EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA

(Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA

(Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)

Editores:
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Víctor Leonel Benavides Pinilla
Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Miguel Ángel Sendín García

Copyright © 2009 Congrex S.A.

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluso la reprografía y el tratamiento electrónico, sin la autorización escrita de los titulares del copyright.

ISBN 10: 0-9842076-0-0
ISBN 13: 978-0-9842076-0-2

Diseño: Criteria International.
Impreso por Digital Publishing of Florida.

Para información contactar info@criteriainternational.com.

ÍNDICE

Prólogo xi

Argentina

La estabilidad del acto administrativo (un caso paradigmático) 1
Juan Carlos Cassagne

El acto administrativo a la luz de las fuentes del Derecho y como sustento fundamental de la legalidad administrativa 17
Pedro José Jorge Coviello

Alcance de la presunción de juridicidad en la República Argentina 35
Miriam Mabel Ivanega

Actos de los entes reguladores de los servicios públicos: su naturaleza y su control 53
Alejandro Pérez Hualde

Función jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos 73
Ismael Mata

Bolivia

Particularidad de los actos administrativos de contenido jurisdiccional 95
José Mario Serrate Paz

Brasil

A estabilidade do ato administrativo criador de direitos: reflexões para o Brasil 119
Rogério Gesta Leal

A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé 137
Romeu Felipe Bacellar Filho

Colombia

Las decisiones de los organismos de regulación en Colombia 157
Libardo Rodríguez Rodríguez

Estabilidad del acto administrativo creador de derechos, en el Derecho colombiano 197
Consuelo Sarria Olcos

Alcance de la presunción de juridicidad 225
José Luis Benavides

Costa Rica

La inmutabilidad del acto administrativo, creador de derechos subjetivos administrativos firmes y definitivos 263
Enrique Rojas Franco

Reglamento, circulares e instrucciones: como fuente de Derecho administrativo en Costa Rica 287
Ernesto Jinesta Lobo

El acto administrativo. La arbitrariedad producida desde y a partir del acto administrativo 311
Jorge Enrique Romero-Pérez

Chile

Decisiones de los órganos reguladores: ubicuidad de éstos, origen de aquéllas 331
Sandra Álvarez Torres

Ecuador

El acto administrativo. Una visión ecuatoriana 347
Javier Robalino-Orellana

España

El acto administrativo como categoría jurídica 369
José Luis Meilán Gil

Procedimiento administrativo y acto administrativo. Reflexiones sobre el Derecho panameño y el Derecho español 395
Enrique Rivero Ysern

¿Es el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español? 403
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Miguel Ángel Sendín García

Incidencia del acto administrativo en las situaciones jurídicas del interesado: algunos aspectos a propósito de las autorizaciones 427
José Carlos Laguna de Paz

Guatemala

El acto administrativo en Guatemala 447
Hugo Haroldo Calderón Morales

México

El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo mexicano 497
Jorge Fernández Ruiz

La verdadera naturaleza del acto jurídico 519
Germán Cisneros Farías

Nicaragua

El acto administrativo como fuente del Derecho en Nicaragua. Algunas reflexiones sobre la presunción de validez del acto administrativo y su revocación 537
Karlos Navarro Medal y Miguel Ángel Sendín García

Panamá

Algunos actos administrativos de los órganos reguladores en Panamá como fuente del Derecho administrativo 551
Víctor Leonel Benavides Pinilla

El acto administrativo y su configuración esencial como fuente del Derecho 575
Javier Ernesto Sheffer Tuñón

Perú

¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico peruano? 607
Jorge Danós Ordóñez

Portugal

Novas tendências do regime do acto administrativo no ordenamiento jurídico português 639
Mário Aroso de Almeida

El Salvador

El acto administrativo como fuente del Derecho 675
Henry Alexander Mejía

Uruguay

El acto administrativo como fuente de Derecho 695
Mariano R. Brito

Consideración del acto administrativo como fuente del Derecho administrativo. Enfoque conceptual y positivo, desde el Derecho uruguayo 715
Juan Pablo Cajarville Peluffo

La presunción de legitimidad del acto administrativo 735
Augusto Durán Martínez

Estabilidad del acto administrativo generador de derechos 753
Carlos E. Delpiazzo

Venezuela

Los actos administrativos normativos como fuente del Derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos 767
Allan R. Brewer-Carías

El acto administrativo como fuente del Derecho en Venezuela 785
Armando Rodríguez García

El acto administrativo como fuente de Derecho administrativo 799
Víctor Rafael Hernández-Mendible

Autores 843

PRÓLOGO

El presente libro recoge las ponencias presentadas por sus autores al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en la ciudad de Panamá entre los días 14 y 15 de septiembre del año en curso. El tema seleccionado: el acto administrativo y las fuentes del Derecho Administrativo obedece al plan trazado años atrás para las reuniones del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. En efecto, después de haber analizado el marco constitucional, la ley, el reglamentos y los principios, corresponde ahora estudiar el acto administrativo desde la perspectiva de las fuentes.

El tema es polémico en sí mismo puesto que en el Derecho Administrativo español el acto es la expresión misma de la aplicación del Derecho y, por ello, su condición de fuente ha sido negada desde siempre. Sin embargo, en otros Ordenamientos jurídicos, tal y como podrá comprobar el lector, el acto posee naturaleza ordinamental y, por tanto, produce Derecho. Se trata de una manifestación más del diferente punto de vista que los legisladores tienen en relación con la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo. En los diferentes trabajos aportados al libro, el lector va a encontrar completos y exhaustivos estudios sobre una materia, insistimos, polémica y controvertida. Incluso cuando en las sesiones del VII Foro en Valladolid, en 2008, se planteo la cuestión, pareció conveniente abordarla conscientes de su carácter problemático. La discusión, los diferentes planteamientos y enfoques siempre han estado presentes en las sesiones del Foro porque somos conscientes de que el pensamiento científico ha de construirse sobre los esquemas del pensamiento abierto y plural.

Los diferentes trabajos que componen este libro se han realizado por sus autores intentando reflejar en el seno de cada Ordenamiento jurídico el estado de la cuestión. Para ello se han realizado reuniones y puestas en común para tratar de ofrecer un panorama lo más completo posible de la consideración del acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo. Cada año aumentan los países iberoamericanos presentes en el Foro y, por tanto, los profesores de Derecho Administrativo de Iberoamérica que ofrecen sus reflexiones para tener una más exacta aproximación a cada tema desde el Derecho Comparado Iberoamericano.

La coordinación de este libro, como ya es tradición en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, ha sido muy sencilla porque los plazos para el envío

de las ponencias se han respetado en términos generales y el editor ha podido realizar su trabajo sin excesivos problemas. Ciertamente, entregar el libro de las ponencias del Foro antes de su celebración, como viene aconteciendo en los últimos años, es, desde luego, un compromiso de calidad que dice mucho y muy bien de los colegas del Derecho Administrativo Iberoamericano que debe ser registrado porque no es habitual en este tipo de sesiones de trabajo.

