, pues en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, pero sin basar el límite inmediato fijado por la propia ley. (Sentencia C-302/99, considerando 2)

Según Gutiérrezz Canales (28 de abril de 2015):

La necesidad de emitir los reglamentos cuando así lo determina la ley no es una mera formalidad que puede ser postergada a lo largo del tiempo. Precisamente, la Constitución y la legislación al impulsar un plazo cierto en su dación, buscan asegurar que la producción legislativa tenga operatividad y, de esta forma, se cumpla la finalidad de la ley bajo el principio de oportunidad. Ciertamente, la «formalidad» recaída en un plazo determinado tiene incidencia directa no solo en la propia vigencia de la ley, sino también, en la garantía de los derechos fundamentales como deber del Estado. Así, resulta inaudito que varias leyes del sector salud no hayan sido atendidas en su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, pese a que una omisión de esta naturaleza puede ser negativamente considerable. Así, existe la Ley 29414, Ley de Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud, que tiene más de 4 años con plazo expirado de reglamentación, no habiéndose detallado hasta la fecha, por ejemplo, el procedimiento concreto ante una situación de emergencia. Asimismo, la Ley 29889, Ley de Atención a Personas con Problemas de Salud Mental, señala el derecho a la integralidad de la atención, cuyos alcances deben ser tratados en el reglamento respectivo (más de dos años con plazo expirado), pues actualmente el aseguramiento universal no es integral, lo que evidencia que la ley indicada sobrepasa el esquema de protección vigente.

En el fundamento legal del proyecto de ley sobre la falta de reglamentación de los dispositivos con rango de ley presentado por Manuel Arturo Merino de Lama, se sostiene que «Cuando los dispositivos legales deben ser aplicados por la administración pública, la inexistencia del respectivo reglamento genera una situación de vacío legal que perjudica a la ciudadanía. Asimismo, esta situación puede ser aprovechada para impedir la aplicación de normas aprobadas por el Congreso

de la República que no sean convenientes al Poder Ejecutivo. Más aún, tal situación también debe ser considerada como el incumplimiento de la potestad reglamentaria que la Constitución le confiere al Presidente de la República y, en consecuencia, estaría transgrediendo otra de sus atribuciones, como es la de cumplir la Constitución». (s. p.)

Calvo Chaparro (1995) refiere que el incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley oportunamente

[...] aparte de afectar a la esfera jurídica de los administrados, constituye una vulneración del ordenamiento jurídico, dado que, además de constituir una actitud *contra legem*, implica una absoluta ignorancia de ciertos principios constitucionales; abstracción hecha de la pérdida de operatividad que para la ley puede suponer la falta de desarrollo reglamentario. Efectivamente, los principios de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos [...], resultan vulnerados por la pasividad del Gobierno en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley. (pp. 258-259)

La misma autora agrega:

También se ve afectado el principio de seguridad jurídica, dado que los administrados a los que resultaría aplicable el reglamento permanecen en una situación de absoluta incertidumbre, sin saber a qué atenerse exactamente en tanto y en cuanto la correspondiente norma administrativa no sea elaborada, lo que les obliga a soportar una situación de inestabilidad jurídica inadmisibles; abstracción hecha de los daños que la falta de la norma administrativa pueda ocasionarles. (p. 259)

De lo dicho, es de relieves que la omisión administrativa supone, en efecto, un frontal agravio al principio de legalidad. El ejercicio de las potestades otorgadas por el ordenamiento en favor de la Administración Pública no solo supone la detención de tal poder, la virtualidad del principio de legalidad supone también, y siempre, un «deber» del que la Administración no puede rehuir. Estamos, por tanto, ante un auténtico «poder-deber». Y dado ese supuesto, no estaremos frente a una falta cualquiera, sino señaladamente frente a una arbitrariedad.

Pero hay más. Esta omisión a reglamentar oportunamente la ley, además del tráfico jurídico, dada la inseguridad e incertidumbre que la misma genera, agravia el interés general, pues queda claro que la actividad administrativa, y el dar reglamentos es una de ellas, debe siempre estar dirigida a la consecución del interés general. Sin actuación administrativa, por la razón que fuere y cuando la misma se encuentra «publicada» por suponer o importar una ineludible competencia (poder-deber), flaco favor se estará haciendo al interés general cuya consecución no es sino la razón de ser de toda actividad administrativa y con ello la capacidad de detentar privilegios y, en suma, poderes, competencias, funciones y atribuciones todas ellas exorbitantes. La ratio de ello, reiteramos, no es otra cosa que la consecución del interés general. Asimismo, queda claro que cuando hablamos de «interés general», estamos aludiendo a un concepto jurídico indeterminado, el mismo que podrá configurarse o no, a criterio del juzgado, esto es, caso por caso. Ello debido a que los conceptos jurídicos indeterminados ya no son más instrumentos o herramientas inimpugnables que permitan a la Administración actuar libremente y *ad arbitrium*. En tal sentido, y para el análisis del concepto jurídico indeterminado de que se trate, habrá de recurrirse a criterios, o principios, como son, entre otros, el de legalidad, el de razonabilidad y el de proporcionalidad.

Al concluir este exordio haremos una breve reseña sobre los reglamentos ejecutivos los mismos que son precisamente la fuente formal a través de la cual se reglamenta la ley. En el ordenamiento jurídico patrio tales reglamentos toman mayoritariamente la forma de decretos supremos.

Baste por el momento indicar que a la fecha existen aproximadamente 73 leyes sin reglamentar.¹

¹ Archivo Digital de la Legislación del Perú, diario oficial *El Peruano* y Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/>

2. REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Marienhoff (1983) define así el reglamento ejecutivo: «Estos son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en estas» (p. 119).

Más acertados aún son García de Enterría y Fernández (2001) cuando definen así, detalladamente, la relación entre ley y reglamento ejecutivo:

Esa prioridad [de la ley] es una primacía puramente formal, por razón de la fuente de la legitimidad que diferencia a una y otra norma y de la fuerza respectiva que de ello extrae cada una, y se traduce en otro principio igualmente formal, el principio de jerarquía normativa, que supone la absoluta subordinación del reglamento a la ley. Ese principio de subordinación del reglamento a la ley expresa simplemente el carácter instrumental de la administración y de sus productos normativos respecto del «propietario del poder», en el ya aludido concepto de Hauriou, esto es, del soberano, que es desde el fin del absolutismo el pueblo cuya representación se residencia en el poder legislativo. De ello se deduce que el reglamento complementa la ley, pero que no puede ni derogarla ni suplirla, ni menos aún limitarla o excluirla. La ley frente al reglamento, a su vez, no tiene límites de actuación funcionalizables: puede sustituir o excluir un reglamento para ordenar cualquier materia o hacer apelación expresa a él [...]. [Puede] derogarlo, pura y simplemente o, por el contrario, ampliarlo, elevarlo de rango, convirtiéndole en ley y prestándole con ello su propia fuerza superior; puede restringir su ámbito de manifestación o por el contrario ampliarlo. No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al reglamento y en que este pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto) de la ley; incluso el ámbito interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente regulado por la ley de modo que se restrinjan o incluso que se excluyan totalmente las posibilidades dejadas al reglamento. (p. 234)

Estoy de acuerdo con la opinión de García de Enterría y Fernández, salvo en lo que se refiere a la imposibilidad del reglamento de suplir a la ley. En efecto, el reglamento puede suplir a la ley, cuando no se configuren los supuestos de reserva material o cuando la ley no haya regulado cierta materia y, por lo tanto, no se configure la reserva formal. Tornos Mas (1983) indica:

La ley, por tanto, de forma general delimita el campo de actuación del reglamento como instrumento suyo de colaboración, debiendo respetar tan solo aquella la reserva legal. Frente al reglamento, la ley puede no agotar la regulación de la materia, buscando, en cambio, la colaboración del titular de la potestad reglamentaria (que es la administración) para establecer conjuntamente el marco legal que vincula a la administración. El alcance de esta colaboración en una misma función por poderes separados, pero no diversos en su fundamentación, solo tiene como criterio rector el principio de reserva legal, mientras que la primacía legal permite a la ley agotar toda la materia. (p. 482)

Reglamentar implica «completar los pormenores de las leyes para ponerlas en ejecución» y «trazar los lineamientos y las políticas públicas pertinentes para la ejecución de las leyes» (Gómez y Muñoz, 2012, p. 4).

Para la jurista costarricense Magda Inés Rojas, citada por Huezco Stancari y Duarte Briones (2002):

La potestad reglamentaria es el poder en virtud del cual el Poder Ejecutivo dicta reglamentos lo que le permite intervenir activamente en la formación del ordenamiento jurídico, aunque con eficacia jurídica inferior a la ley. Por lo que el Poder Ejecutivo es no solo sujeto pasivo del ordenamiento sino órgano parcialmente formador de su propio ordenamiento. (s. p.)

La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo es reconocida en el artículo 118, inciso 8, de la Constitución, el mismo que dispone: «[C]orresponde al presidente de la República: [...] 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

El artículo 6.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) dispone que es función del Poder Ejecutivo «reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento».

El artículo 11,3 de la LOPE dispone:

Corresponde al presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

[...]

3. Decretos supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

El numeral 4 del mismo artículo dispone:

Resoluciones supremas.- Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley.

Cuando corresponda su publicación, *por ser de naturaleza normativa*, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte. (El resaltado es nuestro)

El artículo 13. 2 de la misma ley establece la potestad reglamentaria:

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

[...]

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.

Es de relieves, por último, que el numeral 10 del artículo IV del Decreto Supremo n.º 007-2022-JUS define el reglamento ejecutivo como aquel «emitido por el Presidente de la República, a través de un decreto supremo, para complementar y/o desarrollar de manera integral una norma con rango de ley, al amparo de lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú».

3. VETO

Gómez y Muñoz (2012), aun cuando refiriéndose al sistema jurídico argentino, sostienen:

[...] el Poder Ejecutivo no afecta el sistema jurídico cuando no reglamenta las leyes solo porque nuestra Constitución establece que la omisión de reglamentación no perturba el goce de ningún derecho ni garantía. Este principio enmascara el escrutinio sistemático de las omisiones reglamentarias, *lo cual convierte a esta práctica en la más efectiva para ajustar un sistema jurídico a determinado programa de gobierno y «descartar» normas que no son afines al gobierno de turno.* (p. 2) (El resaltado es nuestro)

En el mismo sentido, la excongresista Veronika Mendoza ha señalado que esta conducta omisiva constituye en la práctica un «derecho de veto» por parte del Ejecutivo, que quiebra peligrosamente el equilibrio de poderes (Gutiérrez Iquise, 28 de diciembre de 2015).

Para Ángel Delgado, el funcionario correspondiente del Ejecutivo incurre en infracción constitucional si es que el reglamento no llega a ver la luz. Asegura que dicho retraso, o virtual negativa, bloquea el cumplimiento de la ley emitida. A su juicio, el ministro del ramo también es responsable político y debiera ser procesado por infracción constitucional.

«No se está cumpliendo lo que el Parlamento ha aprobado, y eso es un mandato imperativo. Se tiene que sancionar al funcionario y también al ministro», remarca.

La ausencia de reglamentación es una suerte de veto contra una ley que disgusta al Ejecutivo, advierte Delgado. Agrega que esta era una potestad que ejercía el rey siglos pasados, pero que hoy el presidente dispone de 15 días para observar una ley que no le gusta y devolverla al Congreso. Si el Legislativo insiste, se da por promulgada dicha norma, precisa el especialista. (Saenz Ballardo, 30 de junio de 2019)

Y lo que dicen Mendoza y Delgado es acertado, pues según Gómez y Muñoz (2012):

Nuestra hipótesis de trabajo es que la omisión de reglamentación opera como un veto encubierto porque, al igual que este, aquella provoca la ineficacia de la norma. Una ley es ineficaz cuando esta carece de capacidad para lograr su objetivo. El veto provoca la ineficacia de una ley ya que afecta su vigencia. En cambio, la omisión de reglamentación en nada afecta la vigencia, pero torna a la ley ineficaz por imposibilidad práctica de aplicación [...] Sin embargo, el Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha utilizado habitualmente la omisión de reglamentación como un instrumento para restarle o anular la eficacia a las normas que no considera compatibles con el programa de gobierno de turno, lo cual constituye una suerte de veto encubierto. El reconocimiento de esta práctica no implica consentir su uso, siendo contrario al art. 10 de la Constitución de la Ciudad. Por el contrario, supone visibilizar la problemática y reclamar mecanismos para controlar su práctica. Así, la reglamentación de leyes adquiere una importancia crucial dado que en la práctica, la vigencia efectiva de la norma queda supeditada a dicha acción administrativa, pudiendo originar situaciones de inseguridad jurídica y generando la percepción de falta de cumplimiento. (p. 5) (El resaltado es nuestro)

Parfraseando a Gómez y Muñoz (2012, p. 10), el contraste entre el veto que supone la omisión de reglamentación y la observación presidencial que corresponde al derecho patrio, podemos señalar lo siguiente:

- El ejercicio del mecanismo de la observación tiene un plazo perentorio, lo que no sucede con la omisión reglamentaria ya que, como se demostró, existen leyes que no son reglamentadas por varios años.
- La observación presidencial es objeto de un control ciudadano y mediático, lo que no ocurre con la omisión de reglamentación que solo excepcionalmente es advertida por los ciudadanos y los medios de comunicación. La requerida publicidad del acto en el cual se materializa la observación favorece el conocimiento por parte de la opinión pública y facilita el control ciudadano de las discrepancias entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.
- El ejercicio de la observación se materializa mediante un acto en que se explicita las razones de la observación que el Poder Ejecutivo hace de la norma rechazada. En cambio, cuando se omite su reglamentación no existe constancia escrita de los motivos.
- El Poder Ejecutivo no afronta ningún costo político cuando omite reglamentar, lo cual ocurre cuando incurre en la observación de un proyecto de ley.
- Cuando el Poder Ejecutivo observa una ley, esta puede ser insistida por el Congreso, el cual puede restituir el sentido de su voluntad. En cambio, la omisión reglamentaria implica anular la voluntad legislativa, ya que no cuenta con el mecanismo de equilibrio que es la insistencia.

Queda claro que este «contraste» un poco que se diluye al existir en nuestro ordenamiento constitucional la figura de la «insistencia» congresal. Sin embargo, no ha de olvidarse que para que proceda la mentada insistencia se requiere de una votación reforzada, la cual no será siempre posible alcanzar.

Donde, *prima facie*, no vemos veto u observación y no se configura, por tanto, un conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo es en la Sentencia C-302/99 (1999) de la Corte Constitucional de Colombia. Todo lo contrario. El legislador dicta un paquete de leyes relativo a la carrera administrativa y delega *sine die* al Poder Ejecutivo la potestad de reglamentar tales leyes. Estas leyes no entrarán en vigencia hasta que el Presidente de la República proceda a dar los correspondientes reglamentos ejecutivos, manteniendo entonces su vigencia la legislación que regula tal régimen la misma que quedará derogada una vez que discrecionalmente se den los aludidos reglamentos. Esto es, a diferencia de los casos esbozados, aquí no hay «veto» ni «observación», más bien hay una delegación de poderes al presidente que resulta, paradójicamente, siendo exorbitante.

Así las cosas, la aludida sentencia de la Corte Constitucional de Colombia resolvió:

[...] potestad legislativa implica no solo la facultad de crear leyes, de incorporar nuevas normas al ordenamiento, sino también la de excluir normas preexistentes. Dentro de esa facultad está implícita la de determinar el momento en que uno u otro fenómeno ocurra, hecho que puede estar sometido, al arbitrio del legislador, a un plazo o a una condición. Y es obvio que así sea, pues es al legislador mismo a quien compete evaluar las circunstancias que propician o hacen exigible la vigencia de la nueva norma o la extinción de la anterior. Esta es la razón para que la Corte haya afirmado en sentencia anterior, «que la entrada en vigencia de las normas se produce únicamente como resultado de una decisión tomada discrecionalmente por quien tiene la competencia para hacerlas, esto es, el mismo legislador».

En el caso bajo examen, el legislador en desarrollo de dicha atribución sometió la vigencia de la ley a una condición: «mientras se expiden los decretos leyes que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 66 de la presente ley y se expiden los decretos reglamentarios de esta ley y de aquellos decretos leyes, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de esta ley».

[...]

Esto significa que al entrar en vigencia las normas nuevas quedan automáticamente derogadas las antes vigentes en relación con cada uno de los contenidos normativos que en aquellas se establecen. No obstante, será el funcionario encargado de aplicarlas quien resuelva en cada caso particular y concreto sobre la vigencia de las mismas.

En razón de lo expuesto, cabe concluir que si una ley señala que solo puede ser aplicada cuando se cumpla o ejecute un determinado acto (como en el caso bajo examen, desde el momento en que se expidan los decretos leyes y los reglamentarios), esa condición no hace inconstitucional el precepto que así lo consagra, pues el legislador goza de libertad para fijar, y en su caso delegar, el momento a partir del cual debe entrar a regir la ley. (Considerando 2)

Pero siempre queda flotando la pregunta en el aire: ¿qué pasa si el Poder Ejecutivo no da los reglamentos oportunamente, esto es, antes del vencimiento de un plazo prudencial? Creemos que en tal supuesto, y dependiendo de los fines o intereses que guíen el proceder, esto es, la omisión del Presidente, bien podríamos estar dentro del ámbito de lo que configura un «veto» u «observación», prologando así lesivamente la *vacatio legis* dispuesta por el mismo legislador.

Y siguiendo con el asunto de la «observación» o «veto», el autor argentino Lucas Piaggio (2015) manifiesta que a través de la Resolución Judicial 184/2010, la Corte está queriendo enseñarnos que si el límite básico de la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo es la no alteración del espíritu de la ley reglamentada, no hay mayor transgresión a la voluntad del legislador que tornar directamente ineficaces e inoperativas sus decisiones plasmadas en textos legales. Tal violación puede verificarse

por la implementación de medidas reglamentarias contrarias a la letra o espíritu de la ley (vicio reglamentario por acción) o bien por la no implementación de aquellas medidas necesarias para la aplicación de la ley (vicio reglamentario por omisión).

4. REMEDIOS

4.1. *La acción de cumplimiento*

Gutiérrez Iquise (28 de diciembre de 2015) sostiene:

Cabe añadir que en nuestra legislación, el proceso constitucional de cumplimiento es la vía judicial que tiene la ciudadanía para exigir la reglamentación, sin embargo, este mecanismo no está generalizado en la conciencia ciudadana y tampoco define la responsabilidad de los funcionarios a través de sanciones determinadas por la omisión. (s. p.)

No estamos del todo de acuerdo con este aserto, pues ello en nada impide el recurrir a una herramienta como es la acción de cumplimiento, que está recogida en el ordenamiento jurídico nacional. De este modo, según el artículo 200(6) de la carta de 1993, la acción de cumplimiento está recogida como garantía constitucional conforme al siguiente texto: «6. La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».

Por su parte, el artículo 65 del nuevo Código Procesal Constitucional preceptúa: «Objeto. Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: [...] 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento».

Aun cuando alude al régimen legal precedente de la acción de cumplimiento, nos parece importante e instructivo realizar la siguiente cita de un texto de Sosa Sacio (15 de enero de 2015), pues mucho de lo que ahí se dice no ha perdido absolutamente validez ni vigencia:

El objeto del proceso de cumplimiento es, valga la redundancia, el cumplimiento de un deber omitido por la Administración, de fuente legal o administrativa. Se trata, entonces, de una exigencia frente a una inactividad, incluso renuencia, de la Administración. Esta inactividad está referida, de acuerdo con la doctrina, a la constatación de una omisión por la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible [...].

Con mayor precisión, la Constitución y el Código Procesal Constitucional regulan este cumplimiento ante la inactividad de la Administración. Efectivamente, el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución señala que la acción de cumplimiento: «procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley». Asimismo, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional precisa que el objeto del cumplimiento está dirigido hacia la Administración Pública en dos sentidos. Así, señala que el objeto del proceso de cumplimiento es «ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente»: (1) «dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme»; o que (2) «se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento».

De acuerdo con lo indicado por el Código, a diferencia de lo que sucedía con la regulación procesal anterior, se admite que el objeto del proceso de cumplimiento es tanto la inactividad material como la inactividad formal de la Administración.

Los autores del Código Procesal Constitucional y reciente doctrina nacional consideran que la inactividad formal está referida a la omisión por parte de la Administración de emitir una declaración de voluntad a la que se encuentra obligada; declaración que debe entenderse en sentido amplio y que comprende la obligación de: (1) emitir normas de carácter general (reglamentarias); (2) celebrar convenios o acuerdos, y no mantener una actitud pasiva en el marco de convenciones

vigentes contraviniendo el interés público; y (3) producir actos administrativos diversos, especialmente ante los requerimientos o peticiones de los administrados. En todo caso, la finalidad del proceso de cumplimiento es controlar la inactividad de la Administración.

Con relación a uno de los supuestos que el Código Procesal Constitucional señala como objeto del proceso de cumplimiento, consistente en que las autoridades se pronuncien expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, reiteramos que se trata de un caso de inactividad formal, pues se exige a la Administración que cumpla con emitir una declaración de voluntad que le viene legalmente impuesta.

A través del proceso de cumplimiento se puede demandar, entonces, en primer lugar, contra una inactividad «singular» o «procedimental» referida a la obligación de producir una decisión administrativa solicitada por un administrado; ello en el marco de las potestades administrativas (distintas de la reglamentaria). A ello se refiere la orden dirigida hacia los funcionarios o autoridades estatales para que «se pronuncien expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa».

Y, en segundo lugar, por medio de este proceso es posible también demandar la expedición de un reglamento, toda vez que el inciso 2 del artículo 66 del Código Procesal Constitucional hace referencia al deber de emitir una norma general o reglamentaria (el Código alude a la orden dirigida a los funcionarios o autoridades para «dictar un reglamento»). Esta es una obligación de carácter objetivo, y existe de manera independiente —aunque no excluyente— de los intereses particulares de los administrados que pudieran estar involucrados.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha considerado que las características comunes a los mandatos exigibles a través del proceso de cumplimiento (vinculadas sobre todo a derechos subjetivos que provienen de leyes o actos administrativos) también son aplicables a la obligación de la Administración de emitir reglamentos (ver STC Exp. n.º 0168-2005-PC/TC, f. j. 12).

Claro está, ya que los mandatos de reglamentar suelen ser bastante generales, que el Tribunal ha realizado interpretaciones flexibles, considerando, por ejemplo, que normas en apariencia declarativas («da autoridad X reglamentará la institución Y») cumplen con las condiciones de un *mandamus* con «calidad de cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento, incondicional y no sujeto a controversias interpretativas».

Sobre este punto, en la STC Exp. N.º 09632-2006-PC/TC, f. j. 7, se expresa que: «En lo que respecta al artículo 119 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que señala: “El concejo provincial o el distrital, mediante ordenanza reglamentará la convocatoria a cabildo abierto”, se aprecia claramente una norma cuya estructura denota un mandato que puede ser exigido mediante proceso de cumplimiento, ya que palmariamente se demuestra que la municipalidad tiene un deber legal de reglamentar dicha disposición a fin de estructurar jurídicamente los requisitos necesarios para que se realice la convocatoria del cabildo abierto. Dicha norma entonces contiene un mandato que cumple con los requisitos establecidos en la sentencia del Expediente n.º 0168-2008-PC/TC, en cuanto guarda la calidad de cierto, claro, vigente, de obligatorio cumplimiento, incondicional y no sujeto a controversias interpretativas».

Por último, en la STC Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que: «[...] en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda». (s. p.)

Hasta aquí la cita.

En términos más concretos, es de indicar que la problemática materia de este subcapítulo está recogida, en alguna medida, por el artículo 200(6) de la Constitución y 66(2) del Código Procesal Constitucional. Este último artículo dispone: «Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renueve: [...] 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o *dictar un reglamento*» (las cursivas son nuestras).

Por nuestra parte, es de indicar que el resultado del proceso de cumplimiento es un «mandato» cierto y claro a efectos de que la Administración Pública de que se trate cumpla con realizar el acto omitido, en este caso reglamentar una ley. Solo queremos dejar constancia que tal «mandato» dado por el juez constitucional ya puede existir con anterioridad en el ordenamiento. En efecto, el «mandato» cierto y claro dispuesto precedentemente por el legislador a efectos de que la Administración dicte el reglamento de la ley es reiterado por el juez constitucional en el aludido proceso constitucional. Es este el problema que vislumbramos en lo que se refiere a la acción de cumplimiento. Si la Administración ignora abiertamente lo dispuesto por el legislador, esta tampoco tendrá problema alguno en contravenir lo mandado por el juez constitucional.

4.2. *Proyectos de ley y responsabilidad política*

A efectos de sanear esta omisión de la Administración en lo que corresponde a la reglamentación de la ley, según tenemos entendido existen por los menos dos proyectos de ley que por finalidad tienen disponer la responsabilidad política de los funcionarios a quienes corresponde esta tarea.

Así, tenemos el Proyecto de Ley n.º 128/2016-CR (Redacción Lp - Pasión Por El Derecho, 29 de agosto de 2016), presentado por el grupo parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad, propone incorporar los incisos 4 y 5 al artículo 13 de la Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, con el objeto de sancionar la desnaturalización de las leyes o su no reglamentación. De aprobarse esta iniciativa legislativa, estos actos constituirían infracción constitucional.

El otro proyecto es autoría de Merino de Lama (2001), y trata sobre «la falta de reglamentación de los dispositivos con rango de ley». Este proyecto en su fundamento legal dispone:

La Constitución es expresa cuando señala que es una potestad del Presidente de la República reglamentar las leyes; por lo tanto, ante el incumplimiento de esta obligación ineludible e indelegable, el Congreso de la República tiene que tomar las previsiones legislativas que le permitan controlar y hacer cumplir las propias normas que aprueba; de lo contrario, el Poder ejecutivo puede impedir la cabal aplicación de disposiciones legales con el simple hecho de no dictar el reglamento, lo cual es evidentemente una contradicción entre los fines que impone la Constitución Política con respecto a la separación de poderes en el Estado. Asimismo, es a través de la potestad reglamentaria que la administración pública del país se pone en marcha, se ejecutan las leyes y, en consecuencia, permite al Presidente de la República ejercer sus demás atribuciones. (s. p)

No obstante, y *de lege lata*, diremos que estos proyectos resultan siendo tautológicos. En efecto, la carta de 1993 recoge una serie de instrumentos que habilitan al Congreso para hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios «morosos». Así las cosas, tenemos las siguientes normas constitucionales que versan sobre la responsabilidad política de los ministros y sobre otras materias vinculadas a la temática:

Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General *por infracción de la Constitución* y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas. (El resaltado es nuestro)

Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El vocal supremo penal abre la instrucción correspondiente.

Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Artículo 117.- El Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República: 1. *Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.* (El resaltado es nuestro)

Artículo 120.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial.

Artículo 128.- Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

Artículo 131.- Es obligatoria la concurrencia del consejo de ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpellarlos. La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos de quince por ciento del número legal de congresistas. Para su admisión, se requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles; la votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión. El Congreso señala día y hora para que los ministros contesten la interpelación. Esta no puede realizarse ni votarse antes del tercer día de su admisión ni después del décimo.

Artículo 132.- El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del consejo de ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial. Toda moción de censura contra el consejo de ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. El consejo de ministros, o el ministro censurado, deben renunciar. El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes. La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

Resulta nítido que no reglamentar una ley cuando corresponda no es otra cosa que una «infracción constitucional».

Por último, es de citarse el artículo 14.6 del Decreto Supremo n.º 007-2028-JUS el cual dispone: «En el caso de habilitación expresa, y si la norma con rango de ley somete su vigencia a la emisión del reglamento, el sector correspondiente debe emitirlo dentro del plazo previsto en aquella». Sin duda una norma sin «dientes».

4.3. ¿Iura novit curia?

El artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece: «Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos». En el derecho patrio tenemos una norma constitucional diminutamente similar y, en tal sentido, naturalmente mucho menos mandatoria, la cual dispone: «Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

Como bien diría el autor argentino Mohadeb (29 de octubre de 2015): «En concreto, la falta de reglamentación de la ley no es obstáculo para ponerla en práctica y que se cumplan con los derechos

que la ley da, para ejercerlos. Es un mito que la ley deba estar reglamentada para que se cumpla» (s. p.).

Es una verdad de Perogrullo afirmar que toda norma vigente, dados los supuestos concretos, debe ser aplicada. Así, no se entiende la razón o ratio del proceder de la autoridad pública cuando manifiesta no poder cumplir determinada ley dado que esta carece de reglamento. Si la ley está vigente y es conforme a la Constitución y no está sujeta a *vacatio legis*, no se puede exonerar su cumplimiento por ausencia de reglamento.