Los coordinadores queremos agradecer a las instituciones que han apoyado la edición de este libro su generosidad. A la Corte Suprema de Panamá especialmente testimoniamos en nombre de todos los miembros del Foro nuestro agradecimiento porque gracias a su labor los estudiosos y cultivadores del Derecho Administrativo Iberoamericano van a tener a su alcance un nuevo trabajo que permitirá realizar investigaciones y análisis sobre uno de los temas más relevantes de la teoría del acto administrativo.

Con este nuevo volumen el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo continúa la tarea emprendida en 2001 en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. En aquella hermosa ciudad, como recordarán los más antiguos, se forjó una alianza académica de estudio e investigación que tanto tiene que ver con la visión de nuestro admirado colega Julio Rodolfo Comadira. Gracias a él y a aquellos primeros que tuvieron la determinación y la convicción de poner en marcha esta realidad académica el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo sigue su camino a través de sus reuniones anuales que tanto contribuyen, en un ambiente de fraterna amistad y respeto intelectual, al debate y a la discusión sobre aspectos cardinales del Derecho Administrativo en nuestros países.

Panamá, julio de 2009.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Víctor Leonel Benavides Pinilla
Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Miguel Ángel Sendín García

LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO (UN CASO PARADIGMÁTICO)

Juan Carlos Cassagne

I. Introducción

En nuestros países latinoamericanos el tema de la estabilidad de los actos (y, por cierto, también de los contratos administrativos) suele estar vinculado a decisiones impulsadas por funcionarios políticos, salpicadas, generalmente, por la corrupción que rodea o se infiltra en los gobiernos de turno, así como por razones que, en el fondo, responden a un patrón ideológico totalitario que varía en cada circunstancia histórica (ya sea que prevalezca el nacionalismo populista, el esquema del llamado socialismo nacional o una conjunción de ambos).

Muchas veces, para extinguir los actos, se imputan a las empresas que han perdido el apoyo político incumplimientos obligacionales mezclados con acusaciones veladas o concretas de corrupción. Por esa razón, quienes defienden la estabilidad suelen ser víctimas de los más variados ataques por parte de los sectores políticos dominantes que no vacilan en utilizar todos los medios a su alcance (denuncias infundadas, presiones sobre los jueces y el poder legislativo etc.) para perseguir a quienes consideran sus enemigos. Esto no implica, desde luego, que la corrupción deba quedar impune pero tampoco se puede ser ciego a las maniobras que despliegan sus presuntos liberadores, en ocasiones más corruptos que las personas que combaten.

II. Un caso paradigmático: "Carman de Cantón"

El principio de la estabilidad del acto administrativo en Argentina es una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia desarrollada, en el conocido caso "Carman de Cantón"[1].

Para captar el sentido de justicia de cualquier sentencia resulta imprescindible el conocimiento de los principales hechos de la causa los cuales se exponen, según una arraigada práctica judicial, en los considerandos del fallo. Su objeto radica en enlazar los elementos fácticos con la motivación normativa a fin de justificar la decisión del litigio.

[1] Fallos: 175:368.

La lectura de los antecedentes indica que Elena Carman de Cantón promovió una acción contencioso administrativa contra un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1933, el cual dispuso dejar sin efecto la jubilación otorgada a su marido el Dr. Eliseo Cantón, con fundamento en que existieron errores de hecho en el cómputo de los servicios prestados en su condición de Decano y Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

En el año 1912, el Dr. Cantón solicitó su jubilación ante la Caja respectiva la cual, previo a los trámites de rigor, declaró acreditados los requisitos pertinentes, acordándole la jubilación ordinaria el 7 de febrero de 1913, la que resultó finalmente aprobada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 28 de febrero de 1913.

Al comprobarse errores de hecho en el cómputo de los servicios y sin valorar los elementos que había aportado el Dr. Cantón cuando en una oportunidad anterior pretendió revisarse su jubilación y pese a la opinión contraria de la Caja y del Procurador General de la Nación, el Poder Ejecutivo declaró procedente la revisión de la jubilación y mediante Decreto de fecha 20 de junio de 1933 dejó sin efecto el Decreto dictado veinte años antes y mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario.

O sea que la viuda del Dr. Cantón, que había gozado en forma pacífica de su jubilación durante dieciocho años, se encontró de pronto no sólo sin derecho a la pensión que había solicitado sino frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas anteriormente por el causante.

Ello motivó que la actora promoviera una acción contencioso administrativa de nulidad contra el Decreto que había revocado la referida jubilación, sosteniendo el carácter irrevisible e irrevocable del derecho jubilatorio que había gozado durante tantos años el Dr. Eliseo Cantón. Así, el fundamento central de su pretensión se basó en la configuración de la llamada “cosa juzgada administrativa”.

La Corte Suprema, sobre la base de la serie de fundamentos jurídicos que desarrollamos a continuación, hizo lugar a la demanda de la actora declarando “que Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del Dr. Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida de acuerdo con el Decreto de febrero 7 de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo (art. 48 ley 4.349)”.

III. Doctrina sustancial sentada en el caso

La sentencia de nuestro Alto Tribunal, del 1936, plantea la cuestión que debió resolver en los siguientes términos:

> Que sintetizado así, clara y precisamente, el proceso administrativo que determina la litis en examen, corresponde averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia –judicial o administrativa– existen fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al doctor Eliseo Cantón el derecho a su jubilación en febrero 28 de 1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en junio 20 de 1933, o si, como sostiene la actora, el acto administrativo de 1913 es irrevisible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el doctor Cantón. (Considerando 2°).

A partir de ese primer considerando nuestro Alto Tribunal pasa a exponer los argumentos que fundan la decisión contraria al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, (cuando se trata de actos creadores de derechos subjetivos) entre los que reseñamos, los que consideramos sustanciales siguiendo el camino trazado en su momento por Bosch[2] y, sobre todo, por Linares,[3] cuya interpretación fue adoptada más tarde por la mayoría de la doctrina administrativa vernácula.

En tal sentido, en la parte medular del fallo comienza por afirmarse que "no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades".

Esta afirmación es de principio y aunque la Corte no lo haya dicho, siguiendo el estilo de la época (el cual puede advertirse en casi todos los estudios y comentarios que eluden las críticas frontales) lo cierto es que éste punto de partida del "leading case" que vino a sentar un rumbo jurisprudencial opuesto a la doctrina sustentada por Bielsa, entonces considerado el administrativista de mayor autoridad doctrinaria, a quien muchos le atribuían ser el creador de las principales instituciones del derecho administrativo argentino.

Fue, pues, en este precedente, donde se postuló por primera vez el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de cierta clase de actos administrativos

[2] BOSCH, J. T.: "La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia", separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos* N° 3 y 4, Buenos Aires, 1946, págs. 33-41.

[3] LINARES, J. F.: "Cosa juzgada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Buenos Aires, 1946, págs. 25 y sigs.

y siempre que se dieran las características que a continuación pasamos a enumerar:

1) que se trate de actos dictados en ejercicio de facultades regladas que hubieran dado lugar al nacimiento de derechos subjetivos (Considerandos 4°, 5° y 6°);

2) que no exista una ley que autorice la revocación de esta clase de actos en sede administrativa;

3) dichos actos, cuando sean regulares y causen estado, generan una situación de cosa juzgada administrativa que impide su revocación por parte de la Administración Pública (Considerando 5°). El concepto de acto regular, que se define como aquel "que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)" constituye también otra innovación en la jurisprudencia de la Corte, que toma directamente de la obra de FÉLIX SARRÍA, catedrático de la Universidad de Córdoba[4];

4) el acto que contiene un vicio de error en el cómputo de los servicios de una jubilación se considera regular y la acción para demandar su invalidez prescribe a los dos años (art. 4030 del Cód. Civil) afirmándose que la prescripción constituye una institución de orden público que, como tal, es irrenunciable;

5) se extienden, en definitiva, los efectos de la cosa juzgada judicial a los actos jurisdiccionales administrativos, entre los cuales la Corte ubica al del Poder Ejecutivo que otorga una jubilación o pensión. Aunque, como luego veremos, la calificación del Alto Tribunal no era compatible con el sistema del derecho público argentino, lo cierto es que en la evolución posterior alcanzó a proyectarse a la mayor parte de los actos regulares dictados en ejercicio de funciones materialmente administrativas.

IV. La crítica de Bielsa "*vis a vis*". La tesis de Linares sobre la "*cosa juzgada administrativa*". El concepto de acto regular constituyó la piedra basal de la estabilidad del acto administrativo

Comenzaremos por recordar que tanto la Corte, a partir sobre todo del caso "*Los Lagos*[5]", como BIELSA y LINARES, sostuvieron que la aplicación de los textos del Código Civil no debía efectuarse en forma directa o subsidiaria sino por analogía, es decir, mediante la necesaria adaptación de los preceptos a los principios y peculiaridades del derecho público o su inaplicabilidad en el supuesto de resultar incompatibles.

[4] SARRÍA, F.: *Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1934, págs. 73-76.
[5] Fallos 190:142 y JA, T° 75, págs. 918 y sigs.

Ello implicó abrir un ancho cauce para el desarrollo de un derecho administrativo autónomo, divorciado de las ataduras del clásico derecho civil, pero sin impedir su aplicación cuando éste fuere compatible con aquel, a fin de cubrir las grandes lagunas que solía presentar entonces el ordenamiento administrativo.

Pero de allí en más y, en particular, en relación con la postura en torno al principio de irrevocabilidad del acto administrativo o de la "cosa juzgada administrativa", la concepción jurisprudencial de la Corte se apartó de la interpretación que venía sosteniendo BIELSA.

Sin embargo, la opinión de este último, transcripta por la Corte en el Considerando 5° *in fine* del fallo "Carman de Cantón", no era, ciertamente, un modelo de coherencia doctrinaria y el hecho de haberse invocado en el fallo su doctrina condujo a Bielsa a escribir un comentario en el que expuso el alcance que, según él, correspondía atribuir a su postura.

En efecto, la Corte, en el citado Considerando 5°, al mencionar la opinión de BIELSA señaló que "aún los que aceptan la revocación y desestiman el valor de la cosa juzgada en el derecho administrativo argentino, sostienen la necesidad de la ley que establezca una estabilidad jurídica mediante la irrevocabilidad por vía administrativa del decreto declarativo de derechos contestados (BIELSA, *Derecho Administrativo*, 1° ed., Nº 211 y notas 25 y 26, págs. 340 y 341)".

Conviene advertir, en este sentido, que en la primera edición del "Derecho Administrativo" de BIELSA, la doctrina de este jurista a favor de la revocabilidad se sustentaba en la ausencia de ley positiva que la prescribiera expresamente, como dogma lógico del positivismo legalista entonces imperante. Pero, si bien en el primer tomo BIELSA parece inclinarse por la irrevocabilidad de Decretos del Poder Ejecutivo declarativos de derechos contestados al sostener que "la impugnabilidad o inestabilidad de una resolución administrativa puede causar graves inconvenientes..." y que "...sin embargo, la certeza y la seguridad son preferibles a la incertidumbre, volubilidad y arbitrariedad," también allí expresó que "...un decreto cuyo incumplimiento sea perjudicial para el interés privado o público, sobre todo éste, o no concilie uno y otro –como son muchas resoluciones caprichosas o irreflexivas del Poder administrador– tampoco debe ser mantenido en vigor[6]".

[6] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*, 1° ed., T° I, Buenos Aires, 1921, págs. 340-341.

A su vez, como en el tomo segundo de esa primera edición BIELSA se había pronunciado a favor del carácter revocable del acto administrativo,[7] en ello se basó para decir que la opinión transcripta por la Corte (T° I, N° 211) era circunstancial e hizo notar "...que es en la segunda edición donde realmente he tratado el punto concerniente a la revocación de los actos administrativos[8]".

La crítica de BIELSA se extendió, entre otras cuestiones doctrinarias, a la utilización de la institución de la cosa juzgada al derecho administrativo en base a la idea de que ella sólo puede aplicarse a los actos jurisdiccionales, sosteniendo que el acto de otorgamiento de una jubilación o de una pensión es simplemente una decisión administrativa y no el producto de la función jurisdiccional, aunque el interesado haya debido probar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para obtener la jubilación o pensión[9].

Ahora bien, la clave para desentrañar la posición de BIELSA, coincidente con precedentes anteriores de la Corte[10], radica en el concepto de acto irregular que es mucho más amplio que el sostenido por SARRÍA que asimila acto irregular a acto ilegal (incluido el que contiene simples errores de hecho), desconectando el concepto de acto irregular de la clasificación bipartita de las nulidades al no distinguir entre nulidad absoluta y relativa. La consecuencia de ello es que los actos viciados de nulidad relativa, por ser ilegales, eran, para BIELSA, revocables por el Poder administrador.