Tal como lo dispone el ordenamiento jurídico, el juez —o autoridad pública— no puede dejar de administrar justicia por defecto de la ley o vacío normativo. Se debe recurrir necesariamente, en tales casos, a los principios generales del derecho. Tal proceder, a mi juicio necesario, demanda el despojo, por parte de los magistrados y funcionarios de cualquier exceso de *self restraint*, sobre todo si este se entiende en el sentido del proverbial atributo de las damas victorianas.

Resulta oportuno citar a Prieto Sanchís cuando enseña:

[...] que los jueces recurran a elementos normativos no literalmente recogidos en la ley no solo resulta inevitable, sino también plausible, pero siempre que esos estándares de conducta, principios y valores puedan ser razonablemente inferidos de la ley o de la Constitución; mejor aún si se hallan explícitamente recogidos en alguna norma positiva. (Landa Arroyo, 2014, p. 325)

Así y entre otros dispositivos que refuerzan nuestra posición, encontramos el artículo 139(8) de la carta de 1993, el cual dispone que es principio y derecho de la función jurisdiccional: «[...] no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

Somos de la idea que para transparentar lo que aquí queremos manifestar se puede citar la siguiente sentencia dada por el Tribunal de Río Gallegos, Argentina:

TOMO XVI – SENTENCIA – T.S.J.- REGISTRO 561.- FOLIO 3.181/3.189.- PROT. ELEC. TSS1 015 S.131 - Río Gallegos, 20 de diciembre de 2013.-

Que, permitir que *el magistrado pueda suplir las omisiones de la Autoridad Administrativa que lesionan derechos reconocidos por la Ley Fundamental, o tratados internacionales con jerarquía constitucional resulta esencial en nuestro sistema democrático pues, de lo contrario, se estaría soslayando a los reales damnificados por actitudes omisivas, a las personas que se ven impedidas de gozar de un derecho subjetivo establecido por la Constitución, y genéricamente a la propia letra constitucional, que sufriría la obliteración de sus disposiciones.* (Considerando IX) (El resaltado es nuestro)

Sin embargo, el Tribunal recula luego al sostener:

Que, frente a este escenario de incumplimientos reiterados, de omisiones y negligencias estatales por parte del Poder Administrador en lo que respecta a la reglamentación de la ley 3062, *la opción legítima que cabe a este Alto Cuerpo consiste en conminar al Poder Administrador a la reglamentación de los arts. 46 y 47 de la Ley 3062, teniendo presente determinadas pautas orientativas para satisfacer adecuadamente las necesidades materiales de los niños y adolescentes institucionalizados*, particularmente respecto de la nutrición (arts. 4.1 y 19 CADH, y 10.3 PIDESC), el vestuario y la vivienda (art. 27.3 CDN). Se debe garantizar un *minimum* tuitivo, que debe ser respetado. (Considerando IX) (El resaltado es nuestro)

Resulta por demás interesante lo que manifiesta Agustín Gordillo (2017) cuando sostiene:

[...] debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, *por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: los jueces y la misma Administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurientes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas.* Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos arts. como es de práctica, que «el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley», pues de admitirse el principio

opuesto, quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que por cierto no sería admisible bajo ningún punto de vista. (pp. VII-42-VII-43) (El resaltado es nuestro)

4.4. *Hábeas norma*

Es valor entendido que no basta que el Tribunal Constitucional se limite a emitir un mandato, aun cuando existan medidas punitivas o de apremio por su no cumplimiento. Como hemos visto, tal mandato puede estar ya recogido en el ordenamiento. Con ello, naturalmente, solo se obtiene una sentencia reiterativa o redundante que no innova el ordenamiento. Se trata de una tautología. Entonces, *de lege ferenda*, debe ser tarea del Tribunal Constitucional —basándose en parte en la «autonomía procesal» que detenta y en su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico— que cuando se configura una omisión normativa y por ende un *horrer vacuú*, que agravia el artículo 139(2) de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, proceder a crear derecho o, si se quiere, crear normas jurídicas positivas, a modo de bases o lineamientos generales suficientemente detalladas, empero que permitan cubrir cualquier vacío reglamentario.

Resulta notable en este caso la similitud con las «sentencias aditivas». Existe un aire de familia. Así, tales lineamientos generales tendrán naturaleza temporal y queda claro que serán dados dentro del marco de la norma supraordenada no reglamentada oportunamente (sin transgredirla ni desnaturalizarla), y estarán inspirados además, y en lo que corresponda, en el sistema de valores y en los principios generales del derecho que inspira la Constitución vigente, conforme a los artículos IV y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y, con estos, al ordenamiento jurídico como un todo.

Bien se podría alegar que el ejercicio de esta potestad de configuración normativa del Tribunal Constitucional (*judge-made-law*), aun cuando, según algunos que desconocen el alcance del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, marginal e incipiente, agravaría de modo frontal el principio de separación de poderes. Más aún, también se podría decir que esta propuesta configura un desaforado, desatado y desenfrenado activismo y, por ende, un despliegue raquítico de *self restraint*.

De igual modo, en el derecho constitucional brasileño existe una garantía llamada *mandado de injunção* cuya función primera es suplir omisiones normativas (*inercia legisferante*) por parte del legislador. Así, pues, según Marinoni (2014):

No obstante, fue en el *mandado de injunção* que el Supremo Tribunal Federal pronunció de modo más claro la función que anteriormente se intentaba imprimirle. En este caso, la Corte no solo retiró las consecuencias prácticas de la no observancia de una decisión que impone un plazo para legislar, pero dijo expresamente que posee, al decidir el *mandado de injunção*, el poder de proferir una norma jurídica en substitución a la debida por el legislador, sin que esto pueda representar violación a la independencia y armonía entre los poderes (artículo 20 CF) y a la separación de poderes (artículo 60, número 4, III, de la Constitución Federal) [...]. En este *mandado de injunção*, la Corte no dudó en declarar que el «argumento de que la Corte estaría próxima a legislar —lo que se consideraría inconcebible, por herir la independencia y armonía entre los poderes (artículo 2, de la Constitución Federal), y la separación de poderes (artículo 60, número 4, III, de la Constitución Federal)— es mandato insubsistente» toda vez que el «Poder Judicial está vinculado por el poder-deber de, en el *mandado de injunção*, formular supletoriamente la norma reglamentadora, de la cual es carente el ordenamiento jurídico», norma esta que no sería «norma de decisión», sino, «texto normativo que faltaba para, en el caso concreto, tornar viable el ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos» [...]. *Al juzgar de tal forma, el Supremo Tribunal Federal no se limitó a declarar la mora legislativa o incluso a imponer al legislador la observancia del deber de legislar, ni incluso se restringió a retirar alguna consecuencia de la inercia del legislativo. La Corte emitió la norma faltante, en nitida substitución a la voluntad del legislador y, consecuentemente, tornó viable el ejercicio del derecho de huelga.* (p. 61) (Las cursivas son nuestras).

Concluimos este epígrafe citando a Cassagne (2016) cuando manifiesta:

[Y] la experiencia muestra que hay infinidad de casos de carencia de normas —la denominada carencia histórica— en que la solución jurídica se alcanza mediante un salto a la justicia material, a través de un acto de creación del derecho por parte del juez que perfectamente puede apoyarse en algún principio del derecho natural [no positivo]. (p. 240)

5. REFERENCIAS

- Calvo Chaparro, M. (Mayo-agosto 1995). Naturaleza del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (137), pp. 239-272.
- Cassagne, J. (2016). El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Themis Revista de Derecho*, (69), pp. 219-241.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-302 de 1999 Corte Constitucional*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3403>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gómez, P. y Muñoz, M. (2012). *La herramienta oculta del poder ejecutivo para la inaplicabilidad de las normas*. [Trabajo preparado para su presentación en el VI Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (Alacip). Quito, 12 al 14 de junio de 2012].
https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1367347536.fa_agora_2012_gomez.pdf
- Gordillo, A. (2017). Fuentes nacionales del derecho administrativo. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo 1. Parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf
- Gutiérrez Canales, R. (28 de abril de 2015). Incumplimiento del Estado: reglamentos fuera del plazo establecido. *IUS 360. El portal jurídico de Ius Et Veritas*. <https://ius360.com/incumplimiento-del-estado-reglamentos-fuera-del-plazo-establecido/>
- Gutiérrez Iquise, S. (28 de diciembre de 2015). Leyes zombis a la espera de un soplo de vida. *Lp, Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/leyes-zombis-a-la-espera-de-un-soplo-de-vida/>
- Huezo Stancari, G. y Duarte Briones, O. (2002). *Dictamen: 057 del 25/02/2002*.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamientos/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10983&strTipM=T
- Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *Themis Revista de Derecho*, (66), pp. 309-336.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marinoni, L. (2014). El *mandado de injunção* como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño. *Pensamiento Constitucional*, 19(19), pp. 53-77.
- Merino de Lama, M. (Octubre 2001). [Proyecto de ley sobre la falta de reglamentación de los dispositivos con rango de ley].
<https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/0/63165feb8ef1516a05256d25005da141>

- Mohadeb, S. (29 de octubre de 2015). La falta de la reglamentación de la ley no es excusa válida y debe cumplirse. [*Derecho en Zapatillas*] - DEZ. <https://www.derechoenzapatillas.com/2015/la-falta-de-la-reglamentacion-de-la-ley-no-es-excusa-valida-y-debe-cumplirse/>
- Piaggio, L. (2015). La falta de reglamentación de leyes como causal de su inconstitucionalidad sobrevenida [en línea]. *Derecho Laboral y Seguridad Social*, (23). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3118>
- Redacción Lp - Pasión Por El Derecho. (29 de agosto de 2016). *No reglamentar leyes dentro del plazo constituiría infracción constitucional*. <https://lpderecho.pe/no-reglamentar-leyes-dentro-del-plazo-constituiria-infraccion-constitucional/>
- Saenz Ballardo, S. (30 de junio de 2019). Ejecutivo tiene 20 leyes sin reglamentar y es una suerte de veto. *Correo*. <https://diariocorreo.pe/politica/ejecutivo-tiene-20-leyes-sin-reglamentar-y-es-una-suerte-de-veto-contra-una-ley-que-disgusta-895737/?ref=dcr>
- Sosa Sacio, J. (15 de enero de 2015). Reglamentación de leyes puede exigirse por la vía del proceso de cumplimiento. *La Ley. El ángulo legal de la noticia*. <https://laley.pe/art/2085/reglamentacion-de-leyes-puede-exigirse-por-la-via-del-proceso-de-cumplimiento>.
- Tornos Mas, J. (Enero-diciembre 1983). La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 471-507.
- VV. AA. (1979). La potestad reglamentaria y sus modalidades. *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera*. [Tomo 4]. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, pp. 2081 a 2104.

ACUERDOS REGIONALES Y ACUERDOS MUNICIPALES (VIVISECCIÓN)

Sumario: 1. Planteamiento del problema.— 2. Marco normativo.— 3. Ordenamiento municipal.— 4. Ordenamiento regional.— 5. Acuerdos regionales y acuerdos municipales.— 6. Referencias.

«Todos nos deseamos buenas noches. Me divertí mucho. Ellos también. Todavía no sabíamos que habíamos empezado a jugar con fuego —fuego griego, del tipo que quema y destruye—».

El Péndulo de Foucault / Umberto Eco

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El objetivo es promover el desarrollo regional sostenible, mejores condiciones de vida para los peruanos, con equidad y justicia; esto, a través de la inversión y el respeto pleno a los derechos ciudadanos. Es injusto que en una sociedad como la nuestra existan tantas inequidades, diferencias, exclusiones. Este proceso de descentralización es incluyente, es decir, todos son incluidos en el proceso, todos son actores del proceso y nadie es excluido ni separado por razones de sus ideas, raza, condición económica, pensamiento o credo religioso. Es un proceso de descentralización del Estado hacia la sociedad en los espacios regionales, en el que se involucra a más actores, mediante la participación de la ciudadanía. (Espejo Morante y Suclupe Alvarado, 2004, pp. 14-15)

Tales palabras deseosas fueron dichas hace algún tiempo por el entonces presidente de la Comisión de Descentralización del Congreso de la República, Walter Alejos Calderón, aludiendo notablemente al proceso de descentralización, el mismo que aún hoy progresivamente está en marcha.

El proceso de descentralización no es ni ha sido fácil de ejecutar. Ni lo será. Problemas como la corrupción y la falta de capacidad de gestión presupuestal están entre la legión y pluralidad de otras deficiencias que con los años se han venido suscitando, entorpeciendo así el proceso. Pero a nosotros, los abogados, nos corresponde hacer nuestra tarea. En tal sentido, elaborar sobre situaciones y deficiencias que detentan un nítido substrato legal resulta siendo urgente e importante. De este modo, un informe elaborado por la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica (2011), prescribía:

Todo esto confirma una situación preocupante: el gigantesco volumen de normas, la forma de legislar y la diversidad de entes estatales con facultad normativa hacen de nuestro ordenamiento legal un laberinto jurídico que no ofrece seguridad e incrementa la conflictividad, pues en este gigantesco dédalo de leyes es casi imposible que no se den groseras contradicciones, y que toda pretensión, toda demanda audaz pueda hallar «fundamento». Con ello también se afecta seriamente el sistema de administración de justicia.

[...] gran cantidad de normas constituye un problema en sí mismo porque ante una inmensa y caótica legislación no es improbable que los dispositivos legales colisionen entre sí. Esto determina que el ordenamiento jurídico no cumpla sus objetivos de contribuir a la seguridad y a la convivencia social, sino más bien propicie inseguridad y conflictividad. (pp. 4; 26)

Parafraseando al Grupo Consultivo del Plan de Acción del Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste (31 de agosto del 2006), bien podemos decir y asimilar que la abundancia de normas jurídicas que intentan regular determinada materia y la inexistencia de una relación entre ellas sin que mediara una política definida sobre estos temas, concluye en un exceso de normas, generando un inminente problema de jerarquía de normas y competencia administrativa institucional, impidiendo a

la entidad de que se trate cumplir de manera específica sus atribuciones, cuyo efecto debería ser la consecución de los fines de interés público que le corresponde. Bien dice el citado informe de Gaceta Jurídica (2011):

La gran cantidad de normas constituye un problema en sí mismo porque ante una inmensa y caótica legislación no es improbable que los dispositivos legales colisionen entre sí. Esto determina que el ordenamiento jurídico no cumpla sus objetivos de contribuir a la seguridad y a la convivencia social, sino más bien propicie inseguridad y conflictividad. (p. 26)

Ese es el punto al cual queremos llegar. Aun cuando el citado texto lo insinúa, por nuestra parte adelantamos que no es bueno para el sistema jurídico y la pluralidad de ordenamientos que lo integran el que se esté diseñando y creando fuentes normativas a través de normas infraconstitucionales (normas interpuestas). En algunos casos estas fuentes normativas de esta manera creadas no cuentan siquiera con un ámbito material de actuación bien marcado. Queda claro que cuando aludimos a fuentes normativas lo hacemos en cuanto se trata de *norma agendi* para el común de los ciudadanos. No estamos hablando de actos administrativos. Tampoco de normas *ad intra*. En suma, estamos aludiendo a los acuerdos regionales y los acuerdos municipales.

Hace ya más de treinta años escribíamos sobre los *acuerdos regionales* diseñados por la entonces vigente Ley de Bases de la Regionalización (LBR), lo siguiente:

Conforme al artículo 49 de la LBR los acuerdos regionales son las decisiones que adopta la Asamblea Regional para expresar la opinión o la voluntad del Gobierno regional. En rigor, los acuerdos regionales no deben configurar auténticas normas jurídicas, vale decir, preceptos innovadores del ordenamiento jurídico derogando normas anteriores, creando supuestos nuevos, habilitando actos o relaciones hasta entonces no previstos. Es en tal sentido que dichos acuerdos no vinculan a otros entes o sujetos al interior del ámbito regional; no facultan o atan directamente a los ciudadanos. En todo caso, sus efectos se van a circunscribir al interior del gobierno regional como estructura de carácter político-administrativo. Se trata, en definitiva, de declaraciones de voluntad, en muchos casos de substrato político que definen la posición del gobierno regional sobre asuntos de interés local o suprarregional. No obstante ello, la Asamblea de la Región José Carlos Mariátegui ha expedido más de una docena de acuerdos que crean comisiones, empresas regionales, designan funcionarios, etc. (Tafur Charun, 1992, pp. 299-300)

Con similar tenor, y en la misma oportunidad, aludimos a los acuerdos municipales. Conforme al artículo 110 de la entonces vigente Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), los acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional.

Con relación a esta fuente formal, es de indicar que la misma no debe contener normas jurídicas, vale decir, preceptos innovadores del ordenamiento jurídico, derogando normas anteriores, creando supuestos nuevos, habilitando relaciones o actos hasta ese momento no previstos. En tal sentido es que los acuerdos municipales —al igual que los regionales— no vinculan a otros entes o sujetos. Sus efectos son, en el mejor de los casos, *ad intra*. Los acuerdos son, pues, pronunciamientos, suponen simplemente la expresión de opiniones colegiadas. Sin embargo, mediante esta fuente formal se han aprobado auténticos reglamentos que afectan directamente la situación jurídica de los particulares. Así, v. gr., por Acuerdo n.º 149-89 se aprueba el reglamento de provisión de estacionamiento colectivo para Lima Metropolitana; por Acuerdo n.º 253-89 se aprueba el reglamento de licencia especial municipal para Lima Metropolitana; por Acuerdo n.º 18-89 se aprueba el reglamento para la autorización de obras en vía pública de la Municipalidad de Lima Metropolitana; por Acuerdo n.º 73-86 se aprueba el reglamento de espectáculos de la Municipalidad de Miraflores; por Acuerdo n.º 035-85 se aprueba el reglamento de licencia especial municipal de Lima Metropolitana (Tafur Charun, 1992, p. 337).

Con el ánimo de ser más didácticos procederemos a citar los artículos que en aquel entonces diseñaban los acuerdos regionales y municipales a través de la LBR y la LOM, respectivamente, hoy ya derogadas:

- Los acuerdos son las decisiones que adopta la asamblea regional para expresar la opinión o la voluntad del gobierno regional.
- Los acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional.

Acto seguido, nos arrogamos la tarea de plantear un sucinto análisis sobre la estructura normativa de las municipalidades y regiones. Luego elaboraremos otro acerca de la naturaleza jurídica y de la falaz utilidad de los acuerdos de conformidad con la normativa vigente.

2. MARCO NORMATIVO

Según el artículo 188, *ab initio*, de la carta de 1993:

La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

El artículo 2 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) dispone que la misma

[...] establece la finalidad, principios, objetivos y criterios generales del proceso de descentralización; regula la conformación de las regiones y municipalidades; fija las competencias de los tres niveles de gobierno y determina los bienes y recursos de los gobiernos regionales y locales; y, regula las relaciones de gobierno en sus distintos niveles.

La LBD, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) junto con la Constitución y otras normas individualizadas son los preceptos matrices sobre las cuales se configuran, interactúan y operan en un Estado descentralizado el Gobierno nacional, las regiones y municipalidad. Estas leyes, al agotar el reparto de competencias así como diseñar fuentes formales, constituyen «normas interpuestas» y es así como forman parte del bloque de constitucionalidad. Estas normas interpuestas, y ello queda claro, cumplen una función constitucional. En suma, la descentralización supone, antes que nada, distribuir territorialmente el poder (competencias) de tal suerte que a través de la autonomía que les es reconocida y de la cual gozan para el cumplimiento de sus fines e intereses respectivos, las regiones y municipalidades puedan no solo dictar actos administrativos y reglamentos (autonomía administrativa), sino asimismo dar normas primarias con indiscutible valor de Ley (autonomía política).

La LBD define a la autonomía del modo siguiente:

Artículo 8.- «La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas».

Efecto importante de este proceso descentralizador lo constituye el hecho de que el principio de incardinación normativa de jerarquía y sus variantes no prevalecerán más. Han de compartir el prominente sitio que ocupaban con la idea de competencia y con esta la de función constitucional cuando corresponda.

Resulta relevante, para así podernos explicar mejor, el elaborar sobre las estructuras normativas (ordenamientos) de cada una de las entidades aludidas, citando el artículo 10 *ab initio* de la LBD:

Carácter y efecto de las normas

10.1. La normatividad que aprueben los distintos niveles de gobierno en el marco de sus atribuciones y competencias exclusivas, son de cumplimiento obligatorio en sus respectivas jurisdicciones.

10.2. Los poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.

El artículo 8, *in fine*, de la LBD precisa: «La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas».

Es el artículo 11.1, *ab initio*, de la LBD el cual preceptúa: «La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se *sujeta* al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República».

El artículo II, *in fine*, del Título Preliminar de la LOM, refiere: «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, *con sujeción al ordenamiento jurídicos*» (las cursivas son nuestras).

Según el artículo 36 de la LOGR:

Las normas y disposiciones del gobierno regional *se adecuan al ordenamiento jurídico nacional*, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno. Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa.

¿Cómo explicar esta suerte de subordinación al ordenamiento jurídico nacional de la normatividad dada por regiones y municipalidades? Desde ya descartamos una relación jerárquica. Ello configuraría un agravio frontal a la autonomía política y administrativa que detentan las entidades territoriales.

Creemos encontrar la razón de tal *adecuación y sujeción* al ordenamiento jurídico nacional en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad que, tal como ya lo hemos señalado, se encuentra conformado por normas interpuestas que agotan el reparto de competencias y el diseño de fuentes formales normativas.

3. ORDENAMIENTO MUNICIPAL

Es de poner de relieve el artículo 38 de la LOM que a la letra dice:

El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo. Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades. Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad.

Según el artículo 39 de la LOM:

Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven a través de resoluciones de concejo. El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno

señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo. Las gerencias resuelven los aspectos administrativos a su cargo a través de resoluciones y directivas.

Así las cosas, las ordenanzas son las fuentes formales de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal. Tienen valor de Ley. El artículo 40, *ab initio*, de la LOM preceptúa:

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley. Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

Sobre las ordenanzas municipales hemos señalado en otro lugar:

Notablemente, y *de lege ferenda*, diremos por nuestra parte que las ordenanzas son normas ordinamentales con jerarquía de ley, dadas por las municipalidades, vigentes en un ámbito territorial determinado y detentoras de un acervo de competencias privativas. Fuentes primarias, en fin, inmediatamente subordinadas a la Constitución, que comparten el mismo escalón primario con otras fuentes normativas que tienen también rango de ley, como son la ley ordinaria, la ley orgánica, el decreto legislativo, el decreto de urgencia y las ordenanzas regionales. Todas estas fuentes de producción normativa se terminan ubicando en una posición de lateralidad la una con la otra y equidistantes de la Constitución. Las ordenanzas municipales y las demás fuentes ya mencionadas son normas con rango de ley, que se relacionan entre sí por el principio de competencia y algunas de ellas pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos, siendo algunos de ellos de carácter territorial. Las ordenanzas, en rigor, no son reglamentos, son leyes, en términos materiales, que nacen de la asamblea (concejo municipal), asamblea que a su vez tiene su origen en la voluntad ciudadana. (Tafur Charun, 2022)

Sin embargo, en la misma oportunidad precisamos luego:

Llama a paradoja y perplejidad la polisémica naturaleza funcional de la ordenanza. En suma, es una fuente polivalente o que adolece de plurivocidad, lo que supone no otra cosa que un «travestismo jurídico». Así, algunas veces la ordenanza actuará como norma primaria o como reglamento independiente, reglamento ejecutivo, otras veces tendrá la naturaleza de acto de la Administración, de acto administrativo, de norma medida, también, cómo no, de acto de gobierno, de norma técnica, norma de desarrollo, considerando también la dación de planes y políticas locales. Y, lo más importante, subordinadas en muchos casos a leyes, normas *secundum legem* y hasta «terciarias», generalmente dadas por el Gobierno nacional, pese a que las ordenanzas, *de lege lata*, son fuentes con rango de ley. Además, las ordenanzas interactuarán a veces con otras normas a partir del principio de jerarquía o de competencia, y otras veces y notablemente a partir de la novedosa e importante idea de función constitucional. En tal sentido, dudamos, también *de lege lata*, que la ordenanza pueda ser considerada una auténtica norma primaria, inmediatamente subordinada a la Constitución, ubicada en una posición equidistante con relación a la Constitución y junto con otras fuentes que sí detentan un auténtico rango de ley y que interactúan en función del principio de competencia. (Tafur Charun: 2022)

Este texto debe ser concordado con el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM. Tal artículo preceptúa:

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

A su vez, el recientemente citado artículo debería ser concordado con el artículo 10.3. de la LBD, el cual dispone:

Las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y los sistemas administrativos del Estado, referidos a presupuesto, tesorería, contaduría, crédito público, inversión pública, contrataciones y adquisiciones, personal y control, por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno.

Pero con todo, y mal que mal, las ordenanzas municipales están previstas en la carta de 1993, detentan, con todos sus problemas, un ámbito de actuación que les corresponde por ser las normas primarias y prevalentes por excelencia del ordenamiento municipal (cabeza visible del ordenamiento municipal) y a las cuales no les es ajena cualquier materia circunscrita a los fines e intereses respectivos de la localidad de que se trate.

En lo que se refiere a los decretos de alcaldía, el artículo 42 de la LOM prescribe que estos establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal, y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario que no sean de competencia del concejo municipal.

Al respecto, es de indicar que cuando la norma citada refiere que los decretos de alcaldía «establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas», no está preceptuando otra cosa que no sea que estos decretos tienen la naturaleza de «ejecutivos». Esto es, a través de los decretos de alcaldía se «reglamentan las ordenanzas» sin *transgredirlas* ni *desnaturalizarlas*. Ello, y no cabe la menor duda, consagra la superioridad jerárquica de las ordenanzas sobre los decretos de alcaldía.

El mismo artículo prescribe que los decretos de alcaldía «sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal». En alguna buena medida ha de indicarse que esta norma resulta siendo tautológica respecto a lo preceptuado con referencia a las ordenanzas. En efecto, recuérdese que el artículo 40 de la LOM señala que por medio de las ordenanzas «se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos». Es prácticamente la misma materia. Existe, entonces, «una comunidad material», y de darse una antinomia prevalecerá la norma de mayor jerarquía: la ordenanza.

El artículo 42 de la LOM, en fin, dispone como competencia de los decretos de alcaldía resolver y regular asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal. Sin duda, esta es una competencia residual de los decretos de alcaldía. Estos decretos podrán regular y resolver asuntos de orden general y de interés para el vecindario que no sean de competencia del concejo municipal. Los decretos tendrán un amplio espectro para desenvolverse siempre y cuando, e indistintamente, la materia de que se trate no haya sido regulada por una ordenanza (congelación del rango-reserva formal), o esa misma materia no sea competencia exclusiva y excluyente del concejo municipal por mandato del ordenamiento (reserva material). Esta elaboración se fundamenta en la superioridad jerárquica de la ordenanza sobre el decreto de alcaldía.

Llama la atención, no obstante, que el artículo 42 de la LOM se refiera a «asuntos de interés para los vecinos». Podemos sostener que «el interés para los vecinos» debe estar presente en toda actuación, ya sea política o administrativa, de las municipalidades. Es en el «interés de los vecinos», en su bienestar, que se legitima el ejercicio de las competencias municipales y con ellas, también, la detentación de poderes exorbitantes.

El artículo 39 de la LOM precisa que los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven los concejos a través de resoluciones de concejo. Esto no hace más que reforzar la posición que los municipios, al igual que las regiones, tienen una naturaleza «bifronte» (García de Entería y Fernández, 2001, p. 295). Esto es, así como la composición de los concejos se origina en el sufragio de los vecinos y a su vez detentan la virtualidad de dar leyes, también se encargan de los asuntos administrativos concernientes a su organización interna. Pero, claro está, se trata de normas *ad-intra* o autoorganizativas.

Finalmente, según el artículo 43 de la LOM: «Las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo». Entendemos que esta facultad versa sobre la capacidad del alcalde para dar actos administrativos. Y refuerza aún más el carácter «bifronte» de las municipalidades. Queda claro que no se puede confundir el acto administrativo con el reglamento. Si bien es cierto que ambos son producto de las administraciones públicas, el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico y el acto administrativo es apenas una aplicación de este.

4. ORDENAMIENTO REGIONAL

Conforme al artículo 38 de la LOGR: «Las ordenanzas regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del gobierno regional y reglamentan materias de su competencia».

El literal a) del artículo 15 de la LOGR preceptúa: «son atribuciones del consejo regional: a. aprobar, modificar o derogar las normas que regulen o reglamenten los asuntos y materias de competencia y funciones del gobierno regional».