[7] Op. cit., T° II, págs. 565-566, anota Bielsa que "Hemos hecho ya alguna referencia incidental relativa a la revocabilidad de ciertos actos administrativos, los decretos del Poder ejecutivo (v. N° 211); consideramos entonces, con las opiniones ahí citadas, que conviene establecer legalmente la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos contestados, o, en otros términos, resoluciones que declaran un derecho en sentido estricto, y que han sido notificadas a los interesados. Al decir eso hemos tenido en vista, o no hemos olvidado, que es lo mismo, la volubilidad y aun arbitrariedad de los gobiernos que proceden algunas veces no como gestores de los intereses públicos, vale decir, agentes de la Administración pública, sino como gestores de intereses subalternos, políticos (en el peor sentido del concepto –triste es convenir en ello). Pero reconocemos a la vez que, desde luego, ésta no es una razón de principio contra la revocabilidad del acto. El acto administrativo, ya lo decimos arriba, es *revocable;* y lo es siempre que convenga a los intereses del Estado, esto es, los que gestiona la Administración pública.
La revocatoria, acto administrativo también, –toda vez que importa una decisión (o sea, una manifestación de voluntad) de la autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones (v. N° 33)–, es un medio justo de reparar errores, o tan sólo de evitar inconvenientes, ajustando la actividad administrativa a las exigencias del momento en que se aplica. Porque no debe olvidarse que la actividad administrativa es esencialmente *continua* (v. N° 29) y variable, en cuanto nuevos progresos, nuevas exigencias –especialmente de orden técnico– le imponen nuevos procedimientos, nuevas providencias, nuevas decisiones, actos en suma, todo lo cual consiste, ya en revocar los anteriores, ya en modificarlos, en tanto y en cuanto se reputen inconvenientes a los intereses de la Administración pública".

[8] Cfr.: "La revocación de decretos sobre jubilaciones y pensiones irregulares. Esos decretos no constituyen cosa juzgada" en *JA,* T° 55, págs. 376 y ss. La opinión referida se encuentra en *Derecho Administrativo,* 2° ed., T° I, págs. 103-118, Buenos Aires, 1929.

[9] Op. cit. JA, T° 55, pág. 382.

[10] Fallos T° 109:403; T° 115:189.

Años más tarde, a la luz de la evolución de la nueva concepción que la Corte introdujo en la materia en el caso "Carman de Cantón," LINARES escribió su clásica obra acerca de la cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia del Alto Tribunal realizando la construcción dogmática (es decir, de los principios) de la institución. Paralelamente, en el mismo año (1946) apareció el trabajo de BOSCH antes citado, en el que describió la situación jurisprudencial en la misma línea. De allí en más, la nueva concepción –que fue evolucionando hasta su consagración en el art. 17 de la LNPA– se impuso definitivamente en el derecho administrativo argentino.

En efecto, la construcción dogmática de LINARES fue seguida por casi toda la doctrina posterior[11] sustancialmente en las obras que estudiaron la figura del acto administrativo como las de DIEZ, GORDILLO y la que nosotros escribimos[12], las cuales, no obstante algunas disidencias insustanciales y opiniones discordantes sobre determinados aspectos de la institución, representan la línea que finalmente ha prevalecido en el derecho público que rige esta materia.

No vamos a efectuar aquí la disección del magnífico libro de LINARES habida cuenta que nuestro propósito se limita a exponer los dos puntos esenciales que sirvieron para el ulterior desarrollo de la institución de la cosa juzgada administrativa.

El primero de esos puntos estriba en la admisión de la cosa juzgada para los actos de la Administración activa (no jurisdiccional), que en la postura tradicional de BIELSA, aferrada al sentido histórico de la institución, era inconcebible extender fuera del ámbito del derecho privado.

Al refutar esa postura extrema LINARES anota que la posición ecléctica (que hunde sus raíces en la obra de MAYER[13]) es la que debe preferirse en virtud de que "la institución de la cosa juzgada jurisdiccional constituye un aspecto del derecho que aflora en todo el orden jurídico y que atañe a la validez y vigencia de las normas jurídicas, pero que en las normas individuales, en cuanto son vigentes y generan así una situación de hecho, presentan una

[11] Véase MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T° II, Buenos Aires, 1975, págs. 612 y sigs.; sin embargo FIORINI, aunque sin fundamentar claramente su posición crítica adhirió a la concepción de la anulación de oficio considerando que la tesis de la cosa juzgada administrativa resulta confusa (FIORINI BARTOLOMÉ A.: *Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires, 1976, págs. 557-558), no obstante haberla ponderado en otras partes de su obra (op. cit., T° I, págs. 550-555) llegándola a calificar como una «conquista de legalidad».

[12] DIEZ, M. M.: *El acto administrativo*, págs. 334 y sigs., Buenos Aires, 1961; GORDILLO, A.: *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, págs. 143 y sigs.; y nuestro *Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1981, págs. 382 y sigs.

[13] MAYER, O.: *Le droit administratif allemand*, T°I, pág. 52, París, 1904.

modalidad especial[14]". Tal era la línea de pensamiento de MERKL[15], así como de HAURIOU, JEZE y FERNÁNDEZ DE VELASCO que influyeron en la obra de SARRÍA, con lo que nuestro derecho vino a recibir por esta vía y en esta materia, el aporte de la ciencia jurídica francesa, española y germánica[16], con las adaptaciones propias al sistema vernáculo, que se llevaba a cabo a través de la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil.

El otro punto resaltable, en la descripción jurisprudencial y consecuente construcción dogmática que efectuó LINARES, versó sobre el concepto de acto regular como presupuesto para la extensión de la cosa juzgada al derecho administrativo y, en consecuencia, de la inmutabilidad que cabe atribuir a los actos administrativos, cuando éstos han dado nacimiento a derechos subjetivos en cabeza de los administrados.

Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, aspecto complejo acerca del cual no existía, en ese momento de la evolución histórica de nuestro derecho administrativo, uniformidad doctrinaria ni jurisprudencial. De todas maneras, una cosa resulta clara en la sistematización de los fallos de la Corte que lleva a cabo LINARES y es que la protección que brinda la cosa juzgada administrativa a los actos regulares comprende tanto los actos válidos como aquellos que adolecen de un vicio de nulidad relativa (anulables en la terminología al uso). Como LINARES y la Corte, a diferencia de Bielsa, no aceptan la categoría de acto inexistente, los actos que pueden

[14] LINARES, J. F.: *Cosa juzgada*..., cit., págs. 51-52.

[15] MERKL, A.: *Teoría general del derecho administrativo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, págs. 275 y sigs., a quien, en lo sustancial, ha seguido LINARES.

[16] Esto es una demostración del pluralismo que existe cuando a las fuentes de nuestro derecho administrativo que algunos le atribuyen exclusivamente al derecho francés (cuando también ha sido importante la influencia de los derechos español e italiano). Últimamente han surgido opiniones que afirman, sin demostrarlo, que la fuente principal debiera ser el derecho norteamericano dado que nuestra Constitución ha seguido el modelo constitucional de ese país (el cual resulta admisible aunque algunas instituciones sean difícil de trasladar pues resultan incompatibles con nuestra idiosincrasia) y hasta se ha ubicado a Linares en esa línea de pensamiento sin tener en cuenta lo que ha escrito este gran jurista y aún desconociendo, aparentemente, las opiniones de ALBERDI, asunto del que nos ocupamos recientemente (véase: "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho administrativo argentino", *ED*, diario del 30/09/2001, págs. 1-2). En este punto, tanto LINARES como DIEZ y MARIENHOFF tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular LINARES, de quien podría suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios del derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que "también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el "*common law*" americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro" (Cfr. LINARES, J. F.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, pág. 20).

revocarse son los "absolutamente nulos[17]". En suma, los actos administrativos dictados por error de hecho como son aquellos Decretos que conceden jubilaciones o pensiones en base a errores en el cómputo de los servicios de los agentes, entran según la Corte –a partir del "leading case" objeto de este comentario– dentro de la categoría del acto regular y están protegidos por la garantía de la estabilidad y alcanzados por el instituto de la prescripción. Tal fue también la interpretación que hizo Bosch[18] en el sentido que, después del transcurso del plazo de dos años, no era posible interponer la acción judicial de nulidad.

En lo esencial, la cosa juzgada administrativa, desarrollada en la tesis de Linares fue adoptada y seguida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[19] alcanzando su recepción normativa a través del art. 17 de la LNPA, si bien en forma más amplia al extender la protección debida a los derechos de los particulares nacidos de actos administrativos irregulares, tal como se verá en el punto siguiente[20].

V. La posterior evolución de la "cosa juzgada administrativa" tras la sanción de la LNPA. Afirmación del principio de la estabilidad y su extensión a los actos administrativos irregulares

Si se compara la institución de la "cosa juzgada administrativa" y la forma en que fue evolucionando el principio de estabilidad del acto administrativo, a la luz del sistema que introdujo en el ordenamiento nacional la LNPA, no cabe menos que reconocer que se ha consolidado la interpretación judicialista más acentuada, la cual, en principio, veda a los órganos administrativos el ejercicio de la facultad revocatoria en la mayor parte de los casos.

El fundamento, bastante simple, sigue de cerca la regla de que los únicos habilitados a declarar la invalidez de un acto administrativo con efectos jurídicos directos e indirectos son los jueces[21] y dado que la revocación produce similares efectos en sede administrativa, se impone establecer la irrevocabilidad como principio básico del accionar administrativo.

[17] Cfr. LINARES, J. F.: *Cosa juzgada*..., cit. págs. 25 y sigs.
[18] Cfr. BOSCH, J. T., op. cit., pág. 39.
[19] Fallos 177:194; 181:425; 186:42; 188:135; 192:45; 194:254; 197:548; 201:329 entre otros.
[20] Hay autores que se han ocupado en resaltar la falta de coherencia de la doctrina jurisprudencial de la Corte y en tal sentido puede consultarse el estudio de COMADIRA, uno de los más completos efectuados sobre dicha doctrina (Cfr. COMADIRA, J. R.: *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada "cosa juzgada administrativa"*, Buenos Aires, 1981, págs. 91 y sigs.). Cabe apuntar, sin embargo, la estabilidad del acto regular y, en definitiva, la afirmación de una tendencia garantística, protectora de los derechos de propiedad y de las libertades de los ciudadanos, ha constituido una constante en la jurisprudencia de la Corte y en la mayoría de la doctrina administrativa argentina.
[21] MARIENHOFF, M. S., op. cit., T° II, pág. 571.

Al propio tiempo, la LNPA, influenciada por la doctrina, cortó de cuajo la posibilidad de revivir arcaicas concepciones (como la que asignaba estabilidad sólo a los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, la limitación de la cosa juzgada a los actos de sustancia jurisdiccional emitidos por la Administración y el concepto de acto que causa estado) configurando un sistema propio y original, que si bien encuentra sus raíces en el derecho francés, ha sido también, en buena medida, producto del desarrollo de fuentes vernáculas, en virtud de la peculiar construcción de nuestro sistema de invalidez.

En efecto, el sistema resultante de la jurisprudencia de la Corte a partir del caso "Carman de Cantón" abarca, tras la sanción de los artículos 17 y 18 de la LNPA, la protección de los actos administrativos irregulares, a cuyo régimen de estabilidad se han extendido (a través de una transformación evolutiva) algunos requisitos establecidos para la "cosa juzgada administrativa" que caracterizaba a los actos regulares en aquella jurisprudencia de la Corte Suprema.

Este desdoblamiento, no advertido suficientemente por la doctrina,[22] consiste en ampliar la estabilidad a actos irregulares cuando éstos estuvieran firmes y consentidos[23] y hubieran generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. De ese modo, el concepto de acto que causa estado (sólo justificable en el plano del contencioso administrativo como un requisito habilitante de la instancia) resulta sustituido por requisitos que hacen a la firmeza y al consentimiento del acto al par que se adiciona la exigencia referida a la situación o estado de cumplimiento de los derechos que nacen de un acto administrativo, pues de lo contrario, como prescribe el art. 17 de la LNPA, sólo se podrá impedir su subsistencia y efectos pendientes mediante declaración judicial de nulidad[24].

Frente a ello, la prescripción que impone a la Administración el deber de revocar el acto irregular no alcanza a sustentar la inversión de la regla de la estabilidad, dada las escasas posibilidades que existen en el ordenamiento para revocar en sede administrativa un acto administrativo afectado de nulidad absoluta. Esta es a nuestro juicio una de las consecuencias más trascendentes del régimen instituido por la LNPA y, en tal sentido, la

[22] Una excepción es COMADIRA (op. cit., págs. 152 y sigs) aunque con una postura crítica a la extensión de la institución que no compartimos por los fundamentos que se exponen en este trabajo.

[23] El antecedente de la fórmula se encuentra en la clásica obra de LINARES (Cfr. "Cosa juzgada...", cit. págs. 23-24).

[24] Salvo claro está, que una ley especial autorice la revocación de un acto administrativo afectado de nulidad absoluta, aunque la respectiva protección se encuentre en vías de cumplimiento. Véase el caso "Cabacas", Fallos 311:362, con particular referencia al art. 48 de la Ley 18.037.

transformación producida, a la vista del sistema jurisprudencial anterior, ha sido tan revolucionaria como sustancial, al sentar la regla de la estabilidad del acto irregular, aunque este principio no surja de la interpretación literal del art. 17 de la LNPA, sino de la construcción dogmática del sistema legal recepcionada por la jurisprudencia.

La otra cara de ese desdoblamiento de requisitos o intercambiabilidad de técnicas radica en la consagración, prácticamente absoluta, de la inmutabilidad del acto administrativo regular. Y decimos absoluta por cuanto los dos únicos requisitos que se exigen para la vigencia del principio de estabilidad son: (i) el nacimiento de derechos subjetivos a favor del administrado (no siendo necesario que tales derechos se encuentren en estado de cumplimiento) y (ii) la notificación del acto al administrado.

A su vez, el art. 18 de la LNPA admite la posibilidad de revocar un acto administrativo regular en tres supuestos que se configuran cuando: a) el administrado hubiera conocido el vicio; b) la revocación lo favorece sin ocasionar perjuicio a terceros; y c) el derecho se hubiera otorgado expresa y válidamente a título precario.