El artículo 191 de la Constitución dota a los gobiernos regionales de autonomía política, económica y administrativa. El artículo 2 de la LOGR dispone: «Los gobiernos regionales emanan de la voluntad popular. Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo, para su administración económica y financiera, un pliego presupuestal».

Aun cuando aquí, en principio, no vamos a tocar el tema de las políticas nacionales, sectoriales y subnacionales, queremos incidir en el asunto Conga (Expediente n.º 0001-2012-PI/TC) que fuera materia de resolución del Tribunal Constitucional. Ello debido a que tal caso, y concretamente a lo decidido en la sentencia, resulta muy didáctico en lo que se refiere a la naturaleza y alcance de las ordenanzas regionales.

El Fiscal de la Nación interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional de Cajamarca n.º 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2011, que declara inviable el proyecto minero Conga. Alega que con dicha normativa el Gobierno Regional de Cajamarca se extralimitó en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo, cuestionando específicamente:

- i. La declaración del interés público regional respecto la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca.
- ii. La declaración de la inviabilidad del proyecto Conga.
- iii. El encargo dado al presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República los procesos investigatorios sobre el estudio de impacto ambiental (EIA) que aprobó dicho proyecto.
- iv. Que se deje sin efecto cualquier norma que se oponga a tal ordenanza regional. En la demanda se argumenta que el Gobierno Regional de Cajamarca actuó fuera del ámbito de sus competencias.

Así, afirma que si bien el artículo 192 de la Constitución establece que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos que son de su responsabilidad, tal función debe efectuarse en armonía con las políticas y planes nacionales locales. Y que si bien el artículo 192, inciso 7) establece que los gobiernos regionales son competentes para promover y regular actividades en materia de agricultura, minería y medio ambiente, ello debe realizarse de acuerdo al principio de unidad. *En tal sentido, la autonomía regional no puede contravenir la normativa del Gobierno nacional.* Debido a ello, la Ley n.º 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) establece en su artículo 26.1 que el diseño de políticas nacionales y sectoriales, entre otros, es

competencia exclusiva del Gobierno nacional. Y de manera similar, la Ley n.º 27867, de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), artículo 45 a) establece que es competencia exclusiva del Gobierno nacional definir, dirigir y gestionar las políticas nacionales y sectoriales en consideración a los intereses nacionales y diversidad de las regiones, estando los gobiernos regionales encargados de definir, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere, por consiguiente, que las competencias de los gobiernos regionales deben desarrollarse de conformidad con las políticas y planes nacionales atendiendo al principio de unidad y el de cooperación y lealtad regional, sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el Gobierno nacional.

De otro lado, argumenta el Fiscal de la Nación que de conformidad con el artículo 52 de la Ley n.º 28611, General del Ambiente (LGA), las competencias ambientales son ejercidas por los gobiernos regionales entre otras instituciones, de conformidad con las políticas públicas y normas ambientales de carácter nacional, las mismas que son función exclusiva del Gobierno nacional. Respecto la inviabilidad declarada por el Gobierno Regional de Cajamarca del proyecto Conga, advierte el demandante que corresponde al Poder Ejecutivo establecer la política gubernamental del sector minero, por lo tanto, determinar la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura, así lo determina el artículo 6, inciso h) del Decreto Ley n.º 25952, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas (Losem) que establece como función del Ministerio de Energía y Minas (MEM) otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, de conformidad con la legislación de la materia.

Por su parte, el Decreto Supremo n.º 016-93-EM, Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería contempla en su artículo 4, que la autoridad competente en el sector minero metalúrgico es el único ente gubernamental encargado de:

1. Fijar las políticas de protección del medio ambiente para las actividades minero-metalúrgicas y dictar la normativa correspondiente.
2. Aprobar los Estudios de Impacto ambiental y Programas de Adecuación y Manejo de Ambiental y autorizar la ejecución de los mismos para cada una de las unidades económicas administrativas.

Argumenta, por último, que al declararse la inviabilidad del proyecto Conga en el fondo se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que aprobó el EIA y las autorizaciones otorgadas a la empresa minera Yanacocha S. R. L., *no siendo el Gobierno Regional de Cajamarca competente para declarar la nulidad del acto administrativo referido. De acuerdo al artículo 202 de la Ley n.º 27444, del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la nulidad de oficio procede por el mismo funcionario que emitió el acto administrativo o por uno de mayor jerarquía y solo luego dentro del año de emisión de tal acto.* Una vez transcurrido tal periodo solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial.

El Gobierno Regional de Cajamarca contesta la demanda alegando que la Constitución de 1993, al igual que la de 1979, no desarrolla minuciosamente las competencias de los órganos constitucionales, por lo que «es muy difícil encontrar las atribuciones del Gobierno nacional (Poder Ejecutivo)» [sic]. Afirma que en los veintisiete artículos de la Constitución «dedicados al gobierno no se determinan las atribuciones propias» [sic] tan solo se refieren a competencias genéricas. De igual manera, al Congreso solo se le reconoce atribuciones normativas y no vinculadas a la Administración Pública. Por consiguiente, es «casi imposible contrastar un ejercicio de atribuciones de órganos constitucionales distintos con las atribuciones del Legislativo y el Ejecutivo» [sic].

La demandada estima en tal sentido que en lo que respecta a la minería, compete al gobierno regional otorgar las licencias y autorizaciones respectivas. Alega, asimismo, que la LOGR reconoce específicas atribuciones en materia ambiental a los gobiernos regionales, entre las cuales destaca: implementar el sistema regional de gestión ambiental, y controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre el uso racional de los recursos naturales. Acerca del artículo 66 de la Constitución, refiere que es requerida su reglamentación por cuanto el Estado, si bien es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, está conformado por varios niveles de gobierno. Destaca también el respeto que merecen las propiedades de las

comunidades indígenas, no pudiendo ser modificados sus derechos reconocidos por la Constitución de 1920 y 1933. En virtud de lo argumentado solicita que la demanda sea declarada infundada.

El argumento central del demandante es que mediante la cuestionada ordenanza regional se invaden las competencias del Gobierno nacional en lo que a la regulación del sector minero se refiere. Afirma que el verdadero efecto de la ordenanza es la declaración de nulidad del acto administrativo que aprobó el EIA, esto es, la Resolución Directoral n.º 351-2010-MEM/AAM, aprobada por el MEM, para lo cual el gobierno regional no tiene competencia alguna. En efecto, basándose en la normativa referida en los antecedentes, el Fiscal de la Nación alega que es el Gobierno nacional el encargado de determinar la política nacional relativa a la explotación minera y de la política ambiental. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tendría competencia alguna para declarar inviable la ejecución del proyecto Conga.

En el fundamento jurídico 3, el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 0001-2012-PI/TC declara: «Este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional tiene rango legal [art. 200, inciso 4, de la Constitución]».

En el fundamento jurídico 4, el Tribunal Constitucional señala:

Por lo tanto, debe tomarse en consideración cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre los gobiernos regionales y el Gobierno nacional en el ámbito del sector minero, considerando como un elemento relevante en tal repartición la protección de los recursos hídricos, específicamente las cabeceras de cuenca.

Luego, el supremo intérprete de la Constitución agrega:

El principio de competencia, tributario del principio de jerarquía, es la herramienta que guiará la metodológica con la que este Tribunal resolverá la presente causa, debido a que, como ya se advirtió, se está ante lo que en esencia es un conflicto de competencias. Por ello, este colegiado tendrá que observar cómo la Constitución y las normas interpuestas han repartido las competencias entre los gobiernos regionales y el Gobierno nacional a fin de determinar las competencias respectivas en materia de minería y protección de cabeceras de cuencas. (f. j. 5)

En suma, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de minería, las normas interpuestas, como la LBD y la LOGR establecen que las competencias en materia de minería son compartidas, estableciéndose específicamente que las concesiones en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal recaen sobre los gobiernos regionales.

En cuanto al Gobierno nacional, este es competente para el otorgamiento de la concesión de la gran minería y de la mediana minería. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para declarar la inviabilidad de la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga, ya que intervenir en ello implica exceder las competencias normativas atribuidas por la Constitución y las normas interpuestas que ordenan la repartición de competencias. Por todo ello, el artículo segundo de la ordenanza regional bajo estudio debe ser declarado inconstitucional (f. j. 26).

De la sentencia citada podemos encontrar las siguientes conclusiones:

- a) Pese a que la ordenanza era una norma con rango de ley, el Tribunal Constitucional consideró: «[...] habiendo sido declarado inconstitucional el artículo primero y segundo de la ordenanza, el artículo cuarto, *deviene igualmente en inconstitucional porque una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley*» (el resaltado es nuestro). Esto es, pese a ser la ordenanza norma de igual valor o rango, la ley *asignadora*

(interpuesta) de competencias prevalece sobre la ordenanza regional. La razón de esta primacía de la ley *asignadora* no puede ser encontrada sino en la «función constitucional» que cumple la misma.

- b) El reparto de competencias entre órganos constitucionales no se lleva a cabo ni se agota necesariamente y solo a través de normas primarias, esto es, con valor de ley (f. j. 13). Estas normas infralegales, y he ahí su valor, se legitiman por la «función constitucional» que cumplen, esto es, agotar la distribución de competencias. Según el Tribunal:

Al respecto es importante que se tome en consideración que el RAAEM [Decreto Supremo n.º 020-2008-EM, que aprueba el *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*] establece en su artículo 3 que es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la DGAAM, la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de la gran minería y la mediana minería. (f. j. 41)

Reitero: lo que determina la validez, efectividad y virtualidad jurídica de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad (normas interpuestas) es su contenido material, esto es, el producto del cumplimiento de la función que la Constitución les asigna. Más allá de la forma que adopten y de su jerarquía o grado, lo que realmente importa es que estas normas, de tan especial naturaleza, cumplan a cabalidad y con rigor la función constitucional, social y económicamente valiosa, que precisamente la Constitución, en cuanto «competencia de las competencias» y «fuente de fuentes», les ha asignado. Resulta así nítido que, sobre todo lo demás, ha de prevalecer el aspecto material que constituye el contenido y, en consecuencia, el resultado del cumplimiento de la función aludida. Y es que ese sustrato material es lo que configura y justifica que tales normas detenten una posición de prevalencia o primacía con relación a otras normas infraconstitucionales de igual jerarquía. La función constitucional que aquellas normas cumplen es el dato primario en lo que a su incardinación en el ordenamiento se refiere. El límite no es formal sino material.

- c) En su fundamento jurídico 23, el Tribunal precisa:

[...] en materia de minería, el ejercicio de las competencias a cargo de los gobiernos regionales debe realizarse conforme a las políticas nacionales elaboradas por el Gobierno nacional y de manera compartida. Ello implica la continuación de un mismo proyecto de desarrollo por parte de los gobiernos regionales, bajo las premisas generales decididas por el Gobierno nacional.

Tal parece que el Tribunal se inclina por una relación jerárquica entre las políticas nacionales y subnacionales. Por nuestra parte, creemos que estamos frente a una relación internormativa de naturaleza competencial. No negamos en absoluto que deba existir una rectoría a cargo del Gobierno nacional, pero esta debe tener un límite, no debe dejar vaciada de contenido la regulación regional. El Gobierno nacional debe respetar el ámbito competencial de la región, dejándole así a esta un espacio suficiente para que pueda desplegar sus competencias conforme a su realidad e intereses respectivos. La Constitución habla de «armonizar» políticas, no de dar directivas. La región no es un mero órgano periférico ejecutor de una voluntad ajena. La región, como diría García de Enterría, tiene derecho a una política propia.

- d) Resulta nítido que el bloque de constitucionalidad, al agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes (en tanto norma sobre la forma de producción jurídica), cumple doblemente una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido bloque no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento nacional. De lo hasta aquí expresado queda claro que en caso de que una ley contravenga las disposiciones del bloque, ella deberá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Y tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución, será una contravención directa a la Constitución, pues es esta la que reenvía

o encomienda al bloque, mediante remisiones, la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agravado cuando no se respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad (Tafur Charun: 2022).

- e) El bloque de constitucionalidad, en virtud del reenvío que ha dispuesto la Constitución para completar la organización del Estado, cumple una especial función de naturaleza constitucional, dentro del sistema jurídico que lo termina situando en una posición «cualitativamente superior» (nunca jerárquica) respecto no solo a la normatividad que genere la institución a la cual regula, sino además de la generalidad de fuentes integrantes del resto de ordenamientos. Por ello, estas leyes integrantes del bloque constitucional, rigurosamente subordinadas a la Constitución, se ubican al tope de cada ordenamiento constituido por las instituciones generadoras de normatividad jurídica (Tafur Charun: 2022).

En cuanto a los decretos regionales, el artículo 40 de la LOGR prescribe que estos

[...] establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano. Los decretos regionales son aprobados y suscritos por la gobernación regional, con acuerdo del directorio de gerencias regionales.

Es fácil notar que estos decretos son hermanos gemelos del decreto de alcaldía. Solo precisaremos que el ámbito material de actuación entre ambas fuentes será eventualmente diferente.

Para concluir con este epígrafe, citamos el artículo 22 de la LOGR que establece que el gobernador ejecuta sus actos de gobierno mediante decretos regionales. Los actos administrativos que correspondan son suscritos con el gerente general regional y/o los gerentes regionales.

Causa perplejidad el hecho de que este artículo, en buena cuenta y según entendemos, prescriba que el gobernador regional puede dictar actos administrativos a través de decretos regionales. Ello rompe frontalmente la sistematicidad del ordenamiento, pues los decretos regionales constituyen reglamentos, esto es, y como ya lo hemos dicho, se deslindan nítidamente de los actos administrativos que no son, sino una mera aplicación del ordenamiento del que forman parte los decretos regionales. El quid de este disenso radica en la frase «ejecuta sus actos de gobierno». Los reglamentos no ejecutan, los actos administrativos sí ejecutan.

5. ACUERDOS REGIONALES Y ACUERDOS MUNICIPALES

Antes de iniciar el análisis de los acuerdos territoriales queremos dejar en claro que el problema que estamos abordando no supone el interdecir el diseño de fuentes formales —no previstas en la Constitución— llevado a cabo por normas interpuestas, esto es, por normas integrantes del bloque de constitucionalidad. Pero el problema sí se suscita cuando, en estas circunstancias, las normas interpuestas «crean» fuentes formales cuya utilidad no solo no se deriva de una necesidad del supraordenamiento, sino que a un nivel de *secundum legem* no tienen razón de ser. Nos estamos refiriendo en concreto a la función que cada fuente formal debería cumplir. Así, por ejemplo, el decreto ejecutivo cumple la función de reglamentar la ley llevando a esta a sus consecuencias prácticas. En suma, y por el contrario, estamos frente a fuentes formales cuya existencia no es reclamada por la Constitución ni por las normas interpuestas. Y esta imperfección de la fuente formal indebidamente creada o diseñada conduce a que la misma, al no contar con una función específica que cumplir y que le dé legitimidad y legalidad, termine —como veremos— siendo una manifestación de voluntad de la entidad de que se trate, carente de univocidad y polisémica y, lo que es aún más grave, sin una naturaleza jurídica bien definida. En algunos casos ni siquiera tendrán el carácter de normas en su acepción jurídica rigurosa. Si alguna función cumplen estas normas es la de alambicar aún más la funcionalidad del ordenamiento jurídico, vulnerando y agravando de este modo la sistematicidad del mismo. Distinto es el caso cuando la fuente formal es creada por la norma interpuesta dada la necesidad del supraordenamiento, pues tal

diseño resulta imperioso para la adecuada operatividad de este. Ello, a su vez, hace necesario e imprescindible la creación de la fuente formal. Esta fuente formal, en abstracto, ha de cumplir una función social y económica valiosa que gatille que, entre por otras razones, sea acogida por el supraordenamiento.

Según el artículo 39 de la LOGR:

Los Acuerdos del Consejo Regional expresan la decisión de este órgano sobre asuntos internos del Consejo Regional, de interés público, ciudadano o institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional. Los Acuerdos Regionales serán aprobados por mayoría simple de sus miembros. El Reglamento del Consejo Regional podrá acordar otras mayorías para aprobar normas.

De otro lado, el artículo 41 de la LOM prescribe que los acuerdos son decisiones que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.

El texto de ambos artículos es bastante similar, lo que facilita la ejecución de la tarea emprendida. La pregunta que corresponde y justifica cualquier utilidad que pueda tener este trabajo es cuál es la naturaleza de los acuerdos *territoriales*.

En primer lugar es de notar que ambas «fuentes» tienen su origen en el consejo regional y el concejo municipal. Esto es, en la «asamblea». Según García de Enterría (1981):

En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la asamblea (La «convención», expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que este procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribió resueltamente todo poder por encima de la asamblea y, por supuesto, todo poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia asamblea [...]. (p. 35)

Además, ambas normas hablan de «asuntos de interés público». Al respecto, no se debe olvidar que conforme al artículo 7.3 de la LBD: «El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público». Así, pues, tal dispositivo contenido en la LOM y LOGR termina siendo tautológico y redundante pues toda actuación de las administraciones públicas ha de estar dirigida a la consecución del interés público. De esto último deriva la capacidad de estas de ejercer sus competencias, y detentar sus privilegios y exorbitancias.

Los artículos materia de análisis también refieren que a través de acuerdos las entidades territoriales declaran su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional. No cabe duda de que estamos frente a meras declaraciones de voluntad no vinculantes, pero sí potestativas.

Así las cosas, reiteramos la pregunta y precisamos si estamos frente a reglamentos, actos administrativos o normas «medida». Creemos que, a efectos didácticos, puede ser útil citar algunos acuerdos:

- Acuerdo n.º 0134-2014-GRA (Arequipa): se reconoce a una serie de platos típicos de la región Arequipa en virtud de su valioso aporte cultural en el desarrollo y preservación de las tradiciones.
- Acuerdo n.º 127-2014-GRA (Arequipa): se reconoce al perol mollendino como plato típico de la provincia de Islay de la región Arequipa.

Los acuerdos citados no innovan el ordenamiento jurídico. Tampoco son una aplicación del mismo. Son declaraciones líricas de carácter simbólico. Son sencillamente declaraciones de voluntad, pero, en este caso, no generan ni producen efectos jurídicos de ningún tipo.

Distinta es la naturaleza de los siguientes acuerdos:

- Acuerdo n.º 122-2014-GRA (Arequipa): declaran en emergencia el servicio de hemodiálisis del Hospital Honorio Delgado Espinoza en Arequipa por treinta días.
- Acuerdo n.º 072-2014 GRSM (San Martín): autorizan transferencia de infraestructura del proyecto: Almacén para Granos San José de Sisa.
- Acuerdo Regional n.º 039-2019-GR-LL/CR (Trujillo, 28 de junio de 2019): autorizan la transferencia financiera a favor de la Contraloría General de la República, destinada a financiar la contratación de sociedades de auditoría, en el marco de lo establecido en el artículo 20 de la Ley n.º 27785, modificada por la Ley n.º 30742, Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República.
- Acuerdo de Concejo n.º 016-2023-MSI (San Isidro, 28 de marzo de 2023): aprueban compensación económica mensual de alcaldesa y fijan monto mensual de dietas de los regidores del Concejo Municipal de San Isidro.
- Acuerdo Regional n.º 040-2019-GR-LL/CR (Trujillo, 28 de junio del 2019): autorizan la transferencia financiera a favor de la Municipalidad Provincial de Parcoy, destinada para la ejecución del PIP con Código Único de Inversión n.º 2320779 «Mejoramiento del servicio educativo de la I.E: 80454 Andrés Avelino Cáceres, nivel primario en la localidad de Parcoy - Patatz - La Libertad».
- Acuerdo Regional n.º 041-2019-GR-LL/CR (Trujillo, 28 de junio del 2019): autorizan transferencia financiera al Programa de Compensación para la Competitividad - Agroideas destinada a cofinanciar la ejecución de proyectos. Aprueban autorizar la transferencia financiera al programa de compensación para la competitividad - Agroideas, destinada a cofinanciar la ejecución de los proyectos Planta de procesamiento de papa en la provincia de Julcán y Planta de desaponificado de quinua y de desamargado de Tarwi en la provincia de Sánchez Carrión.

No cabe duda de que los acuerdos recientemente citados configuran auténticos actos administrativos. Pero somos de la idea que la dación de actos administrativos a través de acuerdos agravia el principio de legalidad. Según hemos visto, los acuerdos detentan una muy pobre o casi inexistente virtualidad normativa. Para nosotros, es claro que los acuerdos, que son una creación del legislador orgánico, no pueden detentar un carácter mandatorio. Que los acuerdos den reglamentos y actos administrativos o normas «medida», configura un agravio a la competencia normativa y, con todo, no pasan de ser un acto *ultra vires* que rompe innecesariamente la sistematicidad del ordenamiento jurídico. Y si hablamos de principio de legalidad es porque el derecho público es rigurosamente atributivo. Así las cosas, es menester citar los siguientes artículos del TUO de la Ley n.º 27444:

Artículo IV 1.1: «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

Artículo 1.2: «No son actos administrativos: [...] 1.2.2. Los *comportamientos* y actividades materiales de las entidades» (las cursivas son nuestras).

72.1: «La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan».

De tal suerte, tenemos que los acuerdos tienen en ciertos casos dos vicios:

- a) Incompetencia normativa. Esto es, regulan materias ajenas a la esfera de atribuciones que el supraordenamiento les ha asignado. Esto es, estaríamos ante actos *ultra vires*. La materia de reglamento o de acto administrativo de que se trate no puede adoptarse bajo la forma de acuerdo. El acuerdo, en cuanto fuente, no tiene competencia para ocuparse de tales materias, estas corresponden ser reguladas o decididas por otras fuentes normativas.
- b) Agravian el principio de legalidad. Existe, pues, una vinculación positiva entre el ordenamiento y la atribución de la entidad. Las administraciones públicas solo pueden actuar dentro del marco que el ordenamiento les ha atribuido positivamente. Y en el caso de los acuerdos, estos no cuentan con virtualidad normativa, pues la misma no les ha sido otorgada por el ordenamiento.

Finalmente, es de citarse el artículo 43 de la LOGR que preceptúa:

Las ordenanzas y decretos regionales pueden impugnarse mediante los mecanismos de acción de inconstitucionalidad y acción popular, respectivamente, en la vía correspondiente. Las resoluciones regionales pueden impugnarse en vía administrativa y contencioso administrativa, con arreglo a ley. Los procedimientos administrativos en general, a nivel del gobierno regional, se rigen por el ordenamiento jurídico de la República.

En este artículo 43, los acuerdos regionales están ausentes, esto quiere decir que no cuentan con un proceso de impugnación. Y todo ello no hace más que confirmar la naturaleza extranormativa y no vinculante de dichos acuerdos. Quizá el legislador orgánico fue consciente de ello.

6. REFERENCIAS

- División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. (2011). *Informe legislativo 2010. Perú, el país de las leyes*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García de Enterría, E. (Enero-abril 1981). La posición del Tribunal Constitucional. Posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1), pp. 35-131.
- Espejo Morante, L. y Suclupe Alvarado, E. (2004). *Desarrollo económico y municipalidades: de la pobreza al desarrollo. I Encuentro binacional Lambayeque 2003*. Lima: Intermediate Technology Development Group.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Grupo Consultivo del Plan de Acción del Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste. (31 de agosto del 2006). *Informe de consultoría: Análisis de la concordancia de los instrumentos nacionales y regionales con la legislación internacional sobre el manejo sostenible y utilización del medio marino y costero de acuerdo con la Decisión n.º 12 de la XIII Reunión de la Autoridad General del Plan de Acción para la Protección de Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste, realizada en Guayaquil, Ecuador, el 31 de agosto de 2006*.
<http://cpps.dyndns.info/cpps-docs-web/planacion/biblioteca/pordinario/020.Informe%20Legal%20Panama.pdf>
- Tafur Charun, E. (1992). *La competencia como criterio de incardinación normativa. Una aproximación al sistema de fuentes en la Constitución de 1979*. [Tesis para optar el título de abogado]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tafur Charun, E. (2022). La jerarquía de las ordenanzas municipales. *Estudio Castillo Freyre, Artículos*.
<https://castillofreyre.com/articulos/la-jerarquia-de-las-ordenanzas-municipales/>

LA DISTRIBUCIÓN DE ÁMBITOS MATERIALES ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1958 DE LA V REPÚBLICA FRANCESA

«There is only one thing in the
World worse than being talked
About,
And that is not being talked
About».
Oscar Wilde

Uno de los problemas más arduos con que se ha enfrentado el derecho francés en su evolución constitucional ha sido el que se refiere a las relaciones normativas entre Parlamento y Gobierno.

En efecto, bajo la Constitución de la IV República (1946) se estableció expresamente la prohibición de delegaciones legislativas a fin de que no se repitiesen los excesos de prácticas tales como las leyes de «plenos poderes» que se dieron durante la III República.

Ante ello, resultó necesario recurrir a técnicas arbitrarias y complejas consistentes en la «deslegalización» o rebaja del rango normativo, entregando así una serie de materias a la disponibilidad de la Administración («Una suerte de acrobacia seudojurídica», dijo Waline, uno de los autores de la Constitución gaullista).

De este modo se pudo sortear la mencionada prohibición con la finalidad de lograr la colaboración normativa entre Parlamento y Gobierno, de inexcusable necesidad en todo Estado moderno.

Así las cosas, los técnicos responsables de la redacción de la Constitución de 1958 procedieron a gestar una auténtica revolución jurídica sin precedentes en el constitucionalismo europeo, que consistió en repartir distintos ámbitos materiales de actuación entre Ley y Reglamento. De esta manera, el artículo 34 de la Constitución de 1958 establece cuáles son las materias de competencia del legislador parlamentario que se encuentran en consecuencia vedadas a su regulación por el Gobierno. Por su parte, el artículo 37, *ab initio*, preceptúa que, «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley».

Según Pinon (s. f.):

Entre las fuentes infraconstitucionales del derecho, la Constitución del 4 de octubre de 1958 operó una «revolución». Lejos del dogma de la ley expresión de la voluntad general, de su tradicional soberanía, el legislador se encuentra «supervisado» por el Ejecutivo (fuerte racionalización del parlamentarismo), «concurriendo con» el pueblo (referéndum legislativo del artículo 11), a veces «suplantado» por el Gobierno (recurso a las resoluciones del artículo 38) o «censurado» por el Consejo constitucional. En su ámbito de acción, se ve incluso «limitado» por el juego de los artículos 34 y 37. (s. p.)

El aludido artículo 34 tiene el siguiente tenor:

La ley fijará las normas sobre: derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas como la libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación, y las prestaciones impuestas por la defensa nacional a los ciudadanos sobre sus personas y sus bienes. Nacionalidad, estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales, sucesiones y donaciones. Tipificación de los delitos, así como penas aplicables, procedimiento penal, amnistía, creación de nuevas clases de jurisdicción y estatuto de

los magistrados y fiscales. Base, tipo y modalidades de recaudación de los impuestos de toda clase y régimen de emisión de moneda. La ley fijará asimismo las normas referentes: Al régimen electoral de las cámaras parlamentarias las cámaras locales y a las instancias representativas de los franceses establecidos fuera de Francia, así como las condiciones de ejercicio de los mandatos electorales y los cargos líder de la segunda cámara líder de la primera cámara. Sesiones públicas o privadas, publicación de deliberaciones, servicio militar, derecho de transferencia de propiedad, requisitos para obtener nacionalidad por nacimiento, obligación de pagar impuestos, selección de los representantes de la primera cámara, selección de los representantes de la segunda cámara. Gobierno municipal, unidad gubernamental subsidiaria, electivos de los miembros de las asambleas deliberantes de las entidades territoriales. A la creación de categorías de entes públicos. A las garantías fundamentales para los funcionarios civiles y militares del Estado. A las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado. *La ley determinará los principios fundamentales:* De la organización general de la Defensa nacional. De la libre administración de las entidades territoriales, de sus competencias y de sus ingresos. De la enseñanza. De la preservación del medio ambiente. Del régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales. Del derecho laboral, del derecho sindical y de la seguridad social. Las leyes de Presupuestos establecerán los ingresos y los gastos del Estado en las condiciones y con las reservas establecidas por una ley orgánica. Las leyes de financiación del seguro social determinarán las condiciones generales de su equilibrio financiero y, teniendo en cuenta sus previsiones de ingresos, fijan sus objetivos de gasto, bajo las reservas previstas por una ley orgánica. Las leyes de programación determinarán los objetivos de la acción del Estado. Las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas serán definidas por las leyes de programación. Se inscribirán dentro del objetivo de equilibrio de presupuesto de las cuentas de administraciones públicas. Lo dispuesto en el presente artículo podrá ser concretado y completado por una ley orgánica. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 34 distingue claramente dos supuestos: aquel en que las materias han sido asignadas en toda su amplitud al Parlamento, sin límite vertical alguno, quedando para el Gobierno un ámbito residual que depende de la voluntad del legislador, a fin de posibilitar la ejecución de la ley, llevándola a sus consecuencias prácticas. Estaríamos, pues, ante una típica relación ley-reglamento ejecutivo. El otro supuesto es aquel en que corresponde al Parlamento establecer los principios fundamentales, sin poder ir más allá en lo que respecta a ciertas materias, existiendo un ámbito privativo del Gobierno a efectos del desarrollo de las mismas.