El primero de estos requisitos es, precisamente, el que genera mayores dificultades por la manera literal en que se lo ha interpretado no obstante la existencia de doctrina que ha entendido que no basta el mero conocimiento del vicio sino que se requiere del dolo del administrado o, al menos, de que el vicio le sea imputable al particular[25].

La configuración de las condiciones requeridas para acreditar el conocimiento del vicio no ha sido claramente fijada en la jurisprudencia de la Corte. Lo que sí ha resuelto dicha jurisprudencia es que "las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte[26]".

En cuanto a las restantes condiciones que autorizan a la revocación del acto regular, es evidente que ellas implican, por una parte, el reconocimiento de la directriz que venía sosteniendo gran parte de la doctrina nacional en

[25] GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, pág. VI-18; y nuestro *Derecho Administrativo*, 6° ed., Buenos Aires, 2000, pág. 290.

[26] En el caso "Almagro", Fallos 321:170, sostuvo la Corte, siguiendo a la doctrina y a cierta jurisprudencia del fuero, que: "De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave". (Cfr. Considerando 5°).

el sentido de que la "cosa juzgada administrativa" juega siempre a favor del administrado (en aplicación del principio "in dubio pro administrado")[27] y, por la otra, la recepción normativa de la regla de la revocabilidad de aquellos actos que hubieran generado derechos precarios (vgr. permisos de usos de bienes del dominio público).

Ahora bien, restan dos cuestiones colaterales que corresponde dilucidar con el objeto de completar el esquema básico de la "cosa juzgada administrativa" y ellas son: a) la conexión entre estabilidad y revocación por oportunidad y b) la aplicación de la regla de la estabilidad a los contratos administrativos.

A. La falta de conexión entre estabilidad y revocación por oportunidad, mérito o conveniencia

La regla de la estabilidad, en cuanto contribuye a la certidumbre del derecho, no puede sufrir cortapisas a través de la invocación del interés público. En otros términos, el interés público que fundamenta la subsistencia de los derechos que nacen de un acto administrativo continúa vigente hasta tanto los jueces decreten su invalidez el cual prevalece sobre cualquier invocación "a posteriori" de otro interés público, generalmente ideado por los funcionarios de turno. Por lo demás, en una país que aspira a proteger las inversiones privadas (sean internacionales o nacionales) este principio precisa imponerse si no se quiere frustrar el proceso inversor con argumentos fuera de la realidad, por más respetables que puedan aparecer.

No en vano se ha venido sosteniendo el principio que se resume en la fórmula "ex posterior no derogat priori" como justificativo de la estabilidad de los actos administrativos[28].

Ha de advertirse, por cierto, que no obstante haberse considerado que la estabilidad también comprendía la irrevocabilidad del acto por razones de oportunidad, se trata de dos instituciones distintas en punto a su fundamentación y requisitos. Pero si la construcción de la "cosa juzgada administrativa" sólo tiene sentido en el plano de la revocación por ilegitimidad[29], ello no implica reconocer que el ordenamiento atribuya a la Administración facultades para extinguir un acto por razones de interés público.

En efecto, tal como lo hemos venido propugnando,[30] en coincidencia con un sector de nuestra doctrina,[31] el art. 18, última parte, de la LNPA, requiere que,

[27] Cfr. GORDILLO, A., op. cit., T° 3, pág. VI-7.
[28] LINARES, J. F.: op. cit., págs. 55-56.
[29] Cfr. MARIENHOFF, M. S., op. cit., T° II, págs. 609-610.
[30] En nuestro *Derecho Administrativo*, 6° ed., T° II, pág. 294.
[31] GORDILLO A.: *Tratado*..., cit., T° 3, págS. VI-25 y sigs.; nos ubica junto a la doctrina partidaria de una concepción amplia de la revocación por oportunidad (op. cit., pág. VI-26, nota 34), citando

Cont.

en cada caso, la Administración Pública actúe en base a una habilitación legal concreta que declare la utilidad pública o el interés de esa naturaleza que permite revocar por razones de mérito. Esto es así por la similitud existente entre revocación y expropiación y, además, por las limitaciones que establece el art. 76 de la CN –a partir de la reforma constitucional de 1994– para la delegación de atribuciones de naturaleza legislativa en cabeza del Ejecutivo, siendo obvio que a la revocación por oportunidad –en razón de que implica el sacrificio de derechos privados en beneficio del interés público– precisa cumplir con los requisitos del art. 17 de la CN (declaración legislativa y previa indemnización y, en su caso, sentencia fundada en ley).

B. La aplicación de la regla de la estabilidad a los contratos administrativos

La antigua jurisprudencia de la Corte parecía limitar la "cosa juzgada administrativa" a los actos unilaterales de contenido individual, excluyendo a los reglamentos (respecto de este último la doctrina ha estado siempre de acuerdo).

La razón de esa jurisprudencia se basaba en que los contratos administrativos gozaban, en punto a la revocación por razones de ilegitimidad, de una estabilidad mucho mayor que la que inicialmente poseían los actos administrativos unilaterales en su formación (aunque sus efectos pudieran ser bilaterales).

Lo cierto es que actualmente, como con acierto lo ha señalado Gordillo[32], los contratos administrativos celebrados con inversores extranjeros no pueden revocarse por razones de oportunidad ni disponerse el rescate de una concesión en virtud de una serie de convenios internacionales que ha suscripto nuestro país, los cuales, como fuentes del derecho administrativo, prevalecen sobre las normas del derecho interno en función de lo prescripto en el art. 75 inc. 22, 1° párrafo de la CN[33].

Como los diversos convenios de protección de inversiones extranjeras suscriptos por nuestro país contienen la llamada cláusula de la nación más favorecida que extiende sus normas a los países signatarios de los diferentes tratados internacionales, existe un fondo normativo común, que se caracteriza por los siguientes principios:

---

una anterior obra nuestra que no representa la postura que venimos sosteniendo en distintas ediciones de nuestro *Derecho Administrativo*.

[32] *Derecho Administrativo*, cit. T° 3, pág. XIII-23 y 24, aunque sin llegar a desarrollar las cláusulas aplicables de los tratados internacionales.

[33] En tal sentido, el reconocimiento de la potestad revocatoria que prescribe el reciente ordenamiento contractual (art. 12 del Decreto 1023/2001) resulta inconstitucional.

a. la equiparación entre rescate o revocación por oportunidad de una concesión o licencia y la figura de la expropiación;

b. la interdicción de la expropiación y actos equiparables salvo el dictado de una ley fundada en causas de utilidad pública o bien común[34];

c. la indemnización ha de ser previa[35].

Como dichos tratados internacionales (aunque bastaría con que lo prescribiera uno solo de ellos) contienen además cláusulas que requieren el cumplimiento del debido proceso legal[36], cabe interpretar que esta fórmula se refiere tanto al denominado debido proceso adjetivo (vgr. derecho a ser oído) como al sustantivo (que en el caso puede resumirse en la exigencia de ley declarativa de la utilidad pública, sentencia judicial e indemnización previa), requisitos estos últimos que tienen rango constitucional (art. 17 CN) y cuya reglamentación, en el orden nacional, se encuentra en la Ley 21.499.

Conforme a lo expuesto, no parece compatible con la interdicción expropiatoria (sin ley declarativa de la utilidad pública, sentencia judicial y previa indemnización) la doctrina que sustenta la modificabilidad amplia de determinados contratos administrativos por razones de interés público ya que, en los hechos, puede implicar un sacrificio patrimonial equiparable a la expropiación[37]. Una posición de esa índole implicaría la afectación del principio de la estabilidad de los actos que rige en nuestro ordenamiento y en los sucesivos convenios internacionales que vedan el rescate de las concesiones y licencias por causales de interés público. Es evidente que el principio que se esconde tras la citada interdicción es el "pacta sunt servanda" que impide utilizar el concepto indeterminado e impreciso de interés público para revocar o modificar el contrato administrativo.

VI. Balance final y prospectiva

A través de la evolución operada a partir del caso "Carman de Cantón", que constituyó un hito fundamental en la consolidación de la vertiente garantística, se fue desarrollando una doctrina y jurisprudencia favorable al reconocimiento de la "cosa juzgada administrativa" con el objeto de impedir, inicialmente, la

[34] Artículo 4, inc. 2 del Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscripto con la República de Chile, aprobado por Ley 24.342.
[35] Tratado con Chile cit. artículo 4 inc. 2.
[36] Vgr. Tratado con el reino de Suecia, aprobado por Ley 24.177, artículo 4 inc. 1) b. A su vez, el Tratado suscripto con Alemania, aprobado por Ley 24.098, prescribe que "la legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable y el monto de la indemnización, deberán ser revisables en procedimiento judicial ordinario" (art. 4 inc. 2 *in fine*).
[37] Tal como lo sostiene GORDILLO (*Tratado*..., cit. T°1, pág. XI-39 y 40.

revocación de actos administrativos regulares por parte de la Administración Pública.

Puede decirse que con esa jurisprudencia se plantó la simiente de la estabilidad que años más tarde dio nuevos frutos mediante la incorporación de aquella regla en la LNPA y su extensión a los actos administrativos irregulares, cuando estos actos estuvieran firmes y consentidos y se hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

De ese modo, llegó a configurarse un sistema propio y original (sin perjuicio de la gravitación parcial de fuentes extranjeras) que vino a contribuir decisivamente a la certidumbre del derecho y, por ende, a la seguridad jurídica.

La mayoría de las cuestiones que entonces se plantearon para limitar el alcance de la estabilidad fueron superadas por la doctrina y la jurisprudencia. Hoy nadie discute –por ejemplo– que es tan irrevocable el acto administrativo dictado en ejercicio de facultades regladas como el proveniente de la actividad discrecional, como tampoco se debate si la estabilidad alcanza a los actos provenientes de la llamada Administración activa.

Así pudo cumplirse el vaticinio que formuló aquel gran jurista que fue Linares cuando escribió que el signo positivo de un orden valioso está configurado por la estabilidad de las conductas y que hay, al menos, "alguna seguridad jurídica en que ese orden valioso proteja al individuo"..., "al hombre como ente de libertad[38]".

Muchas son las lagunas que quedan por cubrir y, por cierto, no se puede descartar el nacimiento de nuevas aplicaciones de los principios que rigen la materia. Pero estamos convencidos de que, estando bien anclada la regla de la estabilidad en el ordenamiento así como en nuestra realidad y costumbres, será difícil desarraigarla del derecho administrativo del futuro porque el balance final muestra, en definitiva, un marcado tinte garantístico que no desdibuja las prerrogativas de poder que el ordenamiento le ha reconocido a la Administración. Hay que admitir, de una vez por todas, que dichas prerrogativas sólo pueden surgir en forma expresa, si se aspira mantener los principios básicos que nutren el Estado de Derecho y, sobre todo, el principio de legitimidad, comprensivo tanto de la razonabilidad o justicia como de la legalidad.

[38] LINARES, J. F.: *Cosa juzgada*..., cit. págs. 84-85.

EL ACTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y COMO SUSTENTO FUNDAMENTAL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Pedro José Jorge Coviello

Se nos enseñó, desde que aprendimos las primeras letras del mundo jurídico en la facultad, a distinguir en fuentes materiales y formales. Y lógicamente era para nosotros la Constitución el pilar fundamental de los respectivos ordenamientos de nuestros países, de la que se desgranaban las otras "fuentes", que eran en general positivas (leyes, reglamentos) y luego aparecían, con un dejo de menor nivel jerárquico, la jurisprudencia y en un plano aún más discutible, la doctrina. El objetivo del presente trabajo es enfocar al acto administrativo, como una de las fuentes basilares del derecho administrativo —o, si se quiere, de la legalidad administrativa—, cuya influencia es notoria en la materia, sobre todo porque si sólo se lo estudiara a partir del enfoque tradicional de las fuentes que se formuló en el derecho privado que es el que se nos enseñó en las materias iniciales de la carrera, tal encuadre sería duro de concebir.

Es que el derecho administrativo no ha sido, en tal sentido, no fue una rama dócil en el marco de una concepción iluminista y racionalista del derecho como fue la ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, cuya fruto notable fue la codificación. Era la codificación una forma más o menos larvada del que luego sería el positivismo jurídico, que se muestra en la frase de JEAN BUGUET que decía: "Yo no conozco el Derecho Civil, solo enseño el Código Napoleón". Pero al mismo tiempo, la revolución francesa quiebra, pese a sus raíces iluministas, ese enfoque casi arrasador que discurría por el mundo jurídico, para volver, por mera conveniencia política, a una raíz distinta de elaboración de una nueva disciplina nacida en su seno: el derecho administrativo.

En lo sucesivo, se tratará de elaborar la idea que el título expone, para cuyo logro es necesario que primeramente nos remontemos, a esa clasificación que hicimos cuando éramos adolescentes: las fuentes del derecho y su clasificación.

I. Las fuentes del derecho

Los autores, en términos generales, coinciden con lo que son las fuentes: las causas que dan origen al derecho, o, como dijo LLAMBÍAS, los "medios de expresión del derecho"[1], y el producto más visible, que es la norma jurídica *positiva*. (Hablaré más delante de lo que se puede entender como norma jurídica, que no sólo es la positiva.)