Queda claro que el ámbito de materias a ser desarrollado por el legislador es limitativo, no pudiendo, consecuentemente, extenderse a las materias que como un efecto residual, y por obra del artículo 37, *ab initio*, de la Constitución, son privativas y excluyentemente competencia del Gobierno. En tal sentido, el artículo 37 dispone: «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley». Esto es, que el Parlamento será solo competente para regular las materias que expresa y positivamente le ha atribuido el artículo 34.

Al respecto, y con mucha razón, Vedel (1980) ha señalado: «La competencia reglamentaria ha venido en constituirse en el principio, mientras que la competencia legislativa es la excepción» (p. 24).

Es de este modo como nos encontramos con dos ámbitos materiales que competen a dos fuentes, que tradicionalmente han sido de diferente jerarquía normativa, que se originan en órganos distintos: Parlamento y Gobierno. Ámbitos separados, irreductibles e impenetrables, no pudiendo una fuente regular a *nivel primario* materias que pertenecen al ámbito de la otra.

Sin embargo, pasados los años desde su dación, este revulsivo que supuso la construcción de la relación entre Ley y Reglamento, y que fuera obra de la Constitución de 1958, según Díez-Picazo (2008), parece tener los pies de barro. Díez-Picazo sostiene lo siguiente:

[...] hay que destacar la recuperación del papel central del legislador en el sistema de fuentes del derecho y, por consiguiente, una relativización del designio del constituyente de encerrar a la ley en un ámbito de materias tasadas dejando todo lo demás al reglamento. Por obra de la jurisprudencia administrativa y constitucional, la relación entre ley y reglamento ha retornado básicamente a su esquema tradicional. Esto se ha logrado gracias a una interpretación extensiva de las

materias que el artículo 34 de la Constitución encomienda a la ley, eliminando además la distinción entre materias en que la ley fija las «reglas» y materias en que la ley debe solo enunciar los «principios fundamentales»: se entiende que, cualquiera que sea el modo en que se caracterice la intervención de la ley para una materia dada, la potestad legislativa es plena. A ello hay que añadir que el consejo constitucional, a partir de su importante decisión de 30 de julio de 1982 sobre control de precios y rentas, viene entendiendo que la extralimitación del ámbito encomendado a la ley no puede conducir a una declaración de inconstitucionalidad, sino únicamente al procedimiento de «deslegalización» previsto en el artículo 37 de la Constitución, es decir, la ley que se extralimita no es inconstitucional, sino solo susceptible de ser derogada o modificada por reglamento. Este giro jurisprudencial es tanto más notable cuanto que, como se dijo más arriba, la creación misma del Consejo Constitucional tuvo como finalidad principal vigilar que la ley permaneciera en el ámbito restringido en que el artículo 34 de la Constitución la reclusa. Es más: con arreglo a esa nueva orientación de la jurisprudencia administrativa y constitucional, la ley debe efectivamente establecer una regulación de las materias que tiene encomendadas, sin que quepa la remisión en blanco al reglamento. El intento de arrinconar al Parlamento en una posición secundaria ha sido, así, definitivamente arrumbado desde comienzos de los años ochenta; lo que supone un reequilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. (p. 30)

En igual sentido se pronuncia Pinon (s. f.). En efecto, según este autor:

De hecho, en 1958, la ley ya no es solamente definida por su autor (el Parlamento), puesto que se añade a este criterio formal un criterio material: no puede dictarse sino en los ámbitos previstos en el artículo 34 de la Constitución. Por lo que se refiere a las otras materias, el artículo 37.1 precisa que «tienen un carácter reglamentario». La voluntad de desvalorización del Parlamento perseguida por la pareja De Gaulle/Debré tiene aquí su plena consagración. A partir de ese momento, el Gobierno, titular de un verdadero poder normativo (o reglamentario) autónomo, contaba, por otra parte, con un defensor: el Consejo constitucional (instituido principalmente para protegerlo de las usurpaciones de la ley). *Pero contra todo pronóstico, los «sabios» fueron poco a poco contribuyendo a relajar las dificultades constitucionales impuestas al Parlamento en el ámbito de sus competencias legislativas. El alcance de esta «revolución» fue, pues, limitado. El Consejo llegará incluso hasta declarar que «la Constitución no se propuso declarar inconstitucional una disposición de naturaleza reglamentaria contenida en la ley» (DC, 30 de julio de 1982, Ley sobre los precios y las rentas), lo que equivale a un cuestionamiento puro y simple del principio de distribución de competencias establecido por los artículos 34 y 37. ¿A qué se debe tal retroceso del control de la constitucionalidad de las leyes como instrumento de la protección del ámbito reglamentario? La razón es a la vez jurídica y política.* (Las cursivas son nuestras)

Sobre el mismo tema, es de citar a Cerda Guzmán y Guglielmi (2021) cuando indican:

Inicialmente, este procedimiento (art. 37.2) parecía ser crucial en el juego de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, ya que permitía precisamente al Gobierno utilizar el Consejo Constitucional como salvaguarda contra los intentos de un Parlamento que tratara invadir el ámbito reglamentario. Sin embargo, con el tiempo, este mecanismo no tuvo el éxito esperado. Este uso escaso puede explicarse por el hecho de que la gran mayoría de las leyes adoptadas desde 1958 son proyectos de ley, por tanto, redactados por el Gobierno. Por ello, muy a menudo, el Gobierno ha aceptado e incluso favorecido estos abusos. (p. 40)

La Constitución francesa ha dispuesto medios de control para cualquier exceso en que incurran el Parlamento o Gobierno. Así, se configura una clarísima excepción a la omnipotencia legislativa nacida de la «voluntad general», según la cual cualquier materia es susceptible de ser regulada por la ley parlamentaria.

Como se señaló anteriormente, tanto el Gobierno como el Parlamento son dotados por la Constitución de medios de control específicos a fin de cautelar su ámbito privativo de actuación ante cualquier invasión de la otra instancia. Así, en el caso de los reglamentos que son perfectamente justiciables, cabe el recurso de exceso de poder o anulación por legalidad ante el Consejo de Estado. Asimismo, el Consejo Constitucional puede delimitar el ámbito competencial del reglamento aunque de manera indirecta, al efectuarlo con el de la ley. El Gobierno cuenta a su vez con tres acciones que le franquean los artículos 41, 61 y 37 de la Constitución que puede hacer valer ante el Consejo Constitucional.

Al respecto, el aludido artículo 41 dispone:

Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una proposición o una enmienda no pertenece al ámbito de la ley o es contraria a una delegación concedida en virtud del artículo 38, el Gobierno o el Presidente de la Cámara solicitada podrá oponerse a su admisión. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Cámara interesada, el Consejo Constitucional, a petición de una u otra parte, se pronunciará en el plazo de ocho días.

Cerda Guzmán y Guglielmi (2021) comentan sobre este artículo, precisando:

El propósito del artículo 41 de la Constitución es evitar, durante el procedimiento legislativo, cualquier propuesta de ley o enmienda que no esté dentro de la reserva de ley o vaya en contra de una delegación otorgada por el Parlamento al Gobierno para dictar ordenanzas. Nuevamente, esto es para evitar que el Parlamento invada las competencias del Gobierno. El procedimiento del artículo 41 de la Constitución solo hace intervenir al Consejo Constitucional como último recurso. Primero, permite que el Gobierno o los Presidentes de las Asambleas opongan la inadmisibilidad a las proposiciones de ley o enmiendas que afecten el ámbito reglamentario o a una delegación para realizar ordenanzas. Solo si hay un desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Asamblea en cuestión, interviene el Consejo Constitucional. Por lo tanto, está realmente en la posición de árbitro de un conflicto entre dos poderes públicos. (p. 40)

A su vez, el artículo 61 preceptúa:

Las leyes orgánicas antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, o sesenta diputados o senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno y si existiese urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

Por último, el artículo 37, *in fine*, dispone:

Los textos con forma de ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobasen después de la entrada en vigor de la presente Constitución solo podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional hubiese declarado su carácter reglamentario en virtud del apartado anterior.

Sobre el particular, y según Cerda Guzmán y Guglielmi (2021):

El artículo 37, párrafo 2, de la Constitución ofrece al Primer Ministro la posibilidad de recurrir al Consejo Constitucional para que verifique si las disposiciones de una ley, aprobada después de 1958, realmente pertenecen al campo reglamentario, o en otras palabras, si el legislador ha salido del ámbito que le asigna la Constitución. Si el Consejo Constitucional considera que las disposiciones controladas no entran dentro del ámbito de la ley, sino del reglamento, estas disposiciones son deslegalizadas y el Primer Ministro tiene derecho a emitir un decreto que modifique o derogue estas disposiciones. (p. 40)

Queda claro entonces, que es el principio de competencia el que regula la relación entre ley y reglamento; ambas fuentes deben respetar el dominio material que a la otra corresponde, y de no ser así, la norma invasora terminará siendo desplazada a través de los medios de control que la Constitución diseña, resultando intrascendente la aparente superioridad jerárquica que la norma desplazada pudiera ostentar.

Sin embargo, y como bien sostiene Vedel (1980):

[...] es incorrecto reducir la relación entre ley y reglamento a un criterio puramente material dejando de lado el criterio formal. Si bien es cierto que la ley no goza bajo la Constitución de 1958 de la omnipotencia que la caracterizó anteriormente, esta una vez promulgada es inatacable, inimpugnable, es acto «no viciado», mientras que el reglamento es perfectamente justiciable y anulable [...] Una vez promulgada, la ley se sustrae a todo debate acerca de su regularidad, incluso aunque violase la Constitución. (pp. 31-32)

Este aserto es sometido a acerbica crítica por Díez-Picazo (2008) por lo que el mismo denomina «efecto pantalla»:

La única deficiencia de esta nueva jurisdicción constitucional, cuya verdadera fecha de nacimiento es 1974 más que 1958, viene dada por el llamado «efecto pantalla»: cuando una ley no ha sido cuestionada ante el Consejo Constitucional o cuando, habiéndolo sido, este concluye que no es inconstitucional, la ley queda definitivamente instalada en el ordenamiento jurídico, pues no existen vías para ejercer posteriormente un control de constitucionalidad incidental. (p. 28)

Sin embargo, también sobre el proverbial «efecto pantalla» se pronuncian Cerda Guzmán y Guglielmi (2021), precisando:

[...] la revisión de 2008 introdujo un mecanismo de control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes: la cuestión prioritaria de constitucionalidad (en francés: *question prioritaire de constitutionnalité*, o QPC), que no solo ha permitido dar consistencia al control de constitucionalidad de las leyes en Francia, sino también jurisdiccionalizar el procedimiento ante el Consejo Constitucional. (p. 38)

Los mismos autores agregan:

Entre 1958 y 2010, el control de constitucionalidad de las leyes se limitó a un único tipo de control: el control a priori de la constitucionalidad de las leyes, es decir, antes de su entrada en vigor. Sobre la base de este procedimiento, las leyes promulgadas antes de 1958 (o promulgadas después de 1958 pero no remitidas al Consejo Constitucional para su control) no podían ser sometidas a un control. Sin embargo, mediante una sentencia de 1985, el Consejo ha considerado que era competente para revisar la constitucionalidad de una ley ya promulgada con ocasión del control de una ley que la modifica, complementa o afecta, permitiendo así llenar uno de los «puntos ciegos» del control a priori de las leyes. Por lo tanto, aunque está muy apegado a basar sus poderes en textos de derecho positivo, el Consejo a veces ha podido separarse de ellos para redefinir de oficio el alcance de sus múltiples competencias. (p. 39)

REFERENCIAS

- Cerda Guzmán, C. y Guglielmi, G. (2021). *Las sentencias básicas del consejo constitucional francés*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. http://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2021-213
- Díez-Picazo, L. (2008). Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. *Cuadernos de Derecho Público*, (34-35), pp. 21-33. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9546>
- Pinon, S. (s. f.). *El sistema constitucional de Francia*. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/001SPinon.htm#dos>
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

APÉNDICE

DE LOS CONTRATOS CONEXOS EN GENERAL

Sumario: 1. Exordio.— 2. La importancia de la función económico-social en los contratos conexos.— 3. Contratos de conexión recíproca.— 4. Accesoriedad.— 5. La relatividad del contrato.— 6. Colofón.— 7. Referencias.

«Valiente pescador mal anzuelo utilizaste,
En vez de una sardina un tiburón enganchaste».
Pedro Navaja/Rubén Blades

1. EXORDIO

El artículo 1351 del Código Civil define el contrato como «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una *relación jurídica patrimonial*» (las cursivas son nuestras).

Díez-Picazo y Gullón (1992) enseñan:

[...] el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial [...] el contrato se nos aparece como un acto jurídico, esto es, *como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos*. (p. 29) (Las cursivas son nuestras)

Según señala el profesor Castillo Freyre (2008):

El contrato —especie principal dentro del género del acto jurídico que constituye, por ende, un instrumento consubstancial de todo individuo— se define como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. *De esta forma, el contrato supone la creación de relaciones jurídicas que vinculan privadamente a los sujetos, de modo que puedan satisfacer sus propios intereses*. (p. 10) (Las cursivas son nuestras)

Luego el mismo Castillo Freyre (2008) agrega:

El contrato sirve a los contratantes para la obtención de las más variadas finalidades prácticas, toda vez que actualmente se suele decir que también sirve al interés general. *Hoy, por lo tanto, se considera la posibilidad de una doble función de este importante instrumento jurídico: la individual y la social*. (p. 22) (Las cursivas son nuestras)

Messineo, citado por Velarde Saffer y Gonzales La Rosa, (2010), ha señalado:

El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades [...] Dichos intereses por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad. (p. 72)

2. LA IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL EN LOS CONTRATOS CONEXOS

Por nuestra parte y siguiendo a un sector de la doctrina, es de indicar que el contrato o el negocio jurídico en general, cumplen una función económico social (típica jurídica o social) y, de ser el caso,

tal función, que no es otra cosa que la causa del negocio jurídico, es reconocida y acogida como valiosa por el ordenamiento jurídico y es como efecto de ello que el ordenamiento (o el derecho) otorga validez, exigibilidad y obligatoriedad al contrato o negocio jurídico de que se trate (reconocimiento jurídico). Es, pues, esa función económico-social típica, considerada valiosa por el ordenamiento, que facilitará el desenvolvimiento del tráfico jurídico y es por ello también que la sociedad toda en su conjunto termina por beneficiarse.

Como bien dice el profesor Taboada (1996): «Es justamente esta función, económico social, la causa del negocio jurídico» (p. 279).

Al respecto, el profesor Castillo Freyre (2008, p. 71) manifiesta que la materia contractual es, innegablemente, de vital importancia para el orden social y económico. Está compuesta por un conjunto de instituciones que el derecho no ha inventado, sino que ha recogido de la realidad y que han surgido como respuesta a las distintas necesidades que tienen los hombres de regular sus instituciones.

Pero resulta que a veces se configuran situaciones en que no basta la existencia de un solo contrato (tipo) para la realización y consecución de la función económico social correspondiente. Por ello es que notablemente se recurre a diseñar esquemas contractuales más o menos complejos tal cual pueden ser los contratos principales y accesorios. Así, v. gr., el contrato de mutuo garantizado por uno de fianza. De este modo, para cada tipo resultará más factible la realización de la función económico social que precisamente justifica y legitima la validez y, con ella, la exigibilidad de dichos contratos conexos o coligados. Así las cosas, la función económico-social típica de tales contratos, esto es, la causa resulta siendo valiosa y, de este modo, se amerita su reconocimiento por el ordenamiento jurídico atribuyéndole efectos jurídicos negociales.

Una digresión. Estos contratos complejos —que no son otra cosa que los contratos conexos o coligados— no han de confundirse con los contratos contextuales. De la Puente, citado por el profesor Castillo Freyre (2008, p. 89), define a los contratos contextuales como aquellos que son de forma escrita, que teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de división y partición, y una de compraventa, cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con absoluta independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros.

Lo que aquí planteamos es completamente diferente. No es que la pluralidad de contratos conexos o coligados a que aludimos sean independientes uno del otro. Estos contratos están vinculados. Y lo más importante es que los mismos están diseñados a efectos de que cada uno cumpla una función determinada y privativa según su tipo, jurídico o social, pero teniendo todos ellos en común la tarea de lograr la consecución de su respectiva función económico social la misma que el ordenamiento jurídico tutela, cautela y valora. Pensemos nuevamente en el caso del contrato de mutuo garantizado por el contrato de fianza. A esto habría que sumar, como veremos más adelante, los «contratos conexos recíprocos».

Reforzando lo aquí planteado, y en especial en lo que se refiere a la función económico social del contrato, esta se puede configurar aun cuando las partes intervinientes tengan intereses opuestos, sin embargo, y como bien dice el profesor Castillo Freyre (2015):

[...] ello no significa que se trate de intereses en conflicto, pues debemos partir del hecho de que al haberse celebrado un contrato, las partes no tienen conflicto alguno entre sí, sino que buscan solucionar a través de dicho acto, sus intereses y necesidades, siendo el contrato el medio idóneo para lograr la consecución de tales intereses. *El contrato es, así, un medio de cooperación para que cada una de las partes intervinientes logre la satisfacción de esos intereses.* (p. 455) (Las cursivas son nuestras)

A esto es de agregar que los «intereses de las partes» deben de reflejarse y replicarse de acuerdo al tipo (jurídico o social) y el contenido preceptivo, esto es, en la función económico social del contrato

que corresponde y de que se trate, siendo esta y con ella el negocio jurídico, amparados y tutelados por el ordenamiento.

Y, sin embargo, Morales Hervias (2002) sostiene:

Conceptualmente, se ha propuesto determinar los contratos conexos mediante un criterio compatible con la *teoría bettiana de la función económico social*. La pregunta que formulamos es la siguiente. ¿Cuál es el criterio jurídicamente relevante para determinar los efectos jurídicos de los contratos conexos? [...] el criterio es el de la causa concreta del contrato. La causa concreta es finalidad concreta (finalidad práctica, razón concreta, razón práctica, función práctica, función económica individual, interés concretamente perseguido, interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer o síntesis de los intereses) y es el fundamento objetivo de los efectos jurídicos (fuerza jurídica de la constitución de situaciones jurídicas subjetivas) como consecuencia del proceso de objetivación de los intercambios de bienes y servicios entre los particulares. Este concepto de causa del contrato se diferencia claramente del *concepto de causa entendida como función económica social*. Técnicamente, este concepto confunde la causa y el tipo. Por el contrario, si los operadores jurídicos utilizan un concepto diferente de causa podrán determinar con claridad el resultado económico concreto de diferentes contratos típicos o atípicos y por consiguiente podrán determinar sus reglas, su vigencia y su eficacia. (pp. 119-120) (El resaltado es nuestro)

Al respecto, el profesor Taboada (1996) cita a Betti, señalando:

[...] finalmente se debe responder *que todo tipo de negocio* sirve a una función económico social característica suya (*típica en este sentido*), la cual al mismo tiempo que, normalmente, se tiene presente por quien lo realiza (constituyendo así la intención práctica típica), es tomada en consideración por el derecho, ya como razón justificante de la garantía y sanción jurídicas, ya como criterio directivo para la configuración de efectos conforme a ella. El derecho no concede su sanción al mero arbitrio, al capricho individual, *al motivo eventual* (que aun cuando no sea frívolo, sino plausible, permanece siendo intrascendente), sino a funciones que estime socialmente relevantes y útiles para la comunidad que rige y en que se desarrolla. (p. 277) (Las cursivas son nuestras).

El profesor Taboada (1996, p. 277) agrega que de esta manera se observa cómo Betti inicia la construcción de su concepto de causa del negocio jurídico, haciendo referencia a que se trata de la razón justificadora del reconocimiento jurídico del negocio, en vista de su función socialmente trascendente.

Pero Betti no se restringe a la «tipicidad legal», también alude, como ya hemos insinuado, a la «tipicidad social», en el sentido de las causas típicas, pero tipificadas socialmente. Categoría de la tipicidad social de fundamental importancia en la comprensión del fenómeno de la autonomía privada, que nos muestra que además de los negocios tipificados legalmente, esto es, previstos en esquemas legales y debidamente regulados, en la práctica de cada sociedad en particular se presentan tipos o modelos sociales de negocios jurídicos, que si bien no están contemplados en modelos legales, por su uso constante adquieren la característica de la generalidad, de una estructura uniforme y permanente y de una regulación determinada, propias de los negocios tipificados legalmente. (Taboada, 1996, pp. 288-289).

Según Brebbia (1991, p. 11), sobre la causa en tanto móvil determinante, Josserand se muestra como un decidido causalista que entiende que la causa cumple el alto fin de moralizar el derecho en el ámbito del negocio jurídico, para lo cual rompe con el causalismo clásico, formulando una nueva noción de causa. Para el ilustre decano de la Facultad de Derecho de Lyon, la causa no es ese fin inmediato (intención) de la doctrina objetiva, que integra el acto y que resulta igual en todos los contratos del mismo tipo, sino los motivos que apuntan a un fin concreto, que Josserand denomina móviles, que determinaron a las partes a realizar el negocio. Estos móviles son particulares de las partes y en su consecuencia, varían en cada caso, constituyendo la única manera apta para juzgar la ilicitud o la inmoralidad del negocio.

El profesor Taboada (1996, pp. 116-117) nos dice que según acerva crítica de la teoría clásica, la causa es una noción puramente psicológica que tomada en su sentido más amplio no vendría a ser otra cosa que el motivo, la razón o el fin que la parte se propuso alcanzar al asumir su obligación, pues todo aquel que contrae una obligación frente a otro siempre lo hará movido por la consideración de un cierto resultado que se ha propuesto alcanzar mediante dicha obligación. *Mas como se tiene en cuenta que las partes que se obligan han podido estar determinadas por un gran número de motivos, distintos entre sí, incluso muchas veces contradictorios, sería atentatorio contra la seguridad del tráfico jurídico que la obligación dependiera de todos ellos.* Se está de acuerdo en admitir, por ello mismo, que la causa, en sentido estricto, está constituida solamente por algunos de dichos motivos. (Las cursivas son nuestras)

Pero la causa es distinta del motivo. Siempre de acuerdo a la teoría clásica la causa es el móvil inmediato y directo, es decir, el móvil abstracto, jurídico, extraído de la estructura del contrato, inherente a su naturaleza por el cual el deudor ha asumido su obligación. El motivo, por el contrario, es el móvil más lejano, es decir, el móvil personal, individual, subjetivo, contingente, por el cual el deudor ha adquirido su obligación. Por consiguiente, mientras la causa es idéntica, siempre la misma para todos los contratos de una misma categoría o naturaleza, los motivos son distintos según sea la personalidad de los contratantes, varían el infinito. Además, los motivos permanecen extraños al contrato no forman parte de él. Por lo tanto, mientras la causa ejerce influencia sobre la validez del contrato, puesto que su eventual ausencia, falsedad o ilícito impiden el nacimiento de los efectos jurídicos propios del contrato, los motivos carecen de influencia alguna sobre la validez del mismo, importando poco que sean falsos o ilícitos (Taboada, 1996, pp. 121-122).

3. CONTRATOS DE CONEXIÓN RECÍPROCA

Queremos también incidir en el estudio de contratos conexos o coligados que se denominan de «dependencia mutua o reciprocidad» o, simplemente, de «conexión recíproca» en los cuales no se manifiesta la figura de la accesoriedad.

Aun cuando no los denomina como «contratos conexos», Muñoz, citado por el profesor Castillo Freyre (2008, p. 90), refiere que estos, conservando su identidad propia, están unidos por un vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico o funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria).

Según Morales Hervías (2002):

Los contratos conexos constituyen un conjunto de contratos *con causa concreta autónoma* que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único. Varios contratos pueden estar vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global; en tal situación hay una cadena de contratos que confluyen en un mismo objeto [...] «finalidad económica» común de las partes puede ser satisfecha mediante contratos distintos; y que su conexidad es «fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros». (p. 119) (Las cursivas son nuestras)

Además, sostiene:

Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global (causa concreta unitaria) son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación y a las causas concretas autónomas. Las partes en el ejercicio de su autonomía privada pueden dar vida a diversos contratos, conservando su individualidad propia en cuanto a su causa concreta y a su disciplina, que realicen una función de resultado concreto unitariamente perseguido. Asimismo, los contratos conexos están en una relación de recíproca dependencia entre uno y otros, en el sentido de que son contratos condicionados no solamente en su ejecución (eficacia funcional), sino también en su validez (eficacia estructural) por ser interdependientes en su unidad teleológica. (Morales Hervías, 2002, p. 138)

Ortega Piana (2018) se refiere a los contratos conexos indicando:

En virtud a la dinámica y complejidad del tráfico de bienes y servicios, ha adquirido singular protagonismo una determinada manera de contratar, identificada como contratación conexa o coligada, según la cual determinados negocios son asociados a otros, por lo que todos ellos terminan vinculados, más allá de la identidad de las partes involucradas, *por corresponder a una misma o única operación económica*.

[...] La contratación conexa bien puede vincular a una serie de contratos principales, dado que la singularidad de la figura radica en que los diversos contratos coligados, celebrados o por celebrarse, presentan una interdependencia funcional, pudiéndose identificar un contrato eje, central, nuclear o «principal», y contratos colaterales, satelitales o dependientes.

[...] *La clasificación en cuestión se sustenta en que se celebra una serie de contratos para materializar una operación económica, enfatizándose la finalidad de dicha operación respecto del propio principio de relatividad contractual*. Así, se subordina la existencia y eficacia negocial de un contrato (el dependiente) a otro (el nuclear), al margen de que el tipo de cada uno de ellos tenga conceptualmente autonomía, más allá de que exista identidad entre las partes. (p. 3) (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, Díez-Picazo, citado por Acedo Quezada (2002), habla de contratos coligados o conexos, que define como «aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o que pretenden» (p. 8).

Para Cieza-Mora (2013, p. 225), los contratos conexos o coligados son aquellos que están en una relación recíproca de dependencia entre uno y otro, en el sentido de que son contratos vinculados no solamente en su ejecución o inejecución (eficacia o ineficacia funcionales), sino también en su validez o invalidez (eficacia o ineficacia estructural) por la existencia de una relación de interdependencia *y en una unidad teleológica*.

El mismo autor cita a Mosset Iturraspe, quien señala:

Por este camino abierto a los créditos de consumo se llega a caracterizar «el contrato vinculado»: un contrato de compraventa está vinculado a un contrato de crédito cuando el crédito sirve para la financiación del precio de la empresa y los dos contratos tienen que considerarse como una *«unidad económica»*. *Vemos que vuelve la idea de «unidad económica» como base de la conexidad*. Tiene que admitirse esta unidad cuando el prestamista se sirve de la «colaboración» del vendedor en la preparación o conclusión del contrato de crédito. (Cieza-Mora, 2013, p. 226) (Las cursivas son nuestras)

Jiménez Echeverri (2020, p. 10) nos dice, citando a Bernad, que el fenómeno de los contratos conexos está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo cual lleva a las partes a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa.

Messineo, citado por Jiménez Echeverri (2020), precisa:

La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro. (p. 11)

Momberg Uribe y Pizarro Wilson (2021) señalan:

[...] la necesidad de alcanzar objetivos cada vez más complejos y las dificultades asociadas a la división y especialización del trabajo, la flexibilidad del proceso productivo, y la cadenas de producción y suministro cada vez más extensas y complicadas, ha motivado que el desarrollo de una

actividad comercial o económica se efectúe de manera frecuente por medio de esquemas colaborativos que involucran, desde una perspectiva jurídica, una serie de contratos relacionados en distintos grados, pero vinculados por la realización de un fin o propósito común. Esta realidad justifica darle una solución jurídica al fenómeno, dotándolo de soluciones, tanto para su justificación, como para entender y delimitar sus efectos. (p. 158)

Los autores citados agregan:

[...] la configuración de un grupo de contratos requiere una finalidad común, unidad económica o propósito práctico compartido, cuyo logro depende de la existencia y cumplimiento de cada uno de los contratos individuales, los cuales a su vez, si bien conservan su individualidad, solo tienen sentido en el marco de la operación conjunta. (Momberg Uribe y Pizarro Wilson, 2021, p. 164)

Un grupo de contratos debe entenderse como el conjunto de dos o más contratos dispuestos para una finalidad económica común. En esta figura contractual, los contratos del grupo no pierden su autonomía en cuanto tales, pero la existencia y el cumplimiento de los demás contratos es necesaria para que satisfagan su propia finalidad o propósito práctico. Al mismo tiempo, el logro del objetivo común presupone el cumplimiento de todos los contratos vinculados. Sus elementos son, por tanto, la existencia de una pluralidad de contratos y la existencia de un objetivo o finalidad económica común, que otorga sentido y unidad al grupo. (Momberg Uribe y Pizarro Wilson, 2021, p. 171)

Según Saux y Muller (2005, p. 131) el régimen de «conexidad» implica que la constitución de sistemas negociales complejos e interrelacionados se emplea *para la satisfacción de un interés común* (el funcionamiento del sistema global), que no podría lograrse con las figuras contractuales aisladas. Tal circunstancia integra dichos contratos singulares dentro del régimen propio de los contratos conexos, redes contractuales, contratos unidos por una operación económica común o coligados. *Dicho vínculo suele estar tanto en el fin económico como en la causa motivo*, que no es otra que el funcionamiento integral del sistema. Estos grupos de contratos proyectan consecuencias al menos en tres ámbitos relevantes: a) deben ser interpretados los unos en función de los otros y todos *en función de la finalidad del conjunto de la operación*; b) la invalidez o ineficiencia de uno de ellos tiene efectos de propagación hacia los otros, en tanto se afecta la esencia negocial común; c) la responsabilidad hacia los terceros en los contratos «encadenados» se expande sustancialmente hacia todos los actores de los contratos vinculados, debiendo imponerse al respecto una interpretación amplia que involucre los supuestos de responsabilidad por la apariencia y por el control sobre la prestación.

4. ACCESORIEDAD

En el presente epígrafe pretendemos referirnos a los contratos conexos que suponen accesoriadad contractual (como luego veremos, estos contratos donde se da la accesoriadad se denominan «conexos subordinados»).

Castillo Freyre (2008) cita:

De la Puente, define a los contratos accesorios en contraposición con los contratos principales, como aquellos [...] que no pueden celebrarse de modo independiente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice por eso —sostiene De la Puente— que «entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto que es lo que explica el nexo de accesoriadad». Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.). (p. 94)

Jiménez Echeverri (2020) señala:

[...] el Código Civil [colombiano] establece una serie de definiciones, entre las cuales se destaca aquella entre «contrato principal» y «contrato accesorio», vertida en el artículo 1499. De esta manera, el legislador previó que los sujetos podían celebrar contratos que pueden considerarse como subordinados a un contrato principal, cuyo objetivo fuese asegurar su cumplimiento, y que no pueden subsistir por sí mismos. Esta noción tiene sus raíces en un postulado clásico, según

el cual *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), que fue el fundamento de la accesión como modo de adquirir la propiedad en el derecho romano, y que luego fue aplicada también en materia de obligaciones y contratos. (p. 24)

Ortega Piana (2018) niega importancia al elemento «accesoriedad» en lo que se refiere a los contratos conexos o coaligados precisando:

No se trata de calificar si dichos contratos son principales o accesorios, lo cual corresponde a una categorización ajena que depende de los alcances del respectivo tipo negocial, esto es, si el contrato demanda o no de otro para fines de su formación. La contratación conexa bien puede vincular a una serie de contratos principales, dado que la singularidad de la figura radica en que los diversos contratos coligados, celebrados o por celebrar, presentan una interdependencia funcional, pudiéndose identificar un contrato eje, central, nuclear o «principal», y contratos colaterales, satelitales o dependientes. (p. 3)

Velarde Saffer y Gonzales La Rosa (2010) desarrollan el concepto de contratos conexos o coligados en lo que se refiere a pactos societarios. Así, estos autores indican:

[...] se entiende por contratos conexos a aquellos que se encuentran íntimamente vinculados y, por ende, se influyen recíprocamente de diversas maneras.

Sobre dicho tipo de contratos, la doctrina ha desarrollado el concepto de contratos conexos, dividiéndolos en dos categorías, a saber: contratos conexos donde existe (i) dependencia mutua o reciprocidad; y, (ii) subordinación unilateral. En efecto, se ha señalado que «esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato *accesorio* de un principal), recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica)».

De esta manera, existirá mutua dependencia entre los contratos cuando, a pesar de ser autónomos aunque interdependientes entre sí, ambos constituyan una unidad económica y, por ende, cada uno sea causa necesaria del otro. Por otro lado, existirá una conexidad subordinada cuando únicamente uno de los contratos dependa del otro. (p. 82) (Las cursivas son nuestras)

Luego, los autores citan a Borda indicando:

«al estudiar los contratos combinados, hemos visto que a veces hay entre ellos una relación de subordinación. Uno de ellos es principal, es decir, puede existir por sí solo; *el otro es accesorio* y su existencia no se concibe sin la principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de efectos el accesorio».

De lo expuesto, puede apreciarse que mientras en la primera clase de conexidad (recíproca) existe mutua dependencia entre los contratos, en la segunda clase (conexidad subordinada) dicha dependencia únicamente es de un contrato respecto del otro.

El carácter subordinado de los convenios de accionistas respecto del contrato de sociedad es evidente. Los primeros tienen sentido y mantendrán su vigencia única y exclusivamente si el segundo, a su vez, lo hace. No cabe la posibilidad de celebrar un convenio de accionistas si no hay sociedad, así como tampoco puede celebrarse un convenio de accionistas por un plazo superior al de vigencia de la sociedad. Culminada la vigencia de la sociedad, necesariamente decaerá el contrato subordinado a ella (convenio de accionistas). (Saffer y Gonzales La Rosa, 2010, p. 82) (Las cursivas son nuestras)

Resulta por demás interesante lo que se refiere a los contratos «conexos subordinados». Sin embargo, cabe previamente precisar que en el caso de la «conexidad recíproca» no se configura forma alguna de «accesoriedad». Distinto es el caso de los aludidos contratos «conexos subordinados». Creemos, con todo, que esta modalidad de contratos conexos subordinados rompe la premisa que pretendidamente deslinda los contratos conexos en general de los accesorios. En suma, el convenio de accionistas (contrato conexo subordinado) no puede subsistir o mantenerse vigente si el contrato de sociedad deja de tener existencia. El convenio de accionistas se encuentra rigurosamente subordinado a la vigencia del contrato de sociedad. Pero no por eso los «contratos conexos subordinados» dejan de ser evidente y precisamente eso: contratos conexos.

5. LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO

Momberg Uribe y Pizarro Wilson (2021) ponen un ejemplo por demás interesante:

Una empresa que presta servicios industriales de perforación y tronadura en el área de la minería requiere un equipo perforador de alto rango. Negocia el precio y el equipo con el distribuidor de una conocida marca. Debido al alto costo del equipo, la compra se realiza por medio de una compañía de *leasing*, la cual compra el equipo al distribuidor, entregándolo a la empresa de servicios en *leasing* (arrendamiento con opción de compra). Sin embargo, el equipo no cumple con el rendimiento y rango de perforación ofrecidos. Debido a la nula respuesta del distribuidor ante tales defectos, la empresa de servicios mineros demanda la resolución del contrato de compraventa con indemnización de perjuicios.

Un lector atento quedará perplejo, pues, en principio, hay algo que no cuadra en el caso. La empresa de servicios mineros no es parte del contrato de compraventa del equipo, el cual fue celebrado por el proveedor y la compañía de *leasing*. Sin embargo, también parece evidente que existe un vínculo o relación notoria entre el contrato de compraventa y el de *leasing*, como también entre las partes que celebraron ambos contratos. (pp. 156-157)

Según el artículo 1363 del Código Civil: «Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles».

El profesor Castillo Freyre (2008, p. 107) nos dice que esta regla constituye un principio de carácter universal en materia de contratos denominado *res inter alios acta*, lo que significa que los contratos producen efectos únicamente entre las partes que los celebran y sus herederos.

El profesor Castillo Freyre (2008, p. 108) también indica que existen dos excepciones a la aludida regla de relatividad: los contratos colectivos de trabajo y los acuerdos de juntas de acreedores. Sin embargo, no deja de ser interesante dos citas que realiza este profesor y que, en consecuencia, ampliarán las excepciones a la aplicación del principio de relatividad de los contratos. Así, Romero Zavala manifiesta que en el contrato colectivo no se requiere el acuerdo unánime. Afecta a los miembros de una agrupación o colectividad, a pesar de que algunos de sus integrantes no hayan manifestado su aceptación o lo hayan rechazado expresamente; obliga a un grupo de personas haciendo abstracción de su consentimiento. Se impone por voluntad de la mayoría.

En igual opinión se manifiesta López de Zavalía, quien señala que el contrato colectivo se diferencia netamente del convenio individual. La nota característica del contrato colectivo es que obliga a una generalidad de personas con prescindencia que ellas hayan manifestado su voluntad directamente o por medio de un apoderado.

Y, sin embargo, creemos que cuando hablamos de contratos conexos y el decaimiento de la relatividad contractual, nos referimos a otro supuesto que se deslinda nítidamente de lo expresado recientemente en estas citas.

López Santa María (1998) nos dice:

La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, cada vez con menos reservas, que cuando existe un grupo de contratos caben acciones indemnizatorias, en sede contractual, dirigidas por un demandante contra un demandado que, entre ellos, no celebraron contrato alguno. Esto significa un tremendo deterioro para el principio del efecto relativo de los contratos. (pp. 161-162)

Ahora bien, y en tal sentido, lo interesante de los contratos conexos en lo que se refiere a la relatividad del contrato es que no necesariamente debe haber un contrato que unifique a aquellos, y que de esa manera sea más factible que una de las partes pueda responder por el eventual incumplimiento de otra de las partes.

Lo que también justifica el decaimiento de la relatividad contractual en el caso de los contratos conexos es que los mismos tienen un objetivo económico común, que no necesariamente, reiteramos, debe estar recogido en un único negocio jurídico. Cada parte, y sus correspondientes contratos y causas serán interdependientes entre sí, pero responderán frente a la otra o frente a un tercero de producirse una inexecución de obligaciones, pues todos los contratos conexos tienen un objeto económico común que, sin previo contrato, fuerza que una parte sea responsable frente a otra o frente a un tercero, pues existe para ello un objeto común económico que justifica y da legitimidad a la responsabilidad de una parte así no exista un específico vínculo contractual y formal, pero sí interdependencia y autonomía de cada contrato en lo que se refiere al objeto económico común.

Como se habrá de notar, no siempre existirá un contrato que unifique a los contratos conexos de que se trate. Lo que al final importa, el *quid*, es dar relieve al objeto económico común, es este concepto el que justifica el decaimiento de la relatividad del contrato. Si los contratos conexos están vinculados no es por el hecho de que entre sí las partes hayan celebrado un contrato específico y formal.

Según Jiménez Echeverri (2020), citando a Bernard, estos contratos «diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa» (p. 10). El mismo autor agrega que en lo que a los contratos conexos respecta «No basta con la existencia de una pluralidad de contratos, *sino que entre los mismos debe existir un vínculo funcional, es decir, deben estar encaminados a la consecución de mismo resultado*» (Jiménez Echeverri, 2020, p. 18) (las cursivas son nuestras).

Muy ilustrativo resulta ser el artículo 1075 del Código Civil y Comercial de Argentina cuando preceptúa:

Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

López Santa María (1998) enseña:

La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, por otra parte, que, existiendo contratos conexos, la ineficacia de uno se propaga a los demás, es decir, que cabe perfectamente, hoy por hoy, referirse a la nulidad, a la resolución y a otras vicisitudes ambulatorias de los actos jurídicos. (p. 163)

Por último, resultan didácticas las palabras de Saux y Muller (2005) cuando afirman:

La invalidez o ineficiencia de uno de ellos (los contratos conexos) tiene efectos de propagación hacia los otros, en tanto se afecta la esencia negocial común. La responsabilidad hacia los terceros en los contratos «encadenados» se expande sustancialmente hacia todos los actores de los contratos vinculados, debiendo imponerse al respecto una interpretación amplia que involucre los supuestos de responsabilidad por la apariencia y por el control sobre la prestación. (p. 131)

6. COLOFÓN

Hablamos de contratos conexos cuando nos referimos a una pluralidad de estos, interdependientes funcionalmente, vinculados (nexo jurídico) y autónomos, cuya razón de ser es la consecución de una operación económica conjunta, y esta es valorada por el ordenamiento jurídico dada la función económica social que es la causa de cada uno de los así aludidos contratos.

Dada tal vinculación y el objetivo común económico, la ineficacia de un contrato arrastrará la de los demás y, por la misma razón, se podrá configurar una responsabilidad en la cual podrá incurrir cualquiera de las partes, aun cuando esta sea atribuible a la parte de un contrato conexo distinto que integra la operación.

7. REFERENCIAS

- Acedo Quezada, O. (2002). Contratos coaligados (notas para una futura dogmática). *Revista de Derecho Privado*, (3), pp. 3-22. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7097/6376>
- Brebbia, R. (1991). La causa como elemento del negocio jurídico en el derecho argentino y comparado (primera parte). *La Ley*, (To. 1991-E), p. 884.
- Castillo Freyre, M. (2008). *Lecciones de contratos. Parte general*. Lima: Unifé.
- Castillo Freyre, M. (2015). Concepto y formación del contrato. *Código Civil. Decreto Legislativo 295. Edición Oficial*. [16ta ed.], p. 443-476. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cieza-Mora, J. (2013). Los contratos coligados, la cláusula penal y el *argumento contra preferentem* a raíz de un caso judicializado. *Advocatus*, (28). <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/4204/4154/>
- Diez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil*. 6.ª ed. Tomo II. Madrid: Tecnos.
- Jiménez Echeverri, O. (2020). *Caracterización de los contratos conexos*. [Trabajo de grado]. Medellín: Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17717/OscarFernando_JimenezEcheverri_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- López Santa María, J. (1998). Las cadenas de contratos o contratos coligados. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (19), pp. 159-166. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/406/379>
- Momberg Uribe, R. y Pizarro Wilson, C. (2021). Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos. *Ius Et Praxis*, 27(2), pp. 156-174. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n2/0718-0012-iusetp-27-02-156.pdf>
- Morales Hervías, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho & Sociedad*, (19), pp. 119-138 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17247>.
- Ortega Piana, M. (15 de mayo del 2018). Los contratos conexos: actos que comparten la misma suerte. *Jurídica: Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, 12(688), p. 3. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/6099/Ortega_Plana_contratos_conexos.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Saux, E. y Muller, E. (2005). *Responsabilidad contractual y aquiliana*. Rosario: Universidad Nacional del Litoral.
- Taboada Córdova, L. (1996). *La causa del negocio jurídico*. Lima: Grijley.
- Velarde Saffer, L. y Gonzales La Rosa, D. (2010). Los convenios de accionistas y la aplicación del artículo 1365 del Código Civil. *Ius Et Veritas*, 20(41), pp. 70-88. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12111>

EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL ANÁLISIS DE LA IMPRONTA DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN EL VIGENTE DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

Sumario: 1. Palabras liminares.— 2. La fallida tentativa de unificar los regímenes aplicables a las obligaciones y contratos privados.— 3. Noción de cuenta corriente mercantil. La importancia de la novación, de la compensación, de la inexigibilidad y de la indivisibilidad.— 4. Primacía del Código de Comercio sobre las normas de derecho común en lo que se refiere a la regulación de algunas instituciones contractuales privadas.— 5. Cuenta corriente mercantil: ¿contrato accesorio, autónomo o coligado?.— 6. El anatocismo (deslinde de pieza de contraste: la cuenta corriente bancaria).— 7. Conclusión.— 8. Referencias.

«How hard to pin down the truth, especially
when one is obliged to see the world in slices;
snapshots conceal as much as they make plain».

Salman Rushdie

1. PALABRAS LIMINARES

El contrato de cuenta corriente mercantil está regulado por el artículo 563 y siguientes del Código de Comercio (en adelante, CdC). En el Código Civil de 1984 (en adelante, CC) solo existe una alusión al contrato de cuenta corriente mercantil, recogida en el artículo 1249. Este artículo del CC se refiere al anatocismo. En el CC también existen normas que aluden a figuras muy ligadas al contrato de cuenta corriente mercantil, notablemente, el artículo 1288 y siguientes, referentes a la compensación, y el artículo 1277 y siguientes, relativos a la novación. Adelantamos que la compensación es un mecanismo de primer orden y suma importancia en lo que respecta a la extinción del contrato de cuenta corriente mercantil.

En tal sentido, planteamos como objetivos de este trabajo los siguientes:

- a) Exponer sobre la eficacia del CdC en lo que se refiere a la regulación de los contratos y obligaciones mercantiles, dado el impacto innovativo que supuso la dación de los artículos 1353 y 2112 del CC de 1984.
- b) Cuál es la relación internormativa entre el CC y el CdC y el carácter especial o excepcional del derecho mercantil.
- c) Naturaleza del contrato de cuenta corriente mercantil. ¿El contrato de cuenta corriente mercantil es necesariamente accesorio? El contrato de cuenta corriente mercantil en tanto contrato coligado o conexo.
- d) Deslinde con el contrato de cuenta corriente bancaria.
- e) Definición de anatocismo.
- f) La compensación, la novación y exigibilidad. Su importancia en la ejecución y extinción de los contratos de cuenta corriente mercantil.

- g) Garantías personales y reales para garantizar el pago del saldo global deudor.
- h) Determinar cuál es el régimen aplicable a los contratos mercantiles, concretamente al contrato de cuenta corriente mercantil, en lo que a la mora y otras figuras legales se refiere.

2. LA FALLIDA TENTATIVA DE UNIFICAR LOS REGÍMENES APLICABLES A LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

Dados los artículos 1353 y 2112 del CC, resulta pertinente indagar si aún está vigente el CdC en cuanto cuerpo normativo que recoge la regulación general de los contratos de comercio y, específicamente, del contrato de cuenta corriente mercantil. (artículo 563 y ss.). También es de interés indagar si la sección cuarta del CdC, que establece disposiciones generales sobre los contratos de comercio, mantiene su vigencia, ello debido a que de afirmarse la vigencia de tal sección, esta sería, en principio, aplicable a los contratos de comercio, siendo, por ende, (parcialmente) inaplicables las disposiciones generales sobre el contrato en general del CC (artículo 1351 y ss.). Más aún, serían inaplicables y ajenas, en principio, al derecho común instituciones recogidas en el artículo 50 y siguientes del CdC de la sección cuarta, libro primero, sobre «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio». De esta manera, el artículo 53 sobre «convenciones ilícitas» prevalecería sobre la disposición sobre finalidad lícita recogida en el CC, libro del acto jurídico. Así también, el artículo 56 del CdC sobre «contratos con penalidad» prevalecería sobre las normas relativas a la cláusula penal recogidas en el libro de obligaciones del CC. El artículo 62 sobre «obligaciones sin término» prevalecería sobre las disposiciones sobre el plazo contenidas en el libro de acto jurídico y la normatividad sobre oportunidad del pago contemplada en el libro de obligaciones del CC. Por ahora, nótese que ninguno de los citados dispositivos del CdC se encuentran recogidos en la sección primera de contratos en general del CC, tal y como lo dispone el artículo 1353 del CC.

El artículo 1353 del CC establece: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, *quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección*, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato» (las cursivas son mías).

Por su parte, el artículo 2112 del CC preceptúa: «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio».

Antes de entrar de lleno a analizar la relación internormativa entre CC y CdC, sobre todo, considerando el impacto innovativo que el segundo ha sufrido ante la dación de los artículos 1353 y 2112 del CC, es necesario determinar qué tipo de derecho es el derecho mercantil, esto es, si estamos frente a un derecho excepcional o especial.

En efecto, de cualquiera de estas alternativas dependerá la validez del planteamiento que se haga sobre la relación internormativa entre CC y CdC, y notablemente sobre la preeminencia de la normativa sobre obligaciones y contratos que es regulada casi de manera paralela por los códigos aludidos, aunque optando, casi siempre, por distintas soluciones legislativas.

Para tal efecto, primero vamos a recurrir a la doctrina que trata sobre este asunto, para luego plantear nuestra posición.

Según Valle Tejada (s. f.):

[...] los sostenedores de la corriente que considera al derecho mercantil como un derecho de excepción han sido tradicionalmente los franceses, criterio recogido también por una vigorosa corriente de la doctrina italiana. [...] Los fundamentos que apoyan esta orientación tienen en Rocco a su mejor exponente. Para este autor existen dos clases de normas en el derecho mercantil: a) normas derivadas del derecho común, evolucionadas con ocasión de las exigencias del

comercio; y, b) normas totalmente nuevas, y a veces expresamente contradictorias del derecho civil. [...] Si el derecho mercantil estuviera formado únicamente por el primer tipo de normas no habría, en sustancia, una disciplina particular formada por esas normas, puesto que coincidirían el derecho civil y el mercantil. Pero el derecho mercantil contiene también el segundo tipo de normas, coexistiendo con las normas del derecho civil, siendo la mayor parte de ellas derogaciones del mismo, debido a las exigencias del comercio, por lo cual no llegan a constituir un conjunto orgánico de carácter especial. La denominación de derecho especial está reservada, según Rocco, a las ramas del derecho, ya sean éstas civil, penal, administrativo, procesal, etc., dado que sólo puede llamarse derecho general a todo el complejo sistemático del derecho. (s. p.)

Lorenzo Mossa, citado por Muñiz (1997), señala que el derecho civil solo contiene una parte del derecho de las obligaciones y contratos; y que la otra parte está reservada al derecho mercantil. A esta concepción se suma Francesco Carnelutti, quien anota que aunque se encuentre íntimamente vinculado al derecho civil, el mercantil no es una simple excepción, sino un derecho especial (Muñiz, 1997).

Ruiz de Velasco y del Valle (2002, p. 10) enseña que la mayor o menor independencia de una rama jurídica se justifica por la existencia de principios generales que informan una parte de las normas y que no están presentes en el espíritu de otras. En este sentido, las normas del derecho mercantil están configuradas bajo aspectos ontológicos ausentes en las normas civiles y su finalidad es diferente de la de esta materia. Estos principios, que corresponden a la esencia del derecho mercantil, son aquellos que de alguna manera intentan poner orden en el mundo de la empresa y las relaciones entre ella y otros sujetos del medio social en que desarrolla su actividad. El mismo autor reconoce, entre otros, los siguientes principios del derecho mercantil:

- a) La buena fe y la confianza
- b) La celeridad
- c) La seguridad jurídica
- d) Protección y continuidad de la empresa

En el mismo sentido, Ascarelli, citado por Muñiz (1997), define al derecho mercantil como un «derecho fragmentario en cuanto a otros derechos que legislan situaciones que exceden al común; pero el complejo de sus normas constituye un conjunto orgánico para la materia comercial *con propios principios generales*, de manera que se puede contemplar como un derecho autónomo» (las cursivas son mías).

Pese a que lo indicado por Ruiz de Velasco del Valle no deja de ser atractivo, entendemos que no pueden deslindarse ambas ramas del derecho (civil y mercantil) con base, exclusivamente, en los principios que informan a cada una. Así, no se puede dejar de tomar en cuenta las fuentes de cada una de ellas. De este modo, y más allá de los principios propios de cada una de las aludidas ramas, es de relieves el papel prevalente o preeminente que corresponde a la costumbre o usos del comercio en el derecho mercantil (sin soslayar a las demás fuentes). Existe, pues, un claro contraste en cuanto a la manera como opera tal fuente en el ámbito mercantil y en el del derecho común o civil. Baste indicar que el artículo 2, primer párrafo del CdC dispone que en defecto de este código, los actos de comercio se rigen «por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza». El derecho común es, pues, supletorio, es la excepción. Y es importante relieves la importancia de la costumbre en tanto fuente del derecho mercantil. Así, cabe dejar planteado si en nuestro ordenamiento la costumbre, dada su notable importancia en el ámbito mercantil, puede detentar la calidad de *praeter legem* o más aun, *contra legem*.

Refiriéndose a la costumbre como fuente de suma importancia en el Derecho Mercantil, Vázquez del Mercado (1994) señala:

De costumbre como fuente paralela a la ley, solo puede hablarse en cuanto de la observancia efectiva de los coasociados pueda inducirse una regla que sea una expresión directa de la voluntad colectiva y por lo tanto, obligatoria por sí misma. La costumbre tiene fuerza para crear normas jurídicas. Es una regla que tiene la misma fuerza de una ley, su fuerza es imperativa, allí en donde se le reconoce y no puede derogarse sino en condiciones iguales a las que se dio, esto es, por la inobservancia efectiva de los coasociados. (pp. 39-40)

También y con relación a la importancia de la costumbre, en tanto fuente del derecho mercantil, Zegarra Mulanovich (2010) sostiene:

El artículo 2 CdC enuncia como regla general de *aplicación de las fuentes* en derecho mercantil la preferencia de la ley *mercantil*, seguida de «los usos de comercio observados generalmente en cada plaza», y solo en tercer lugar la vigencia del derecho civil o común. Esto es, aun si los usos se opusieran a la ley, con tal de que dicha ley no sea específicamente mercantil, tales usos tendrán plena vigencia. Además, como en ningún otro campo del derecho, las leyes mercantiles hacen frecuentemente *remisión* a los usos aplicables a las instituciones que regulan. (p. 24)

Con relación a la importancia de los principios generales que inspiran el derecho mercantil, el mismo autor (Zegarra Mulanovich, 2010) sostiene que:

A veces se cita también como *fuerza indirecta* los *principios generales del derecho*, que informan, se dice, todo el ordenamiento jurídico, y a los que la misma Const. (artículo 139, inc. 8) remite en casos de vacío o deficiencia de la ley. *Sin embargo, desde mi punto de vista, si se trata de principios extraídos del espíritu o ratio iuris del derecho positivo vigente, se trataría propiamente de un caso de aplicación analógica de las normas*; si, en cambio, se trata de una corrección en toda regla de la ley positiva en función de criterios superiores de justicia, tomados como principios superiores del derecho, se trataría del supuesto, ya mencionado, de utilización de la equidad en la jurisprudencia. Con esta precisión no pretendo restar nada de la grandísima importancia que tales principios tienen, tanto para sistematizar el derecho de manera coherente como, en muchos casos, para humanizarlo. (p. 26) (Las cursivas son mías)

Las fuentes indirectas del derecho son llamadas así a causa de que no tienen por función propia atribuir el derecho, sino tan solo la de determinarlo para el caso concreto (jurisprudencia, equidad) o desarrollar y sistematizar las reglas adecuadas para ello (doctrina). (p. 25) (Las cursivas son nuestras)

Por nuestra parte, creemos que el derecho mercantil es de naturaleza especial. En efecto, el derecho mercantil cuenta con un sistema de fuentes privativo, que lo dota de sustantividad propia, entre las que de modo notable se encuentra la costumbre o los usos de comercio. Asimismo, el derecho mercantil regula el acto de comercio, una especie de acto jurídico, desde una perspectiva objetiva. La actuación de los comerciantes es también regulada (criterio subjetivo). En este escenario el derecho común es supletorio y el mismo únicamente resulta aplicable en caso de vacío, laguna o defecto, no solo de la ley mercantil, sino notablemente también de la costumbre o los usos de comercio. Esto es, la costumbre mercantil podría inclusive ser *contra legem*, esto es, con relación a la ley de derecho común. Además, y en cuanto al CdC se refiere, este contiene una regulación comprehensiva de los contratos mercantiles, sea la parte general o contratos típicos. Ello, no obstante los artículos 1353 y 2112 del CC.

Pero ¿de qué hablamos cuando aludimos a la relación internormativa «especial-general»?

Alessandri y Vodanovich (1998, p. 208) enseñan que el problema se complica cuando a una ley especial sucede una general. La mayor parte de los tratadistas, apoyándose en un antiguo aforismo al que conceden honores de axioma, resuelven de inmediato que una ley general no deroga a una ley especial anterior (*lex posteriori generalis derogat priori speciali*).

De otra parte, Ochoa Gómez (2006) sostiene que si

[...] una ley general sigue a una ley especial, la solución no es tan nítida, así puede considerarse que el legislador al sancionar una ley de alcance general no ha querido inmiscuirse en un campo

o área particular regulado por una ley especial anterior. [...] Por lo general se considera que la ley es especial porque ella regula la especie y no el género, prima sobre la ley general, apoyándose en el adagio del derecho romano de papiniano incluido en el Digesto en el Título «Sobre las diversas reglas del Derecho Antiguo»: «En todo el Derecho, lo específico deroga a lo genérico, prevalece siempre» [*generalia specialibus nono derogant* - En todo el derecho, lo específico deroga lo genérico]. (p. 59)

Zegarra Mulanovich (2008) sostiene: «La regulación integral del mismo objeto no es aplicable cuando entre las normas en aparente conflicto media una relación de general (CC) a especial (CdC). En tales supuestos, como se sabe, prima la norma especial y *ambas*, cada una en su ámbito, rigen a la vez». (s. p)

Esta posición nos parece la más acertada, pues dadas las mismas materias (contratos y obligaciones de derecho privado) que son objeto de regulación por ambos códigos, pero con alcance distinto, la norma especial debe prevalecer sobre la general. Resulta nítido que una ley posterior y general, en modo alguno, puede derogar o abrogar (derogación por interpretación o derogación tácita) o modificar una ley anterior y especial, aun cuando regulen la misma materia y, eventualmente, en sentido diverso (al decir «sentido diverso» no solo nos referimos a la opción jurídica del legislador de regular en uno u otro sentido, sino, notablemente, a la naturaleza y materia de la norma misma). Esto es, «naturaleza» y «materia» en cuanto se aluda a una norma general o especial y su contenido.

De otra parte, dejamos de lado cualquier pretensión de aplicar la regla de ámbitos o acervos materiales de regulación excluyente que correspondería a cada norma (ambos códigos son hechura del legislador nacional), pues además esta regla dejada de lado parte de un deslinde de materias a ser reguladas por cada fuente normativa. Resulta claro, en este caso, que al existir una «comunidad material» (obligaciones, contratos, contratos típicos privados), esto es, un mismo aspecto de la realidad jurídica, se trataría, pues, de una relación entre dos normas o fuentes (CC y CdC) de igual jerarquía que regulan, en muchos casos, la misma materia, con distinto tenor (generalidad-especificidad), pero una de ellas será la que prevalezca en tanto y en cuanto su materia normativa tenga carácter «especial» (contratos y obligaciones, contratos típicos) en contraste con la otra. El quid es, pues, la especialidad. Caso contrario, y para que prevalezca el CC, solo resultaría procedente la derogación expresa.

En tal sentido, queda claro que la norma mercantil ha de prevalecer sobre la norma civil, y esta en cuanto parte del derecho común, ha de aplicarse a los actos de comercio y a los comerciantes en sentido lato, siempre y cuando se dé un vacío o laguna en la ley mercantil y en los usos del comercio. Lo señalado encuentra su correlato normativo en los artículos IX del Título Preliminar del CC y 2 del CdC.

Finalmente, y aun cuando ello es valor entendido, el artículo 2112 del CC no deroga la normativa sobre el contrato de cuenta corriente mercantil contenido en el CdC (artículo 563 y ss.), como sí lo hace con la compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que cuando se promulgó el CC de 1984 hubo una marcada tendencia que propugnaba la unificación de los regímenes aplicables a las obligaciones y contratos privados. En buena cuenta, ello se vio reflejado, precisamente, en la aprobación de los artículos 1353 y 2112 del aludido Código.

Torres y Torres Lara (1989, p. 391) indicaba que fue precisamente la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, la que por solicitud de la Comisión Revisora del proyecto del nuevo Código, elevó una ponencia cuya principal propuesta se centraba en la necesidad de iniciar este proceso unificador, y así se hizo, no solo al incorporarse en el Código Civil diversos contratos de origen mercantil, sino expresamente al aprobarse el artículo 2112 que unificó desde 1984, los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza antes regulados en forma diferente por el Código Civil y por el Código de Comercio, para disciplinar los actos civiles y mercantiles, respectivamente y por separado.

Igualmente, y como prueba de esta tendencia, Valle Tejada (s. f.) sostenía siguiendo las enseñanzas de Vivante, la necesidad de unificar el derecho privado en atención a que:

- a) Las razones para la existencia de un derecho privativo de una clase especial ya no se dan, el comercio ya no es el monopolio de una clase privilegiada. En tanto la autonomía del derecho mercantil continúe se mantendrá el contraste entre los sistemas legislativos y la unidad de la vida económica.
- b) Otro argumento es que la dicotomía atenta contra la economía procesal, al existir dos jurisdicciones distintas.
- c) Opina igualmente que este dualismo perjudica el avance científico del derecho mercantil, en atención a que los mercantilistas dejan de lado el estudio de la teoría general de las obligaciones, pretendiendo resolver sus problemas calificando como contratos sui géneris, al margen de las normas civiles, algunos que muy bien podrían encontrar ubicación en esta rama del derecho si fueran mejor analizados. [...] El Código de Comercio es una solución anacrónica, ya que los códigos carecen de la capacidad evolutiva que la realidad exige del derecho mercantil. Habrá que promulgar leyes especiales sobre materias concretas, en todo aquello que no pueda ser recogido por el derecho civil. El derecho mercantil moderno requiere de la capacidad de modificarse cuantas veces sea necesario, desplazar su eje o centro de actividad en la medida que la realidad económica así lo exija, llevando siempre su impronta de derecho pragmático y de vanguardia. (s. p.)

Creemos, en alguna medida, haber acreditado la vigencia del CdC en lo que se refiere a la regulación de las obligaciones y los contratos mercantiles, pese al impacto innovativo —reiteramos— que supusieron los artículos 1353 y 2112 del CC de 1984. Asimismo, hemos estudiado la relación inter-normativa entre el CC y el CdC y, con ello, el carácter especial del derecho mercantil.

3. NOCIÓN DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL. LA IMPORTANCIA DE LA NO-VACIÓN, DE LA COMPENSACIÓN, DE LA INEXIGIBILIDAD Y DE LA INDI-VISIBILIDAD

Según Vásquez del Mercado (2002):

El contrato de cuenta corriente se da entre dos comerciantes en virtud de que sus negocios son recíprocos, es decir, sus relaciones originan créditos y deudas, de manera que cada uno de ellos es en un momento acreedor y en otro momento deudor de otro, de sumas de dinero. Durante el periodo que se dan esas relaciones, ninguno de ellos hace pago o lo exige porque así lo han convenido. [...] El contrato de cuenta corriente es aquel en que las partes se obligan a anotar en su cuenta los créditos derivados de sus respectivas remesas, reconociéndolos inexigibles hasta la clausura del contrato. [...] Es un contrato cuya mercantilidad deriva de la intervención de los comerciantes, quienes dieron origen a él, en el tráfico mercantil propio de los mismos. En este contrato las partes persiguen como finalidad principal, como se ha observado, el diferimiento de la liquidación de sus créditos y deudas para una fecha prefijada y a la conclusión de sus relaciones de comercio. De esa manera las partes, que no hacen pagos continuos, tienen la seguridad que no se les exigirá antes de la fecha señalada, y además de que pueden hacerse remesas recíprocas de dinero o valores de acuerdo a sus necesidades y posibilidades. (pp. 461-462)

Para Rodríguez Olivera (s. f.), la cuenta corriente mercantil es el contrato por el cual las partes, dos comerciantes que mantienen negocios entre sí, se obligan a diferir la exigibilidad y la liquidación de sus respectivos créditos para un momento posterior, llegado el cual formularán dos cuentas únicas y opuestas (debe y haber) que serán compensadas produciéndose la extinción de sus respectivas obligaciones, sin perjuicio del saldo acreedor o deudor que pudiera resultar.

Langle, citado por Rodríguez Olivera (s. f.), define la cuenta corriente como un contrato por el cual dos personas, en relación de negocios continuados, acuerdan concederse temporalmente crédito recíproco, quedando obligadas ambas partes a ir asentando en cuenta sus remesas mutuas, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquella cerrada en la fecha convenida.

En cuanto a la finalidad o utilidad del contrato de cuenta corriente, Rodríguez Olivera (s. f.) enseña:

La cuenta corriente se celebra cuando, entre dos comerciantes, existe una relación continuada de negocios. De sus relaciones nacen créditos y deudas recíprocas, que se van creando sucesivamente. Uno a otro se remiten mercaderías, dinero, títulos valores. De no existir contrato de cuenta corriente, cada operación de la cual surgiera una obligación o se extinguiera otra preexistente, daría lugar a una liquidación especial con los pertinentes movimientos de dinero. Por el contrato de cuenta corriente se crea un mecanismo mediante el cual se evitan las liquidaciones particulares. Todas las operaciones realizadas se incluyen en una cuenta común y se inscribirán como anotaciones del debe o del haber y, vencido el plazo que se acuerde, se sumarán las cifras anotadas en cada columna. En ese momento, se compensarán las sumas, haciéndose exigible solo el saldo final, que será de cargo de una sola de las partes. La cuenta corriente supone, así, un aplazamiento de la exigibilidad de los respectivos créditos y la liquidación de los mismos en un momento posterior mediante compensación. (s. p.)

Rodríguez Olivera (s. f.) anota sobre las ventajas del contrato de cuenta corriente mercantil:

- *Concesión recíproca de crédito puesto que se difieren los pagos:* «La concesión recíproca de crédito es una consecuencia del diferimiento de los pagos. El cuentacorrentista tiene confianza en la voluntad de cumplir del otro cuentacorrentista. Tiene una creencia en la capacidad de pago futuro de su contraparte y, por ello, no exige el cumplimiento inmediato».
- *Sometimiento de los pagos a una posterior liquidación y compensación:* «Las partes pueden señalar qué género de operaciones quedarán excluidas de ese tratamiento jurídico. Así como pueden ponerse de acuerdo para que no entre en la cuenta una remesa concreta y determinada».

Nos parece muy interesante la definición que provee Raúl Cervantes Arana, citado por Díaz Guzmán (2011), cuando señala sobre este mismo tema, que:

La cuenta corriente no es un contrato exclusivamente bancario, sino que puede ser celebrado por particulares. Históricamente, según indicamos, es un contrato propio de la actividad mercantil. Cuando dos personas, y en particular dos comerciantes, están en continuas relaciones de negocios, que los convierten a menudo en acreedora y deudora la una de la otra, naturalmente son inducidas, y para simplificar las cosas, a no liquidar cada operación a su vencimiento. La liquidación se hará en bloque, ya sea al fin de la serie de operaciones o de las relaciones de negocios, ya sea en fechas regularmente fijadas, si se prosiguen dichas operaciones por largos periodos. Así, se determinará un saldo, que será la única suma a pagar, después de sumar las deudas de cada uno de los cuentacorrentistas y compensando globalmente hasta el importe del total menor. Entonces se determinará quién es el deudor y el monto del saldo. Tal es el mecanismo de la cuenta corriente. (p. 4)

Así, y según Ruiz de Velasco y del Valle (2002), tenemos:

[S]e trata de un convenio entre dos empresarios por el que, a base de [sic] la recíproca concesión de crédito, aspiran a mantener unidos los elementos integrantes de la *cuenta sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el momento del cierre y liquidación previstos que determinan el saldo final*. (p. 925) (Las cursivas son mías)

Agrega, luego, el mismo autor que el origen de la cuenta corriente mercantil

[...] se encuentra en el sistema de contabilidad por partida doble que llevan los empresarios, el cual les permite conocer el saldo favorable o adverso que, con referencia a cualquier persona que se relaciona con ellos, tienen en todo momento. Ahora bien, la mera situación contable no es exponente de un contrato. *Para que este exista, las partes deben acordar obligarse, de modo recíproco, a no exigirse aisladamente las partidas anotadas en la cuenta y a pagarse, periódicamente o al término del contrato, la diferencia o saldo entre el «debe» y el «haber» que resulte.* (Ruiz de Velasco y del Valle, 2002, p. 925). (Las cursivas son mías)

No es mi intención, por un problema de espacio, agotar la materia del contrato de cuenta corriente mercantil, pero sí procuraré analizar algunos elementos del aludido contrato que configuran su columna vertebral y, dado el carácter valioso y relevante de este contrato por la función socioeconómica que cumple, no puede ser sino tutelado y acogido por el ordenamiento jurídico.

El artículo 563 del CdC nacional define el contrato de cuenta corriente mercantil del modo siguiente: «Hay contrato de cuenta corriente mercantil cuando dos personas que tienen que entregarse recíprocamente valores, estipulan convertir sus créditos en partidas de “Debe” y “Haber”, *de modo que solo resulte exigible la diferencia final procedente de la liquidación*» (Las cursivas son mías).

Es también de importancia citar el artículo 565 del mismo Código: «La admisión en cuenta corriente de valores precedentemente debidos, por uno de los contratantes, al otro, produce novación del contrato existente. *Hay también novación en todo crédito del uno contra el otro, de cualquier naturaleza y fecha que sea, si el crédito pasa a una cuenta corriente; salvo que el acreedor o deudor haga formal reserva de sus derechos*» (las cursivas son mías).

Así, y con cargo a desarrollarlo posteriormente, es de indicar que la novación, *en cualquier tipo de cuenta corriente*, juega un papel fundamental. Por ejemplo, el artículo 226 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros dispone en su primera parte: «Hay novación en todo crédito del uno contra el otro, de cualquier naturaleza y fecha que sea, si el crédito pasa a una cuenta corriente; salvo que el acreedor o deudor acuerden expresa reserva de sus derechos».

Se alude, pues, a la novación que es regulada en el Libro de Obligaciones del Código Civil, y la misma constituye uno de los principales modos de extinción de obligaciones.

Con cargo a desarrollar este tema más adelante diremos que, de acuerdo a nuestro punto de vista, la novación de los créditos, precedentemente debidos, tiene su razón de ser en dos características del contrato materia de estudio: la inexigibilidad de los créditos y la indivisibilidad de la cuenta corriente mercantil.

Es el artículo 1277 del CC el que define a la novación como la sustitución de una obligación por otra. Este artículo luego agrega: «Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva».

El artículo 1278 del mismo CC dispone: «Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o título diferente».

Los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (1997b, p. 275 y ss.) reconocen, entre otros, los siguientes efectos a la novación:

- a) La novación es una operación única de doble efecto, a saber: un efecto extintivo y otro creador de obligaciones.
- b) Si la novación determina la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte.
- c) Citando a Planiol y Ripert, indican que el efecto extintivo de la novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios.

Queda claro que la novación, en este caso objetiva, permite extinguir una obligación (crédito) objeto de otros negocios entre las mismas partes, que en muchos casos comprenderá plazos de vencimiento, privilegios y garantías e intereses, para, así, perdiendo su individualidad y exigibilidad, ser incluidos en la cuenta corriente mercantil, sometiéndose a las reglas de esta (creándose una nueva obligación). Es importante resaltar el tema de la inexigibilidad por cuanto la obligación primitiva puede

contener plazos de vencimiento que en modo alguno se condicen con la naturaleza y reglas de la cuenta corriente mercantil, y con ella la nueva obligación. Asimismo, es de destacar que en tanto y en cuanto los créditos incluidos en la cuenta corriente mercantil no sean exigibles al no haber vencido el plazo y procedido previamente a efectuar la liquidación, adelantamos que de acuerdo al artículo 1288 del CC se diferirá la oportunidad de la compensación. Esto último lo analizaremos en detalle más adelante.

De otro lado, resulta pertinente citar a Díaz Guzmán (2011), quien sostiene: «La cuenta corriente es indivisible, en el sentido de que los créditos en ella incluidos no pueden separarse y *pierden, como hemos dicho, su individualidad y exigibilidad*. Todas las operaciones que entren en el cauce de la cuenta, son arrastradas por la corriente de la misma, para fundirse en un solo saldo final, en la época de la clausura» (p. 5) (las cursivas son mías).

Ruiz de Velasco y del Valle (2002) anota: «[...] parte del contenido del contrato de cuenta corriente es hacer inexigibles los créditos derivados de los contratos entre las partes, hasta el momento en que se cierra la cuenta y se fija el saldo resultante» (p. 926).

La inexigibilidad e indivisibilidad de la cuenta corriente mercantil son consagradas por el artículo 577 del CdC:

Antes de que la cuenta corriente se cierre, ninguno de los interesados será considerado como acreedor o deudor del otro; y únicamente una vez cerrada, es cuando se fija el estado de las relaciones jurídicas entre las partes, nace el derecho a la compensación del débito con el crédito, y se determina la persona del acreedor y del deudor. (Las cursivas son mías)

Una vez analizados algunos elementos constitutivos del contrato de cuenta corriente —inexigibilidad, indivisibilidad y novación—, conviene analizar si a la ejecución de este contrato corresponde el régimen jurídico contemplado en el CC o en el CdC.

4. PRIMACÍA DEL CÓDIGO DE COMERCIO SOBRE LAS NORMAS DE DERECHO COMÚN EN LO QUE SE REFIERE A LA REGULACIÓN DE ALGUNAS INSTITUCIONES CONTRACTUALES PRIVADAS

Líneas arriba hemos sostenido que algunas figuras contenidas en la sección cuarta, «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», del CdC son plenamente aplicables a los contratos mercantiles, pese a la dación de los artículos 1353 y 2112 del CC de 1984.

Entre estas figuras privativas de los contratos mercantiles, que prevalecen sobre las normas de derecho común o CC, identificamos las siguientes:

- a) «Convenciones ilícitas» (artículo 53), que prevalece sobre las normas de acto jurídico relativas a la finalidad lícita.
- b) «Contrato con penalidad» (artículo 56), que prevalece sobre las normas relativas a cláusula penal contenidas en el libro de obligaciones del CC.
- c) «Obligaciones sin término» (artículo 62), que prevalece sobre los artículos relativos a plazo del libro de acto jurídico y oportunidad del pago en el libro de obligaciones del CC.

Como sabemos, según el 1353 del CC: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, *quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección*, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato» (las cursivas son mías).

El artículo 63 del CdC dispone:

Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

- 1) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
- 2) En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez o notario público.

En suma, el CdC consagra la mora automática. El CC, como ya lo dijimos, regula la mora por intimación en el libro de obligaciones.

Más allá del criterio de especialidad, resulta pertinente indicar que el régimen moratorio de derecho común no se encuentra normado en la sección primera, título 1, «Disposiciones generales» del libro «Fuentes de las obligaciones» del CC, como lo prevé el artículo 1353 del CC. En efecto, y como ya se ha visto, estas figuras que provienen del CdC se encuentran reguladas, a su vez, en el CC por los libros de acto jurídico y obligaciones, resultando nítido que no es, en principio, de aplicación el artículo 1353. Y decimos «en principio», pues el mismo resultaría aplicable, conforme el artículo 2 del CdC, en defecto de la ley mercantil y la costumbre o usos de comercio.

Dicho esto, resulta oportuno analizar cómo se aplica el régimen de la mora —conforme al CdC— a un contrato tan sui generis como es el de cuenta corriente mercantil. Por lo pronto, ya hemos indicado que a efectos de la constitución en mora no se requiere intimación o interpelación.

Ospina Fernández (1987, p. 100) enseña que el deudor tiene que cumplir la obligación cuando esta se hace *exigible*: si es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento de este; y si es condicional, al cumplirse la condición.

Sobre la inexigibilidad de los créditos incluidos en la cuenta corriente mercantil, Vásquez del Mercado (1994, p. 463) da cuenta de que *el efecto fundamental del contrato de cuenta corriente es la inexigibilidad de los créditos*. Las partes se comprometen y convienen en liquidar sus relaciones no en el momento de la remesa, sino de conformidad a los vencimientos determinados. Al hacerse la liquidación procede el pago de la diferencia, esto es, el saldo que resulte a favor de una o de la otra, teniendo en cuenta los créditos y los débitos recíprocos. Las partes consideran inexigibles tanto los débitos, como los créditos y no disponen de ellos hasta la liquidación o clausura de la cuenta. De ahí que en el curso de la cuenta, lo que se debe y los créditos se anotan en el debe o en el haber de cada cuentacorrentista; y al plazo señalado se determina si el cuentacorrentista es en definitiva acreedor o deudor, y la suma que así resulta es a la que tiene derecho de cobrar u obligación de pagar.

De esta manera podemos concluir, en principio:

- a) En el caso del contrato materia de estudio, el régimen moratorio está normado por el artículo 63 del CdC.
- b) En tal sentido, es la mora automática el régimen aplicable al contrato de cuenta corriente mercantil.
- c) Dado que las remesas son voluntarias y los créditos de la cuenta corriente inexigibles, solo será exigible el saldo producto de la liquidación de la cuenta una vez concluido el contrato o terminado el plazo pactado, de ser el caso.
- d) Es, pues, el monto producto de la liquidación el que resulta exigible y, por lo tanto, a partir de ese momento puede ser objeto de la mora automática.

- e) Tratándose de deudas dinerarias, resultará aplicable el artículo 1324 del CC.
- f) Al ser un monto determinado, no existe inconveniente alguno en garantizar el pago del saldo, producto de la liquidación, con garantías personales y reales. Al respecto, el artículo 573 del CdC establece: «El saldo puede ser garantizado con fianza, prenda o hipoteca, según las convenciones de las partes, antes o durante el curso de la cuenta». Lo que no queda claro es cómo se puede garantizar el saldo «antes o durante el curso de la cuenta», esto es, cuando no se tiene en claro el monto del saldo global que en este caso ni siquiera es determinable y tampoco se sabe, previamente a ser liquidada la deuda, quién será el acreedor y quién el deudor.
- g) Una vez exigible el saldo, nada impide que el acreedor otorgue un financiamiento al deudor, con garantías a satisfacción de aquél y que devengue intereses compensatorios, para diferir el pago del saldo global. Aquí operará otra novación.

En cuanto a la compensación, el artículo 1288 del CC prescribe que debe tratarse, entre otros requisitos, de obligaciones *liquidadas y exigibles*.

A modo de digresión, y sobre la importancia de la compensación, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (1998) señalan:

[...] una economía de mercado como la nuestra, en cuyo interior las transacciones económicas son cada vez numerosas y complejas, requiere normas de derecho comercial e internacional que sirvan de herramienta eficaz para facilitar el tráfico de dinero y de bienes. La compensación es, indiscutiblemente, uno de esos instrumentos indispensables de la economía, ya que convierte la densa trama de obligaciones en simples operaciones de contabilidad mediante la eliminación de todo aquello que resulta común, minimizando así el uso de los mecanismos tanto de liquidación como de cobranza. (p. 105)

Rezzónico, citado por los mismos profesores, sostiene:

[...] la compensación es el fundamento de importantes instituciones y figuras jurídicas del derecho comercial. En efecto, como lo señala la mayor parte de los comentaristas, la cuenta corriente mercantil, la cuenta corriente bancaria, las cámaras de compensación y los *clearings* internacionales suponen una continua y perpetua compensación. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 1998, p. 106)

Más adelante volveremos a tocar este tema cuando nos encarguemos de estudiar la naturaleza del contrato de cuenta corriente mercantil en tanto *contrato coligado*.

Retomando el tema de la compensación, y de la liquidez como requisito de aquélla, es de indicar que esta última se configura cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de su objeto. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 1998, p. 117). En efecto, ya hemos indicado reiteradamente que mientras está vigente el contrato de cuenta corriente mercantil, este incluye una pluralidad de créditos que en cuanto remesas (no obligatorias) se van anotando y que en virtud de una novación pierden su individualidad originaria, y pasan, en cuanto nuevas obligaciones, a formar parte de una cuenta indivisible. En tal virtud, se someten a las normas propias de esta. Cuenta indivisible que además de ser inexigible e indeterminada, su saldo global, de haberlo, sólo será conocido, determinado, exigible y líquido al momento de la conclusión del contrato o al vencimiento del plazo previsto para tal efecto, siendo a partir de entonces el saldo global plenamente exigible.

Todo ello nos conduce a sostener que en el contrato de cuenta corriente mercantil la compensación únicamente operará cuando concluya el contrato y, en consecuencia, la compensación se difiere para cuando ya se haya liquidado el saldo global resultante y se sepa quién es acreedor y quién es deudor y por cuánto. A partir de ese momento, el saldo será exigible con todas las consecuencias que, como hemos visto, ello supone.

Cabe preguntarse cuándo ha de hacerse el pago una vez liquidada la cuenta y obtenido y determinado, así, el saldo deudor.

Al respecto, el artículo 567.5 del CdC dispone que es naturaleza de la cuenta corriente: «Que el saldo definitivo es exigible desde su aceptación, a no ser que el deudor hubiera remitido sumas eventuales que igualen o excedan la del saldo, o que los interesados hayan convenido en pasarlo a nueva cuenta».

Al estipularse legislativamente un término a efectos de la exigibilidad, no será entonces aplicable el artículo 62 del CdC ni supletoriamente los artículos 182 y 1240 del CC. El artículo 62 del CdC dispone: «Las obligaciones que *no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código*, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día siguiente si llevaren aparejada ejecución» (por acción «ordinaria» ha de entenderse proceso de conocimiento) (las cursivas son mías).

5. CUENTA CORRIENTE MERCANTIL: ¿CONTRATO ACCESORIO, AUTÓNOMO O COLIGADO?

Refiere Ruiz de Velasco y del Valle (2002):

El contrato de cuenta corriente es, pues, ajeno a los problemas de transmisión de propiedad o similares que, de producirse, tienen su origen en otro contrato. *Por eso hemos afirmado que este contrato es, por esencia, accesorio, dado que carecería de razón de ser y, por lo tanto, de causa, si no existieran contratos o actos jurídicos previos que justificaran las anotaciones de las remesas en la cuenta.* (p. 926) (Las cursivas son mías)

En el lado opuesto, Vázquez del Mercado (1994) sostiene que:

Esas remesas tienen su origen en actos que dan lugar a créditos, los cuales naturalmente se anotan en la cuenta, pero estos actos son relaciones ajenas al contrato mismo, son relaciones que no tienen su fuente en el contrato de cuenta corriente, sino en actos diversos, en los que los cuen-tacorrientistas participan. (p. 465)

Nosotros planteamos una solución intermedia. Ni accesoria ni autonomía.

En efecto, el contrato que es accesorio por excelencia es el de fianza. Así, generalmente, el pago de un contrato de mutuo será garantizado por una fianza. Queda claro, sin embargo, que el contrato de mutuo puede existir sin estar garantizado por una fianza. La fianza, en cuanto *garantía accesorio*, no puede existir sin un contrato que garantizar, pues la misma configura, siempre, un acto accesorio. No importa para la validez del mutuo, por ejemplo, que haya o no haya fianza, el contrato principal podrá siempre existir.

Diferente es el caso, verbigracia, de un contrato de agencia. Así, en un contrato de agencia entre una compañía cuyo objeto es prestar servicios de telefonía móvil y cualquiera de sus agentes (*dealerships*) es esencial para la operación de este contrato de agencia que también exista un contrato de cuenta corriente mercantil. Entre los créditos recíprocos que se anoten y se incluyan en la cuenta se encontrarán, por ejemplo, pago de comisiones, pago por equipos suministrados, reversión de comisiones, suministro de *merchandising*, penalidades, etc.

En principio, se puede decir que en este caso el contrato de cuenta corriente podría ser accesorio, pero, fisiológicamente, el contrato de agencia del ejemplo no podrá existir sin que exista, a su vez, un contrato de cuenta corriente mercantil. Esto es, el contrato de cuenta corriente mercantil resulta siendo la *columna vertebral* del contrato de agencia.

Por lo así indicado estamos completamente de acuerdo con Vásquez Rebaza (2012) cuando refiere:

Por su parte, la coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados en concreto (a partir del texto o del contexto) por estar dirigidos hacia la consecución de una operación económica global. En tales supuestos, el cumplimiento de la pluralidad de contratos resulta necesario e instrumental de cara al desenvolvimiento de la operación económica global, la cual no podrá ser actuada a partir del despliegue aislado de cada contrato. [...] Por nuestra parte, consideramos que, además de sus manifestaciones tradicionales de la libertad de contratar y la libertad de configurar el contenido interno, la autonomía privada les confiere a los individuos el poder de concertar diversos contratos de cara a la actuación de una operación económica unitaria. Ello debido a que, como habíamos visto, existen casos en los que únicamente la actuación armonizada de los referidos acuerdos podrá satisfacer ciertos intereses complejos surgidos en la praxis. (pp. 169-170)

Entendemos que la *ratio* y razonabilidad de los contratos coligados ha de hallarse en la causa de los mismos. En efecto, es de interés de las partes y motivo determinante para su celebración que los contratos, en este caso coligados, puedan facilitar y asegurar eficientemente el tráfico mercantil. Es por ello que al cumplir los contratos coligados una función económica y social relevante y valiosa como es la de facilitar el tráfico mercantil, por fuerza, los mismos han de ser reconocidos, validados y tutelados por el ordenamiento jurídico.

6. EL ANATOCISMO (DESLINDE DE PIEZA DE CONTRASTE: LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA)

De otro lado, es el artículo 1249 del CC el que impone limitaciones a la capitalización de intereses (anatocismo) y en cuanto es de nuestro interés, las excepciones a tales limitaciones.

El artículo 1249 dispone lo siguiente: «No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares».

Según los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (1997a), por capitalización de intereses «se entiende la adición de los intereses al capital, de suerte que en el siguiente periodo los intereses generan —junto con el capital— nuevos intereses» (p. 247).

En lo que respecta a la cuenta corriente mercantil, el artículo 574 del CdC regula el anatocismo del siguiente modo: «Las partes podrán determinar época de los balances parciales, la tasa de intereses, la capitalización por períodos no menores de seis meses, la comisión que crean conveniente, y acordar todas las demás condiciones accesorias que no sean prohibidas por la ley».

Además del artículo 1249 del CC, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros —en lo que concierne a la cuenta corriente bancaria— contiene en su artículo 9 una disposición lo suficientemente amplia en lo que se refiere a la libertad para fijar el régimen de intereses por parte de las instituciones financieras que permite considerar incluida en la misma la excepción a la interdicción de la práctica del anatocismo, que por lo demás ya está recogida, como hemos visto, en el artículo 1249 del CC.

Finalmente, es el momento de deslindar la cuenta corriente mercantil de su pieza de contraste, la cuenta corriente bancaria.

Es muy interesante, en cuanto a este tema, lo que refiere Vásquez del Mercado (1994):

Cuando un cliente deposita sumas de dinero en cuenta corriente en poder de una institución de crédito, tiene facultad para que, durante el tiempo que dure la cuenta, retirar parte o inclusive la totalidad de las sumas y enterar, en su caso, sucesivamente a la propia institución otras nuevas, *pero siempre y constantemente es acreedor y la institución constantemente deudora, no hay reciprocidad de remesas*. En la apertura de crédito en cuenta corriente, la institución pone a disposición del cliente una

suma de dinero y éste puede, durante el proceso de la cuenta, retirar sumas dentro de los límites en que el crédito le ha sido concedido y efectuar remesas antes de la fecha fijada para la liquidación, *pero siempre es deudor y la institución siempre es acreedora*. Este caso difiere del contrato de cuenta corriente (léase «mercantil»), porque (en el contrato de cuenta corriente bancaria) las partes no se otorgan recíprocamente crédito, *de tal suerte que no se da la posibilidad de que una como la otra resulten acreedoras al vencerse la cuenta*. (pp. 463-464) (Las cursivas son mías)

Por su parte Ruiz de Velasco y del Valle (2002) indica:

[...] no debe confundirse la cuenta corriente mercantil con la bancaria, puesto que en esta no hay recíproca concesión de crédito como en el contrato que nos ocupa. El contrato bancario impone una serie de obligaciones al banco que tampoco son propias del contrato que estudiamos. (p. 925)

Es valor entendido, entonces, que el contrato de cuenta corriente bancaria se deslinda nítidamente del contrato de cuenta corriente mercantil, dado que en el primero no se configura la reciprocidad, tampoco la inexigibilidad ni la indivisibilidad de los créditos.

Si contrastamos el ya citado artículo 563 del CdC, que define el contrato de cuenta corriente mercantil con el artículo 225 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros que define la cuenta corriente bancaria, notaremos que entre ambas figuras contractuales no hay mucho en común.

El artículo 225 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros define del modo siguiente el contrato de cuenta corriente bancaria:

La cuenta corriente regida por la presente ley es un contrato en virtud del cual una empresa se obliga a cumplir las órdenes de pago de su cliente hasta por el importe del dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado, esto último en el caso de las empresas autorizadas para conceder sobregiros de conformidad con los artículos 283 al 289 de la Ley de Instituciones Financieras.

7. CONCLUSIÓN

Ensayamos la siguiente definición del contrato de cuenta corriente mercantil: es el contrato de naturaleza mercantil celebrado por comerciantes cuyo objeto es pactar la inexigibilidad de créditos recíprocos por un plazo así estipulado, siendo tales créditos frutos de otros negocios entre las mismas partes. Dada la inexigibilidad, ambas partes son libres de efectuar las remesas que consideren pertinentes. En caso de créditos precedentemente debidos, estos se incorporan a la cuenta corriente —de naturaleza indivisible—, siendo novados, de tal suerte que tales créditos pierden su individualidad y se sujetan en adelante a las reglas propias de la cuenta. Dada la inexigibilidad de los créditos, la compensación sólo operará a la conclusión del contrato o del plazo que ambas partes acuerden, esto es, cuando se liquide la cuenta y se conozca el saldo deudor global y quién es acreedor y quién deudor. Asimismo, y no obstante la inexigibilidad de los créditos, estos generan intereses compensatorios, dada la nítida configuración del costo de oportunidad. Estos intereses pueden ser capitalizados conforme a las normas sobre anatocismo.

8. REFERENCIAS

Alessandri, A. y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. [Tomo I]. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Díaz Guzmán, E. (Abril 2011). Aspectos jurídicos y fiscales del contrato de cuenta corriente. *Fiscoactualidades*, (117), pp. 2-7.
http://www.imcp.org.mx/IMG/pdf/fiscoactualidades_117.pdf

- Muñiz Ziches, J. (1997). El Código de Comercio y la legislación mercantil: fronteras entre el derecho civil y el derecho mercantil. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, (46).
- Ochoa Gómez, O. (2006). *Persona. Derecho Civil I*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Ospina Fernández, G. (1987). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1997a). *Tratado de las Obligaciones*. [Tomo 6]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1997b). *Tratado de las Obligaciones*. [Tomo 8]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1998). La compensación. *Scribas*, (4), [año 2], pp. 101-128. <https://castillofreyre.com/articulos/la-compensacion-2/>
- Rodríguez Olivera, N. (s. f.). *Concepto de cuenta corriente mercantil*. <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespContCtaCte01.htm> [Último acceso: enero 2016].
- Ruiz de Velasco y del Valle, A. (2002). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Torres y Torres Lara, C. (1989). La recodificación. Unificación de las obligaciones y contratos en el derecho privado. Nuevas tendencias en América Latina. *Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima: Universidad de Lima.
- Valle Tejada, J. (s. f.). *Unificación de las obligaciones y la contratación mercantil*. <https://www.teleley.pe/informacion-economica/rubros/> [Último acceso: enero 2016].
- Vásquez del Mercado, O. (1994). *Contratos mercantiles*. México D. F.: Porrúa.
- Vásquez Rebaza, W. (Octubre 2012). La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano. *Revista Jurídica del Perú*, (140), pp. 157-173. https://www.academia.edu/40208115/La_visible_presencia_de_los_contratos_coligados_en_el_sistema_jur%C3%ADdico_peruano
- Zegarra Mulanovich, Á. (2008). El Código Civil y los contratos mercantiles. *Ita Ius Esto*, (1), pp. 191-199. [Último acceso: enero 2016].
- Zegarra Mulanovich, Á. (Enero 2010). *Notas de Derecho Mercantil I. Introducción. Universidad de Piura*. <http://es.scribd.com/doc/49868231/12/El-Codigo-de-Comercio-y-la-legislacion-mercantil-vigente> p. 24

LOS ARTÍCULOS 1365 Y 1398 DEL CÓDIGO CIVIL (CAUSA Y BUENA FE)

Sumario: 1. Exordio.— 2. Normatividad aplicable, tipicidad y planteamiento del problema.— 3. Análisis.— 4. La causa y la buena fe.— 5. Referencias.

«Pero la idea de ser un loco no lo afectaba mucho. Lo que lo horrorizaba era la posibilidad de estar equivocado».

George Orwell, 1984

«I would give my life for a man who is looking for the truth. But I would gladly kill a man who thinks he has found the truth».

Luis Buñuel

1. EXORDIO

En la doctrina patria han corrido ríos de tinta para diseñar un régimen —aun cuando sea más o menos articulado— para brindar protección al consumidor por ser este, supuesta y potencialmente, víctima de engaños y abusos por parte de poderosas corporaciones. Es así como finalmente se ha configurado la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC). Para nosotros, este Código tiene fundamentalmente tres finalidades, a saber: a) reducir la asimetría informativa de tal suerte que el consumidor tome una decisión informada; b) la interdicción de cláusulas vejatorias; c) que los bienes y servicios a ser proveídos por el empresario sean idóneos para la finalidad por la cual los consumidores los contratan.

Así, y dentro del marco de defensa del consumidor o usuario, este último ha sido definido por el artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor, como:

(1.1) Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. (1.2) Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el *proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio*. (1.3) En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta. (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, la preocupación de la doctrina patria no ha sido tanta en lo que respecta a la protección de medianas y pequeñas empresas (mypes) cuando estas se relacionan jurídica y patrimonialmente con empresas más poderosas, v. gr. principales contribuyentes que detentan una nítida situación de superioridad conocen mejor las características de los bienes y servicios que proveen para su intermediación a las mypes, y que por las necesidades y peculiaridades propias del negocio como son, por ejemplo, la necesidad de facilitar la «administración» de los contratos, la imperiosa necesidad de reducir en la medida de lo posible los costos de transacción, y dada la importante cantidad de mypes con las que se relacionan a través de estos contratos, las corporaciones (predisponentes) redactan unilateralmente los contratos, de idéntico tenor todos ellos, a los cuales han de adherirse tales mypes, en adelante, «adherentes». Estamos, pues, frente a contratos por adhesión. Según el artículo 1390 del CC: «El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar».

Según Díez-Picazo y Gullón (1992) son contratos por adhesión

[...] aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se concertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transportes, etc. (p. 77)

Asimismo, y tomando en cuenta la definición de consumidor ya dada, es de indicar que estos adherentes, y pese a su supuesta diminuta dimensión y reducido poderío en comparación con su contraparte (predisponente), en modo alguno pueden ser considerados consumidores y no pueden así acogerse al régimen protector y tuitivo del derecho de consumo.

En definitiva, y de acuerdo con los ejemplos esbozados, los adherentes no calzan en la definición de «consumidor». Más aún, lejos de tratarse de consumidores, los adherentes sí calzan en la definición de «proveedores». De este modo, el artículo IV.2 *ab initio* del CPDC define a estos como «Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores».

Sin embargo, es de hacer la atinencia que en el asunto que nos ocupa, los adherentes que, reiteramos, también son empresarios proveerán servicios a su vez a otros empresarios (predisponentes) y no en todos los casos a consumidores o usuarios, tal cual lo prevé la norma citada.

Nada impide considerar que el adherente estará en una situación de desventaja. Ello debido a la eventual existencia de cláusulas vejatorias estipuladas en el contrato, las mismas que suponen prerrogativas exorbitantes y abusivas a favor de la corporación o predisponente. A ello habría que agregarse la posibilidad de que el predisponente proceda de mala fe o abusando del ejercicio de un derecho.

A efectos de reforzar la finalidad del presente texto es de poner de relieve, siguiendo a Espinoza (1998):

[...] la protección al consumidor y el problema de las cláusulas vejatorias no son, necesariamente, coincidentes, ya que existen otros agentes económicos que no son técnicamente consumidores, quienes al no participar en la negociación de un contrato pre-redactado [sic] por la contraparte, pueden ser víctimas del desequilibrio del balance de los derechos y de las obligaciones asumidas por las partes, lo cual tipifica a las cláusulas vejatorias. (p. 146) (Las cursivas son nuestras)

Un claro ejemplo para relieves e ilustrar lo hasta aquí dicho lo encontramos en los *contratos de distribución* de productos de consumo masivo (protectores solares, sopas y consomés, higiene femenina, cerveza, suavizantes de ropa, agua embotellada, refrescos, salsas, detergentes, jabones). En el contrato de distribución habrá dos partes. De un lado, la corporación (predisponente), esto es, una empresa poderosa, en muchos casos de capitales extranjeros, que requiere de los servicios de otras empresas, medianas y pequeñas, inclusive unipersonales, para que coadyuven a la prestación y distribución de bienes - sujetas a comisión por ventas- actividades que configuran también el objeto social de la corporación o predisponente. Así, esta relación jurídica y patrimonial que se origina en la celebración del contrato de distribución y que vincula a distribuidores (adherentes) y corporaciones (predisponentes), tendrá por objeto y a cargo del distribuidor, la intermediación en el tráfico jurídico en lo que respecta a la prestación de diversos bienes propios del objeto social del predisponente y reiteramos, sujeta a comisión, pues el distribuidor también es “vendedor” o comerciante de los mismos productos de consumo masivo. De esta manera, queda de modo nítido deslindado el contrato de transporte del contrato de distribución.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE, TIPICIDAD Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como veremos, el contrato de distribución, entre muchos otros, es un contrato que tiene naturaleza atípica, o si se quiere, detenta tipicidad social. Por ello, en caso de un vacío o laguna, dicho contrato se regiría por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio; y en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza. El texto del artículo 2 del Código de Comercio es el siguiente:

Artículo 2.- Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común. Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Sin embargo, debe precisarse que los artículos 1365 y 1398 del Código Civil, materia de colisión, y que desarrollamos y analizamos más adelante en el presente texto, están sometidos a las reglas contenidas en la sección «Contratos en general», a la que alude el artículo 1353 del mismo Código Civil.

El texto del artículo 1353 es el siguiente: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas *en esta sección*, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato» (las cursivas son nuestras).

De esta manera, queremos incidir en que el codificador yerra al referirse en el citado artículo 1353 a los «contratos innominados». Ello no tiene sentido. Lo correcto es aludir a contratos atípicos legales o atípicos sociales.

Así las cosas, el profesor Castillo Freyre (2008) alude a los contratos de tipicidad social de la manera siguiente:

La tipicidad legal se nutre, desde esta perspectiva de contratos legislativamente atípicos pero que son típicos desde el punto de vista social, por la habitualidad con que se celebran. La tipicidad social constituye, entonces, la antesala indispensable de la tipicidad legal. Solo una vez que el contrato ha alcanzado madurez y ha logrado sedimentarse dentro de la conciencia de los particulares, de modo que su empleo se torne en frecuente y difundido, dicho contrato ameritará ser incorporado en la contratación típica legal. (p. 73)

No obstante ello, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1353 del Código Civil, el derecho común debe prevalecer, pues el contrato de distribución queda sometido a las reglas contenidas en la sección «contratos en general» en lo que concierne, como veremos, al conflicto internormativo suscitado entre los artículos 1365 y 1398 de dicho Código.

3. ANÁLISIS

Dada la especial naturaleza del contrato de distribución y, en general, el desenvolvimiento del tráfico jurídico, es frecuente que el mismo se celebre a plazo indeterminado. No a plazo determinado o determinable. Esto es, y en rigor, nos referimos a plazos resolutorios. Asimismo, habrá de tomarse en cuenta el artículo 178, *ab initio*, del Código Civil que preceptúa: «Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento». También es de tomarse en cuenta el artículo 1371 del Código Civil, el cual dispone: «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración». Pero más importante, considerando la indeterminación del plazo y tratándose de un contrato de ejecución continuada, no se puede dejar de citar el artículo 1365 del Código Civil cuyo tenor es: «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho».

Así las cosas, y de otro lado, se ha dispuesto en el artículo 1398 del Código Civil que:

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de *resolverlo*, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. (El resaltado es nuestro)

Queda así claro que nos encontramos frente a una antinomia o colisión internormativa entre los artículos 1365 y 1398, ambos recogidos en el Código Civil. Para decirlo de un modo sencillo, se puede plantear tal colisión de acuerdo al siguiente tenor: de una parte, el artículo 1365 preceptúa que todo contrato de ejecución continuada que no cuente con un plazo estipulado puede ser resuelto *ad libitum* por cualquiera de las partes, sin responsabilidad, y en cualquier momento, mediando preaviso. Por su parte, en el artículo 1398 se prescribe que en los contratos celebrados por adhesión se considera vejatoria y, por ende, inválida, la cláusula resolutoria estipulada en favor de la parte que ha redactado el contrato. Sería muy sencillo, al respecto, plantear que dado tal conflicto ha de prevalecer la norma especial sobre la general. En este caso, entendemos, prevalecería la norma del contrato por adhesión sobre el precepto recogido en el artículo 1365, el mismo que regula de modo general la terminación o resolución de contratos de ejecución continuada sin plazo de duración previsto. Aun cuando, a decir verdad, no resulta del todo nítido deslindar cuál de las dos normas es la especial y cuál la general, creemos necesario recurrir a otras aristas.

Por todo lo expuesto, y específicamente en lo que se refiere a los contratos por adhesión, diremos que la primera gran baja de esta elaboración podría bien ser la «libertad contractual» (libertad de configuración interna). La libertad contractual está contenida en el artículo 1354 del CC según el cual «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Al respecto, el profesor Castillo Freyre (2008) sostiene que la libertad de configuración interna (libertad contractual) «solo se puede ejercer dentro de los límites que le impone el propio ordenamiento jurídico. De esta forma, el artículo 1354 del Código Civil peruano la limita a las normas legales de carácter imperativo y el artículo V del Título Preliminar del Código Civil también pone como límites al orden público y a las buenas costumbres» (p. 120).

Sin embargo, en modo alguno se puede sostener que la celebración de un contrato por adhesión no supone en buena medida el ejercicio de la libertad contractual. En tal sentido, ello no quita que dentro de los límites preceptuados por los artículos 1354 y V del Título Preliminar del Código Civil *así como, en general, en la normativa tuitiva y de orden público sobre contratos por adhesión contenida en el mismo Código, el adherente detente la capacidad de disponer libérrimamente del ejercicio de su libertad contractual*. No olvidar que nos encontramos en el ámbito del derecho privado patrimonial, el mismo que resulta siendo rigurosamente supletorio sin perjuicio de las restricciones ya indicadas.

Así las cosas, reiteramos que se puede argumentar que en el caso de los contratos por adhesión, más que un agravio a la esfera jurídica del adherente, se produce, por parte de este, una renuncia al ejercicio de tal «libertad contractual», pues en la mayoría de los casos tendrá amplia libertad para celebrar o no el contrato tal cual ha sido íntegramente redactado por la otra parte. No se trata de un contrato forzoso. Todo lo dicho es sin perjuicio de la problemática de las cláusulas vejatorias y los costos de transacción, y todo lo que ellas suponen. De la Puente (1996) sostiene:

El hecho [de] que el contrato sea modelado por ambas partes o por solo una de ellas *podrá ser un problema de ejercicio de la libertad de configuración interna*, pero no afecta la esencia del contrato, que es el acuerdo de declaraciones de voluntad. En la medida que se llegue a este acuerdo por una u otra vía se habrá alcanzado la finalidad del contrato, que es la creación de la relación jurídica patrimonial entre las partes. (p. 24) (Las cursivas son nuestras)

Luego, el mismo profesor De la Puente (1996) agrega:

[...] La parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. *Obsérvese que no se trata de una imposición, en el sentido que el redactante u oferente presiona o somete al destinatario para que acepte su oferta, sino únicamente lo coloca en una disyuntiva ante la cual el destinatario tiene, en principio, amplia libertad de elección entre la aceptación y el rechazo.* (p. 25) (Las cursivas son nuestras)

Resulta claro que el artículo 1365 del Código Civil configura una notable inseguridad jurídica para el adherente (distribuidor). Existe una marcada carencia de predictibilidad, lo cual resulta aún más oneroso, pues generalmente los contratos de distribución tienen carácter de exclusividad a cargo del distribuidor o adherente. En efecto, mantener en operación una empresa distribuidora, cualquiera sea su naturaleza, genera en esta la necesidad de incurrir en una serie de gastos y hasta inversiones a mediano y largo plazo. Así, por ejemplo, además de las aludidas inversiones, que no rendirán frutos sino en el largo y mediano término, existen una serie de gastos, como son los costos marginales, costos de oportunidad (considérese al respecto el eventual pacto de exclusividad), costos financieros, etc.

Y, por otra parte, se debe tener en cuenta nuevamente el artículo 1398 del Código Civil cuyo tenor es:

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de *resolverlo*, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. (El resaltado es nuestro)

Somos de la idea que no puede suponer una solución a la antinomia aquí planteada engarzar el texto del artículo 1365 y del artículo 1398, pretendiendo la prevalencia del primero por razones de equidad o simetría beneficiosas supuestamente para los intereses de ambas partes al permitirles resolver *ad libitum* el contrato de que se trate, mediando preaviso y cuando no se haya pactado plazo. El problema para el adherente por sobrecostos y excesiva onerosidad dada una resolución anticipada y *ad libitum* por parte del predisponente, sigue existiendo.

Nosotros no creemos que la solución a la antinomia así planteada pase por un recurso a remedios puramente positivistas. Por lo pronto, descartamos la aplicación del artículo 1401 del Código Civil, pues el mismo prevé: «Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra». Ello debido a que el mismo en modo alguno se refiere a contratos por adhesión; el artículo habla de «cláusulas generales de contratación» y «formularios redactados por una de las partes». Esta norma debe ser tratada de modo restrictivo al constituir la misma una excepción. Su ámbito de aplicación no se puede extender a lo que en rigor configuran contratos por adhesión. En tal sentido, queremos dejar en claro que las cláusulas generales de contratación sólo se activan u operan en el ámbito del derecho de consumo.

4. LA CAUSA Y LA BUENA FE

Nos queda claro, de otro lado, que los contratos típicos sociales son fruto del uso reiterado y la costumbre teniendo por finalidad dejar de lado lagunas y vacíos que de otra manera imposibilitarían el desenvolvimiento del tráfico jurídico, afectando de este modo a la sociedad toda. *Y, además, se trata de contratos que mayoritariamente tienen una función económico social (causa) de acuerdo al tipo (sea este legal o social) siendo así el contrato de que se trate dotado de validez, eficacia y exigibilidad por el ordenamiento jurídico. Tal función, también valiosa reiteremos, genera que el ordenamiento dote de plena validez, obligatoriedad y exigibilidad a los contratos así llamados típicos legales o típicos sociales.*

En otras palabras, y siguiendo a un sector de la doctrina, es de indicar que el contrato o el negocio jurídico en general cumplen una función económico-social (típica) y, de ser el caso, tal función, que no es otra cosa que la causa del negocio jurídico, es reconocida y acogida como valiosa por el ordenamiento jurídico y es como efecto de ello que el ordenamiento (o el derecho) otorga validez, exigibilidad y obligatoriedad al contrato o negocio jurídico de que se trate (reconocimiento jurídico). Es, pues, esa función económico-social típica considerada valiosa por el ordenamiento, la que facilitará el desenvolvimiento del tráfico y es por ello, también, que la sociedad toda en su conjunto termina por beneficiarse.

Para redondear lo aquí planteado en lo que se refiere a la causa, es pertinente citar a Velarde Saffer y Gonzales La Rosa (2010) cuando afirman:

El artículo 1365 del Código Civil tiene como finalidad evitar los «contratos eternos», es decir, aquellos contratos que tendrían una duración perpetua y que no podrían ser resueltos salvo que medie acuerdo de las partes en tal sentido. Es, justamente, en consideración de dicho interés que el legislador nacional otorga a los contratantes el derecho de resolver unilateralmente los contratos, claro está, siempre que se verifiquen los presupuestos para la aplicación del artículo 1365 del Código Civil, a saber, que nos encontremos ante un contrato de duración que carezca de plazo legal (supletorio) o convencional (determinado o determinable). (p. 76)

Más aún, el profesor De la Puente (1996) cita a Messineo señalando: «es claro que el contrato no puede durar hasta el infinito y que ninguna de las partes pueda ser constreñida a continuar en una relación por tiempo indeterminado cuando este no le ofrezca ya utilidad» (p. 139).

Se trata, en definitiva, y esto corresponde al juzgado, de ponderar cuál de las posibilidades así planteadas resulta siendo más valiosa en cuanto función económico social, a efectos de ser legitimada y acogida por el ordenamiento por ser la misma más beneficiosa para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico. Por nuestra parte creemos que las dos citas recientemente ensayadas denotan de modo meridiano cuál es la alternativa más viable en ese sentido.

Pero hay más. No olvidar que según el artículo 168 del Código Civil: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

El artículo 1362 del mismo Código, por su parte, preceptúa: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Es en ese sentido que, según Saux y Muller (2005), se debe procurar no olvidar

[...] que el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe, no solo cuando se utiliza con una finalidad objetiva o con una función económica-social [sic] distinta de aquella para la cual ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico, puesto que el derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada por el titular en la otra parte y según la consideración que esta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ambos. (p. 100) (Las cursivas son nuestras)

Balarezo Reyes (2021) manifiesta:

La presencia de la buena fe como instrumento jurídico para llevar a cabo la interpretación nos inculca la idea de lealtad y transparencia en la manera en que se va a constituir como una guía en el entendimiento de lo que han expresado las partes al momento de estudiar determinada figura jurídica como, por ejemplo, un contrato o un acto jurídico de manera general, es decir, sea o no patrimonial. En el ámbito contractual, la buena fe está presente en las diferentes etapas por las que esta institución atraviesa, desde la etapa de la negociación hasta el momento en que se presenta la ejecución del mismo, en donde está presente con una idea común la cual se exterioriza en que las partes actúen con rectitud y sin buscar perjudicar a la otra parte con la que se vincula. (p. 40)

Espinoza Espinoza (1998, p. 161) sostiene que el estatus de las partes contratantes no debe ser determinante para la definición de las cláusulas vejatorias, pero sí puede servir como indicador frente a los requisitos de la buena fe y equilibrio contractual, que sí son determinantes para tal efecto. En efecto, si entendemos al requisito de la buena fe en un sentido objetivo, vale decir como conducta objetivamente correcta de la parte contratante, la misma servirá como medidor del desequilibrio contractual. Dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas difícilmente nos encontraremos frente a un perfecto equilibrio contractual entre las partes. Lo que resulta relevante para determinar si estamos frente a una cláusula vejatoria es que ese desequilibrio sea de mala fe (o, si queremos, que sea contrario al principio de buena fe).

Así las cosas, y aun cuando el ordenamiento pueda reconocer y dar legitimidad a la función económico-social más valiosa para hacerla de este modo plenamente exigible, es fundamental que las partes procedan en lo que a la negociación, celebración y ejecución del negocio jurídico de que se trate conforme al milenar principio de la buena fe. De otro modo, de manera alguna ha de prevalecer la función económico-social, inclusive, reiteramos, cuando esta sea eventualmente considerada por el ordenamiento como valiosa y, por ende, detentar la virtualidad de ser cautelada y exigible por el mismo ordenamiento. La ausencia de la buena fe configurará en algunos casos que el cumplimiento de tal función económico social, valiosa hemos dicho, no solo se vea tergiversada y pierda toda virtualidad agravando así la validez de la causa del negocio jurídico de que se trate, sino también será nulo por razón de una nulidad virtual (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

5. REFERENCIAS

- Balarezo Reyes, E. (2021). La presencia de la buena fe a través del Código Civil. VV. AA. *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Freyre, M. (2008). *Lecciones de contratos. Parte general*. Lima: Unifé.
- De la Puente y Lavalle, M. (1996). *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. [t. 3]. [Primera parte: (artículos 1351 a 1413)]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil*. 6.ª ed. Tomo II. Madrid: Tecnos.
- Espinoza Espinoza, J. (1998). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. *Themis, Revista de Derecho*, (38), pp. 141-162.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10316>
- Saux, E. y Muller, E. (2005). *Responsabilidad contractual y aquiliana*. Rosario: Universidad Nacional del Litoral.
- Velarde Saffer, L. y Gonzales La Rosa, D. (2010). Los convenios de accionistas y la aplicación del artículo 1365 del Código Civil. *Ius Et Veritas*, (41).

LA INDEPENDENCIA NORMATIVA DE LA COMISIÓN MERCANTIL

«Ea —me dijo—, en este universo de las ciencias ocultas los límites entre Bien y Mal son sutilísimos, y lo que para unos es Bien para otros es Mal. A veces, también en las historias antiguas, la diferencia entre un hada y una bruja estriba solo en su edad y belleza”.

El cementerio de Praga/ Umberto Eco

1. PALABRAS LIMINARES

Antes de entrar de lleno a analizar la naturaleza jurídica del contrato de comisión mercantil, resulta conveniente indagar si su regulación en el Código de Comercio (CdC) se mantiene vigente, dado el intento que supuso la voluntad del codificador civil de 1984 de unificar el régimen de contratos privados, esto es, el contrato civil y el contrato mercantil o comercial. Ello debido, y somos conscientes de que nos adelantamos, a la afinidad que existe entre el contrato de comisión mercantil, regulado en el CdC, y el contrato de mandato cuyo régimen recoge el Código Civil (CC).

En tal sentido, y dados los artículos 1353 y 2112 del CC, resulta pertinente indagar si aún está vigente el CdC en cuanto cuerpo normativo que recoge la regulación general de los contratos de comercio y, específicamente, del contrato de comisión mercantil (artículo 237 y ss.). También es de interés indagar si la sección cuarta del CdC, que establece disposiciones generales sobre los contratos de comercio, mantiene su vigencia, ello debido a que de afirmarse la vigencia de tal sección del CdC, esta sería, en principio, aplicable a los contratos de comercio, siendo, por ende, (parcialmente) inaplicables las disposiciones generales sobre el contrato en general del CC (artículos 1351 y ss.). Más aún, serían inaplicables y ajenas, en principio, al derecho común instituciones recogidas en el artículo 50 y ss. del CdC de la sección cuarta sobre «Disposiciones generales» en lo que se refiere a los contratos de comercio. De esta manera, el artículo 53 sobre «convenciones ilícitas» prevalecería sobre la disposición sobre finalidad lícita recogida en el CC, libro del acto jurídico. Así también, el artículo 56 del CdC sobre «contratos con penalidad» prevalecería sobre las normas relativas a la cláusula penal recogidas en el libro de obligaciones del CC. El artículo 62 sobre «Obligaciones sin término» prevalecería sobre las disposiciones referentes al plazo contenidas en el libro de acto jurídico, así como en la normatividad sobre oportunidad del pago contemplada en el libro de obligaciones del CC, y primará, a su vez, el régimen mercantil de la constitución en mora (artículo 63 CdC). Nótese que ninguno de los citados dispositivos del CdC se encuentra recogido en la sección primera de contratos en general del CC, tal y como lo dispone el artículo 1353 del mismo CC.

El artículo 1353 del CC establece: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, *quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección*, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato» (las cursivas son mías).

Pues bien, tal sección a la que alude el artículo 1353 del CC, pese a su enormidad no regula los contratos típicos o nominados de naturaleza comercial. Dicha sección del CC se limita a preceptuar principios y reglas generales sin aludir en ningún momento a los contratos de comercio, típicos y nominados, salvo, claro está y reiteramos, en lo que se refiere a reglas generales aplicables a toda relación jurídica privada de carácter patrimonial. Es así que el contenido de la normativa que le da tipicidad y nomenclatura, en nuestro caso, al contrato de comisión mercantil se mantiene indemne y su regulación corresponde específicamente al CdC, más allá de las *reglas generales* que prevé la sección que encabeza el artículo 1353 del CC.

Por su parte, el artículo 2112 del CC preceptúa: «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio».

Este artículo es inocuo. En modo alguno alude o deroga al contrato de comisión mercantil (Tafur Charun: 2019).

2. NOCIÓN DE COMISIÓN MERCANTIL

Una digresión. Es pertinente indicar, en primer lugar, que no profundizaremos en el tema relativo al mandato o comisión mercantil, *con o sin representación*, pues ello en modo alguno incide en el tema y desarrollo de este texto. Es indiferente.

Entrando en materia, según Vázquez del Mercado (1994), el comisionista como auxiliar del comercio,

[...] es aquel que desempeña un contrato de comisión y *la comisión no es otra cosa que el mandato aplicado a actos de comercio*. El comisionista es un sujeto auxiliar en el comercio, cuya actividad consiste en realizar actividades de carácter mercantil, por cuenta y a nombre de otro, aun cuando puede hacerlo a su propio nombre. Como no le es posible abarcar todos los campos de los negocios, generalmente se dedica a determinadas operaciones en relación con algún tipo de mercadería. Es importante señalar que el comisionista no actúa como un simple gestor de negocios, sino que está ligado al comitente, quien le confiere la comisión, por un contrato que es justamente el de comisión. (p. 165) (Las cursivas son nuestras)

Luego el mismo autor (1994, p. 166) refiere que la comisión, *o sea, el mandato aplicado a actos concretos de comercio* es un contrato por el cual una parte encarga a otra, la conclusión de uno o más negocios por su cuenta de naturaleza mercantil. Hay comisión cuando el acto que se va a realizar es uno de comercio.

Vázquez del Mercado (1994, p. 167) enseña también que las partes en el contrato son, por lo tanto, dos sujetos: uno el comisionista, quien pone al servicio de la otra, el comitente, sus propias energías de trabajo, conocimiento y experiencia en el campo de la actividad mercantil, en la celebración de los negocios jurídicos propios de la comisión. La comisión implica un medio que permite que los intereses de una persona, el comitente, se representen por otra, comisionista; y como el objeto de la comisión son actos de comercio que ejecutan generalmente comerciantes, es entre ellos que generalmente se celebra el contrato.

Walde Jáuregui (1996), en lo que comprende al derecho patrio, señala que «existe un contrato de comisión mercantil *cundo este expresa la teoría del mandato como de naturaleza comercial* y tiene los requisitos del artículo 237 del Código de Comercio. *Mandato comercial es igual a comisión mercantils*» (s. p.) (las cursivas son nuestras).

El contrato de comisión mercantil es un típico contrato de colaboración entre dos comerciantes, o entre un comerciante y otra persona, por el que una de las partes (comisionista) se obliga a realizar, por encargo y cuenta de la otra (comitente) una o varias operaciones mercantiles a cambio de una comisión pactada previamente. GrupCarles (2019).

Alfaro (2020) precisa que la comisión no es más que el mandato mercantil, por el que una de las partes (comisionista) se compromete a llevar a cabo un acto u operación de comercio (contratos normalmente) por cuenta (y eventualmente en nombre) de otra persona (comitente) a cambio de una retribución (comisión). Lo que caracteriza la regulación de la comisión frente a los restantes contratos de distribución es su carácter aislado, es decir, la falta de estabilidad en las relaciones entre comitente y comisionista. La diferencia respecto de la mediación se encuentra en la autonomía e imparcialidad que deben guiar al mediador y no al mandatario.

Para Pérez (2021), el contrato de comisión es un acuerdo entre dos empresas para realizar una serie de operaciones. En este contrato mercantil, una parte las realiza a cambio de una comisión (se trata del comisionista), ese monto de dinero es el que la otra, quien ha efectuado el encargo (el comitente), queda obligada a pagar.

Reggiardo Denegri (2000) nos actualiza en alguna medida, al sostener:

[...] la celeridad y complejidad que encierran las transacciones en el mercado de valores tuviesen que estar sustentadas en figuras modernas que permitiesen a las partes involucradas en la transacción la versatilidad requerida para llevarlas a cabo. Ello si bien resulta cierto en algunos aspectos, como por ejemplo en la desmaterialización de los valores mobiliarios, las anotaciones en cuenta de las transacciones realizadas, etc.; *no resulta siendo cierto para los supuestos que rigen la relación inversionista y agente intermediario, la misma que se encuentra regida por el contrato de comisión mercantil cuya vigencia se ha mantenido incólume con el paso del tiempo y resulta altamente positiva para regular estos supuestos específicos de mediación mercantil.* El contrato de comisión mercantil es conocido en el mercado de valores como contrato de comisión bursátil, y es definido como el mandato por el cual una persona encarga a un miembro del mercado la realización por cuenta suya de una compra o venta de valores cotizados en bolsa. *Desde la perspectiva del derecho privado, la comisión bursátil es un mandato mercantil que tiene por objeto una operación de comercio, la operación de mercado, y en el que el comisionista, el miembro del mercado, es un comerciante.* (p. 55) (Las cursivas son nuestras)

Reggiardo Denegri señala (2000): «La comisión, es decir, el mandato aplicado a actos de comercio es un contrato por el cual una parte encarga a otra la conclusión de uno o más negocios por su cuenta de naturaleza mercantil» (p. 55). Luego nuestro autor agrega:

De lo expuesto, resulta claro que la comisión mercantil es un contrato de mandato que circunscribe su campo de aplicación a aquellos actos y negocios de naturaleza meramente mercantil, siendo por ello necesario que el objeto respecto del cual se pacte la comisión mercantil sea uno de naturaleza mercantil, y que al menos una de las partes que intervengan en este contrato sea un sujeto habitual para establecer relaciones en dicha práctica. (Denegri, 2000, p. 56)

3. DESLINDE

Montoya Manfredi (1988) sostiene:

[...] la sección tercera del Libro Segundo del Código de Comercio contiene dos títulos. El primero se refiere a la comisión mercantil. El segundo a «otras formas del *mandato mercantil*, factores, dependientes y mancebos». De lo expresado y de lo que disponen los artículos 237 y 275 se desprende que de esas formas de *mandato*, una es la de la comisión y la otra es la que concierne a los empleados que, en diversos niveles, colaboran con el comerciante. (p. 31) (Las cursivas son nuestras)

No está de más precisar que en el presente texto estudiaremos lo que en rigor y estrictamente constituye la «comisión mercantil».

Para Montoya Manfredi (1988, pp. 31-32) de lo expresado en el artículo 237 del CdC se deduce que el mandato es mercantil si reúne dos requisitos: uno *objetivo*, o sea que la comisión tenga por objeto un acto u operación de comercio, que en la mayoría de los casos es encontrar a la persona que, en las condiciones más favorables al comitente, concluya el negocio de comprar o vender en que consiste la comisión; y otro *subjetivo*, que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista.

Pero Walde Jáuregui (1996) también enseña que la comisión mercantil expresa en el derecho comercial la teoría del mandato, siempre que encontremos un acto de representación comercial es necesario concordar esta circunstancia con el contenido del contrato de comisión mercantil. La doctrina unánime considera que este contrato es una modalidad del mandato que se convierte en comercial cuando cuenta con dos elementos esenciales: un elemento objetivo, que es el acto u operación de comercio; y un elemento subjetivo, que exige que sea comerciante o agente mediador de comercio, el comitente o el comisionista. No basta que esta modalidad de mandato verse sobre un acto comercial, sino que se exige que alguno de los elementos participantes de la relación jurídica sea comerciante.

Egas de Castro (1991) alude a Garrigues y Broseta Pont, manifestando:

[...] el contrato de comisión es un mandato, porque en él «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra». Pero es un mandato con ciertas notas especiales:

- a) En la comisión, el encargo o servicio consiste, precisamente, en la intervención en un acto o en la estipulación de un negocio jurídico (no de cualquier servicio), en el que el comisionista declara su propia voluntad.
- b) En el segundo lugar, el encargo debe tener por objeto un acto de comercio (criterio objetivo).
- c) Debe ser comerciante el comitente o el comisionista (criterio subjetivo). Se interpreta que es el comisionista el comerciante, por dedicarse profesionalmente a recibir y ejecutar encargos por cuenta de sus clientes-comitentes.
- d) Además, se establece entre las partes una relación esporádica de modo que ejecutado y consumado el acto o negocio, se extingue el contrato. (p. 50)

Aun cuando aludiendo al derecho español, Negro Costea (2011) precisa:

Al margen de su carácter naturalmente oneroso (aunque no lo sea en esencia), el único elemento que sirve para diferenciar a la comisión mercantil del mandato viene de adjetivar el término comisión llamándola mercantil, pues, en ese caso, constituye una forma especial de mandato, predominando el elemento comercial por la concurrencia de las dos condiciones siguientes: la profesión de las partes, una de las cuales al menos ha de ser comerciante, y el carácter mercantil del negocio que sea objeto de contrato (artículo 244 del Código de Comercio); la confluencia de ambas permite acotar la comisión mercantil para que le sea aplicable el Código de Comercio, y no el Código Civil, regulador del mandato común. (p. 98)

Siguiendo a Walde Jáuregui (1996): «En nuestro ordenamiento jurídico hay dos clases de mandato, uno de naturaleza civil previsto en el Código Civil y otro de naturaleza mercantil establecido en el Código de Comercio».

Baste decir, por ahora, que estamos completamente de acuerdo con lo señalado bajo cursivas por Walde Jáuregui, pues creemos firmemente, como se verá, que ambos tipos de mandato (civil-comercial) deben deslindarse en cuanto a las fuentes de derecho que les sean aplicables, sin perjuicio que uno sea pieza de contraste del otro.

Y ese deslinde entre mandatos resulta posible más aún cuando el artículo 237 del Código de Comercio preceptúa: «*Se reputará comisión mercantil el mandato*, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista» (las cursivas son nuestras).

No cabe duda de que la comisión mercantil configura un mandato. Pero eso no quita que pueda darse una «independencia normativa» a favor de este contrato mercantil. Algo de ello ya hemos adelantado al inicio de estas páginas. El hecho de que el «mandato mercantil» tenga un carácter especial con relación al mandato del derecho común, bien puede darnos otras luces, sobre todo en cuanto a las fuentes de derecho, y a la concurrencia de estas, en lo que a la regulación normativa de cada uno de estos tipos contractuales se refiere.

Según Campodónico Figueroa (2001), la comisión mercantil no es más que, un contrato de mandato, solo que con características particulares frente a los demás mandatos de derecho común debido a las partes involucradas (al menos una de ellas debe ser comerciante) y a la naturaleza del negocio jurídico encargado (obligaciones mercantiles), es decir, elementos subjetivos y objetivos, respectivamente.

Los elementos que distinguen al mandato y a la comisión mercantil son tan solo consecuentemente, las partes involucradas y el negocio que es objeto de encargo. Si una de las partes es comerciante o empresario y el negocio de gestión es un acto de comercio, el mandato se convierte en uno de comisión mercantil. No obstante, existen dos elementos que son comunes al mandato y a la comisión mercantil en tanto figuras contractuales típicas. Ciertamente, de acuerdo al artículo 1790 del CC, «por el mandato, el mandatario (comisionista) se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante (comitente)». La definición del Código Civil antes transcrita nos da una idea de la «esencia» —naturaleza— de este contrato, es decir lo que lo caracteriza y distingue de los demás que prevé el ordenamiento jurídico. Inclusive, dentro de los del género «Prestación de Servicios» del CC que es donde se encuentra comprendido el contrato de mandato no solo por una arbitrariedad del legislador, sino porque, precisamente, los contratos de ese «género contractual» tienen elementos comunes entre sí [...] cuales son la prestación de un servicio a favor de la contraparte. *Pero el objeto del contrato sigue siendo, en el fondo, el mismo: la realización de actos jurídicos en interés de la contraparte. Existe, entonces, una prestación de hacer en interés de otro que debe ser cumplida por el mandatario o comisionista. Ese «hacer» está constituido por el denominado negocio de gestión que no es otra cosa que un nuevo acto jurídico celebrado en forma personal por el mandatario o comisionista, pero cuyos efectos recaerán en forma personal en el mandante o comitente. Se trata de una prestación de servicios desde una visión «generalísima». Por ello es que a través del análisis de la naturaleza del mandato es que se puede advertir la de la comisión mercantil, solo que, como vimos, con algunos matices especiales.* (pp. 278-279) (Las cursivas son nuestras)

Estamos de acuerdo con lo señalado *supra*. En efecto,

[...] la comisión mercantil no es más que, un contrato de mandato, solo que con características particulares frente a los demás mandatos de derecho común debido a las partes involucradas (al menos una de ellas debe ser comerciante) y a la naturaleza del negocio jurídico encargado (obligaciones mercantiles), es decir, elementos subjetivos y objetivos, respectivamente. (Campodónico Figueroa, 2001, pp. 278-279).

No obstante ello, y sin llegar a un positivismo extremo, se debe aquilatar la validez del planteamiento que se haga sobre la relación internormativa entre CC y CdC, y notablemente sobre la preeminencia de la normativa sobre obligaciones y contratos que es regulada casi de manera paralela por los códigos aludidos, aunque optando, casi siempre, por distintas soluciones legislativas.

El CC define el contrato de mandato civil del modo siguiente: «Artículo 1790.- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Como es de notar, el artículo no presenta peculiaridad alguna que lo deslinde nítidamente de la comisión mercantil. Sin embargo, es fundamental lo que el artículo calla. Esto es, y aun cuando en rigor sea tarea de la ley mercantil precisararlo, que al menos una de las partes del contrato sea comerciante y que el objeto del negocio sea la celebración de un acto de comercio. Este detalle gatilla que la comisión mercantil sea regulada por fuentes de derecho privativas que contrastan con las que corresponden al mandato civil. Y, con todo, insistimos en que ambos tipos de mandato deben deslindarse, pues sus respectivos ámbitos de normativa reguladora no coinciden en absoluto.

Por último, el deslinde entre mandato comercial y civil se dificulta en alguna medida dado que la comisión no es un contrato gratuito como no lo es tampoco el mandato civil que se presume oneroso (artículo 1791 CC) (Montoya Manfredi 1988, p. 32).

4. LA SINGULARIDAD NORMATIVA DE LA COMISIÓN MERCANTIL

Ruiz de Velasco y del Valle (2002, p. 10) enseña que la mayor o menor independencia de una rama jurídica se justifica por la existencia de principios generales que informan una parte de las normas y que no están presentes en el espíritu de otras. En este sentido, las normas del derecho mercantil están configuradas bajo aspectos ontológicos que están ausentes en las normas civiles y su finalidad es diferente de la de esta materia. Estos principios, que corresponden a la esencia del derecho mercantil, son aquellos que de alguna manera intentan poner orden en el mundo de la empresa y las relaciones entre

ella y otros sujetos del medio social en que desarrolla su actividad. El mismo autor reconoce, entre otros, los siguientes principios del derecho mercantil:

- La buena fe y la confianza
- La celeridad
- La seguridad jurídica
- Protección y continuidad de la empresa

Pese a que lo indicado por Ruiz de Velasco del Valle no deja de ser atractivo, entendemos que no pueden deslindarse ambas ramas del derecho (civil y mercantil) con base exclusivamente en los principios que informan a cada una de ellas. Así, no se puede dejar de tomar en cuenta las fuentes de derecho aplicables a cada una de ellas. De este modo, y más allá de los principios propios de cada una de las aludidas ramas, es de relieves el papel prevalente o preeminente que corresponde a la costumbre o usos del comercio en el derecho mercantil (sin soslayar a las demás fuentes).

Existe, pues, un claro contraste en cuanto a la manera como opera tal fuente en el ámbito mercantil y en el del derecho común o civil. Baste indicar que el artículo 2, primer párrafo del CdC, dispone que en defecto de este Código, los actos de comercio se rigen «por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza». Y más específicamente, el artículo 271 del CdC relativo a la comisión mercantil dispone, *in fine*, que «Faltando pacto expresivo de la cuota, se fijará esta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión». El derecho común es, pues, supletorio, es la excepción. Es de reiterar y poner de relieve la importancia de los usos y costumbres en tanto fuente del derecho mercantil. Así, cabe dejar planteado si en nuestro ordenamiento, la costumbre, dada su notable importancia en el ámbito mercantil, puede detentar la calidad de *praeter legem* o, más aun, *contra legem*. En otras palabras, y muy expresamente, dado un conflicto que envuelva un contrato de comisión mercantil, no solo será suficiente *prima facie* recurrir al CdC y dejar de lado lo prescrito en el CC, sino que este último tendrá también que ceder su sitio de prevalencia a los usos y costumbres aun cuando estos resulten *contra legem*. Ante un vacío de las normas mercantiles, el artículo IX del Título Preliminar del CC se activará. Este artículo dicta: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza». Y lo que decimos no lo hacemos *de lege ferenda*, sino *de lege lata*.

Por nuestra parte, creemos que el derecho mercantil es de naturaleza especial. En efecto, el derecho mercantil cuenta con un sistema de fuentes privativo que lo dota de sustantividad propia, entre las que de modo notable se encuentra la costumbre o los usos de comercio. Asimismo, el derecho mercantil regula el acto de comercio, una especie de acto jurídico, desde una perspectiva objetiva. La actuación de los comerciantes es también regulada (criterio subjetivo). En este escenario, el derecho común es supletorio y el mismo únicamente resulta aplicable en caso de vacío, laguna o defecto no solo de la ley mercantil, sino notablemente también de la costumbre o los usos de comercio. Esto es, la costumbre mercantil podría inclusive ser *contra legem*, esto es, con relación a la ley de derecho común. Además, y en cuanto al CdC se refiere, este contiene una regulación comprensiva de los contratos mercantiles, sea la parte general o contratos típicos, ello no obstante los artículos 1353 y 2112 del CC (Tafur Charun, 2019).

Como refuerzo de lo aquí dicho, citamos a Walde Jáuregui (1996) cuando sostiene que la autonomía científica y jurídica se impuso en la mente del legislador porque el acto versaba sobre contratos de comercio, pero celebrado por comerciantes. Es tan firme esta realidad jurídica que cuando el legislador decide privar de su autonomía legislativa a algunos contratos de comercio al redactar el Código Civil no pudo convertir al contrato de comisión mercantil en un contrato civil, imponiéndose de esta forma la autonomía científica y jurídica de la institución. El derecho comercial, a nuestro criterio, en definitiva vendría a ser un compendio de usos y costumbres del comercio, esto permite que las nuevas

modalidades que nacen de estos usos se legitimen y puedan tener validez y luego incorporarse al Código Mercantil.

Resulta nítido, de este modo, que no es tan acertado sostener que en lo no previsto en el contrato de comisión mercantil o en la legislación mercantil se aplicarán las normas generales del mandato civil recogidas en los artículos 1790 a 1813 del Código Civil. Ese «escalón» corresponde a los usos y costumbres mercantiles y de ninguna manera al CC.

Así, por ejemplo, la Sunat, mediante Informe n.º 112-2006-SUNAT/2B0000, determinó:

[E]n principio, en cuanto al término «mandato», cabe indicar que ni las normas que regulan el SPOT ni las contenidas en el Código de Comercio establecen un concepto genérico de lo que debe entenderse como tal, *por lo que resulta pertinente recurrir a lo dispuesto en el Código Civil a fin de definir sus alcances. De esta forma, el artículo 1790 del Código Civil que define el mandato, establece que por dicho contrato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante. A su vez, el artículo 140 del citado Código dispone que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Como fluye de las normas citadas, el mandato es una modalidad contractual mediante la cual una las partes, denominada mandatario, se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés de la otra parte, denominada mandante. (Las cursivas son nuestras)*

Paradójicamente, el artículo 50 del CdC prescribe: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, *se registrarán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común»* (las cursivas son nuestras).

Tal parece que toda nuestra construcción relativa a la concurrencia de fuentes de derecho aplicables a la contratación y obligaciones mercantiles hubiera sido arrasada como un infantil castillo de arena.

Sin embargo, Zegarra Mulanovich (2010) manifiesta correctamente:

[...] respecto de algunos aspectos de los contratos mercantiles (que, dicho sea de paso, son la mayoría de los actos mercantiles que pueden quedar sometidos a una costumbre) la regla del art. 2 CdC parecería invertirse, volviendo a la que es norma general del resto del ordenamiento jurídico: prevalecería la ley mercantil y luego se aplicaría la común (art. 50 CdC), quedando el uso, ante el silencio de la norma, relegado a un tercer lugar. Pero esta dualidad de sistemas de fuentes del derecho mercantil es más aparente que real. Es verdad que el art. 50 CdC habla solo de la ley mercantil y de la común, sin mencionar los usos mercantiles, pero precisamente por eso (porque el texto *no dice tal cosa*) sería apresurado concluir que la ley común prevalece sobre los usos, haciendo una excepción al art. 2 CdC. De hecho, el art. 59 CdC, respecto de uno de los puntos específicamente mencionados por el art. 50 sobre los contratos en que se debe acudir a la supletoriedad del CC (la interpretación de los contratos), remite expresamente al art. 2 al cual parecería hacer excepción el art. 50. Si se admitiese que el propósito del art. 50 CdC fuera establecer un sistema de fuentes específico para los contratos mercantiles, distinto del recogido en el art. 2 del mismo Código, deberíamos concluir que el CdC se contradice a sí mismo. Pero no hay tal: el único propósito del art. 50 es señalar la fuente supletoria de regulación legal de los contratos mercantiles, sin impedir la aplicación de los usos mercantiles, cuando los haya. (p. 13)

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es de indicar que no se puede aceptar una afinidad o identidad absoluta o casi absoluta entre el mandato civil y la comisión mercantil. Sí, es verdad que ambas figuras presentan muchas similitudes. Así, ambas suponen la prestación de servicios y el acto jurídico o acto de comercio produce efectos en un tercero que no participa en la celebración de los mismos. Hemos reflexionado acerca de la naturaleza (mercantil o civil) de los actos de que se trate y sobre la actividad de los otorgantes (comerciante o no comerciante). Pero todo ello no quita que, paradójicamente, la misma naturaleza de los contratos bajo estudio, esto es, la naturaleza de su objeto y la calidad de los celebrantes, no tengan efectos jurídicos

que realmente son de la mayor importancia. Así las cosas, cabe sostener que cada modalidad de mandato tendrá su propio ámbito normativo, esto es, *una tipicidad privativa*, pues estos mandatos se deslindan dados los agentes y objeto muy específicos que presenta el contrato de comisión mercantil. Y para ello afirmamos que el mandato y la comisión mercantil *tienen distinta tipicidad y con ella también distinta función económica-social* que, precisamente, posibilita que el ordenamiento acoja como valioso y vinculante cada tipo de contrato de acuerdo a la función, siempre valiosa, que le corresponda.

Un contrato mercantil no puede cumplir la misma función económica social que corresponde a un contrato civil. Al respecto, el profesor Taboada (1996) cita a Betti, señalando:

[...] finalmente se debe responder *que todo tipo de negocio* sirve a una función económico-social característica suya (*típica en este sentido*), la cual al mismo tiempo que, normalmente, se tiene presente por quien lo realiza (constituyendo así la intención práctica típica), es tomada en consideración por el derecho, ya como razón justificante de la garantía y sanción jurídicas, ya como criterio directivo para la configuración de efectos conforme a ella. El derecho no concede su sanción al mero arbitrio, al capricho individual, *al motivo eventual* (que aun cuando no sea frívolo, sino plausible, permanece siendo intrascendente), sino a funciones que estime socialmente relevantes y útiles para la comunidad que rige y en que se desarrolla. (p. 277) (Las cursivas son nuestras)

6. REFERENCIAS

- Alfaro, J. (29 de abril de 2020). Lección: la comisión mercantil. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/leccion-la-comision-mercantil>.
- Campodónico Figueroa, E. (2001). Relación entre los agentes de intermediación y sus clientes conforme al artículo 173 de la Ley del mercado de valores (comisión mercantil: ¿con o sin representación?, ¿necesidad de precisión normativa?). *Advocatus*, (5), pp. 275-292. <https://doi.org/10.26439/advocatus2001.n005.2324>
- Egas de Castro, P. (1991). Contrato de comisión. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, (4). https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Contrato_De_Comision.pdf
- GrupCarles. (23 enero de 2019). *Los contratos de comisión y la figura del comisionista mercantil*. <https://www.gcarles.com/es/contratos-comision/>
- Montoya Manfredi, U. (1988). *Derecho comercial*. Lima: Cultural Cuzco Editores.
- Negro Costea, J. (2011). *Representación, mandato y poder*. Madrid: Ministerio de Defensa - Escuela Militar de Intervención. https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/representacion_mandato_poder.pdf
- Pérez, A. (26 de marzo de 2021). Contrato de comisión: qué es, cómo funciona y obligaciones. *OBS Business School*. <https://www.obsbusiness.school/blog/contrato-de-comision-que-es-como-funciona-y-obligaciones>
- Reggiardo Denegri, A. (2000). Apuntes en torno a la intermediación bursátil, el contrato de comisión mercantil y su relación con los intermediarios bursátiles. *Themis - Revista de Derecho*, (40), pp. 49-60. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10104>
- Ruiz de Velasco y del Valle, A. (2002). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Taboada Córdova, L. (1996). *La causa del negocio jurídico*. Lima: Grijley.

Tafur Charun, E. (2019). El contrato de cuenta corriente mercantil. Análisis de la impronta del Código de Comercio en el vigente Derecho de obligaciones y contratos privados. *Estudio Castillo Freyre, Artículos*.

<https://castillofreyre.com/articulos/el-contrato-de-cuenta-corriente-mercantil-analisis-de-la-impronta-del-codigo-de-comercio-en-el-vigente-derecho-de-obligaciones-y-contratos-privados/>

Vásquez del Mercado, O. (1994). *Contratos mercantiles*. México D. F.: Porrúa.

Walde Jáuregui, V. (1996). *Separata del Curso de Derecho Comercial II. Los contratos de comisión mercantil y de transporte. Conceptos, requisitos, derechos, privilegios, causales de extinción y sus diferencias con las normas de naturaleza civil*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima: Universidad Particular de San Martín de Porres.

https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2021/CE-Tribunal-Constitucional/files/expedientes/exp-1-10/los_contratos_de_comision_mercantil_y_transporte_terrestre.pdf

Zegarra Mulanovich, Á. (enero 2010). *Notas de Derecho Mercantil I. Introducción*. Universidad de Piura.

<https://es.scribd.com/doc/49868231/Notas-de-Derecho-Mercantil-I-Introduccion#>

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