Son fuentes formales, según nos dice la tradición doctrinal de quienes nos condujeron en esas primeras letras jurídicas, la manifestación explícita de la voluntad creadora de lo que se considera derecho, apareciendo así la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina[2]. En cambio, las materiales serían, en realidad, las verdaderas causas del derecho, toda vez que las primeras toman razón a partir de éstas (ciertamente, la afirmación que postulo no será compartida por quienes parten de una visión positivista del derecho); se ha dicho al respecto que constituyen el antecedente lógico y natural del derecho, prefigurando su contenido, y que "encierran en potencia las soluciones que han de adoptar las normas jurídicas"[3]. LEGAZ dijo palabras en las que encuentro relación con la idea que desarrollo, al sostener que las fuentes materiales "han de ser también realidades existenciales, pues de lo contrario no podrían infundirle realidad y permanecería en estado de «pensamiento», es decir, no sería Derecho. Pero como el Derecho no es sólo existencia sino normatividad, existencia que posee normatividad en tanto que traduce un valor que exige ser realizado, y aspira a imponerlo, la fuente del mismo tiene, a su vez, que poseer una dimensión de valiosidad"[4].

Ahora bien, no estamos aquí en un encuentro de filosofía del derecho, sino que el punto es determinar si es posible que en relación al acto administrativo podamos volcar una tan cara formulación acerca de las fuentes del derecho. Vemos así que por ejemplo el profesor CASSAGNE no ha desdeñado su cita, pero, conforme con una tendencia bien marcada en el derecho administrativo iberoamericano: las fuentes son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico, que no se integra solamente con normas positivas[5].

[1] LLAMBÍAS, J. J.: *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, 6ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 49. En el pensamiento del autor el derecho no era sólo el positivo.

[2] LLAMBÍAS: *Tratado...*, cit. págs. 50-51. AFTALIÓN, E. R.; GARCÍA OLANO, F. y VILANOVA, J.: *Introducción al derecho*, 9ª ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1972, págs. 287 y sigs. MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R.: *Introducción al derecho*, 6ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 171 y sigs. CUETO RÚA, J.: *Fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 16 y sigs. GARCÍA MÁYNEZ: *Introducción al estudio del derecho*, 51ª ed., Porrúa, México, 2000, págs. 51 y sigs. LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, págs. 492 y sigs.

[3] MOUCHET y ZORRAQUÍN BECÚ: *Introducción...*, pág. 173.

[4] LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía...*, cit., pág. 493.

[5] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 149 y 151.

Esa locución, ordenamiento jurídico, es muy cara a los administrativistas, y su inspirador, Santi Romano[6], fue el que forjó una idea que bien explica el entramado jurídico del derecho administrativo, cuya génesis, como se anticipó, difiere de otras ramas del derecho, anteriores al administrativo. El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, justamente, prefiere, al igual que otros autores españoles, hablar directamente de ordenamiento jurídico administrativo, en el que se engarza la norma jurídica, que es precedida por aquél y que la define como fuente del derecho[7]. Y cuál será la importancia de la idea ordimentalista del derecho administrativo, que señaló que "[l]as normas cambian, pero el ordenamiento jurídico permanece, en tanto permanecen sus principios. Cuando éstos cambian, cambia también el ordenamiento en su conjunto, aunque no se realice directamente ninguna operación sobre sus normas. La interpretación de cada norma, es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es, por la misma razón, una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación"[8].

Como puede apreciarse, nuestra materia escapa a moldes rígidamente forjados, por ser una disciplina nueva en su origen, que alteraba las estructuras de otras existentes al momento. Sin embargo la idea de las fuentes y del diverso grado que ellas podrían tener, y, aún, la misma imperatividad de su seguimiento para los operadores jurídicos, no fue obstáculo para que ellos, como la práctica histórica lo demuestra, hayan acudido a la fuenta jurídica más propicia para la búsqueda de la solución justa del caso. De otra parte, en nuestro país COSSIO, ya hace bastante tiempo, había señala la indiferencia en cuanto a dicho orden jerárquico. Su doctrina, situada en un antipositivismo, negatorio, empero, del iusnaturalismo (al que, en definitiva, arribaba a través de otros caminos, aunque sin reconocerlo), y que denominó teoría egológica del derecho. Para él, a través de su teoría, y superando tanto el mero racionalismo jurídico (en el que insería al positivismo, incluso al kelseniano), como al empirismo (de base sociológica), elevó la doctrina de las fuentes materiales a la idea de la *fuerza de convicción* que ha de tener toda resolución de un caso jurídico. Ello conducía, según nuestro autor, a sostener que fuente del derecho "es el acto de creación

[6] ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Florencia, s/f. (aunque el prefacio del propio autor es de noviembre de 1945). Hay una traducción española de SEBASTIÁN y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, publicada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, con prólogo de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO. La influencia de ROMANO ha sido fundamental en el derecho italiano.

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., reimpr. 1991, Civitas, Madrid, 1991, págs. 59-60. El autor del capítulo II ("El ordenamiento administrativo. La constitución como norma jurídica") pertenece al primero. Si bien utilicé dicha edición, los mismos conceptos se reproducen en posteriores, tanto en la hecha, entre otras, en Madrid, como en la publicada en la Argentina por la editorial La Ley, con el prólogo y las notas de A. GORDILLO.

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit. pág. 61.

de una norma en cuanto que ese acto está encerrado por otra norma más alta. De tal manera, la norma reguladora, como forma del acto, es fuente formal en él y le da validez, "pero el acto mismo en cuanto valoración que da vigencia, permite ver en él como fuentes materiales a las valoraciones de que participa". Por lo que fuente material "viene a ser toda expresión objetiva de valoraciones jurídicas (instituciones, doctrinas, derecho comparado, etc.), de las que el órgano que cumple el acto creador participe activa o pasivamente"[9].

De esta manera, la idea de las fuentes del derecho aparece como la expresión de aquello que todo operador jurídico debe tener en cuenta cuando elabora, interpreta o aplica la norma administrativa, incluyendo los supuestos de ausencia de norma, donde o bien crea la norma individual o integra el ordenamiento jurídico (por vía de la analogía). El derecho administrativo se ha caracterizado por ser una creación del operador jurídico. Más aún, se puede decir que constituyó, en su conformación, en un derecho de principios, mucho antes de que se pusiera esta moda en la moderna iusfilosofía. Y hasta podemos agregar que fue un derecho donde valores y principios lo fueron conformando dogmáticamente, de forma que cada una de sus instituciones fue, en definitiva, respondiendo a la necesidad de dar, como antes se dijo, respuesta justa al caso planteado.

II. El derecho administrativo y sus fuentes

No es posible escindir el origen del derecho administrativo en punto a enfocar el alcance y trascendencia de sus fuentes. Ya en la ley del 16-24 de agosto de 1790 el legislativo revolucionario francés sellaba la suerte de la competencia de los tribunales judiciales, negándoles, por obvias razones políticas (a los gobiernos de cualquier país no les gusta que los jueces los controlen, por lo que el pecado no es sólo iberoamericano). Y si bien la citada norma contenía una "amenaza" jurídica, bajo pena de delito, a los jueces que infringieran dicha tabicada competencia, poco después, mediante el decreto del 16 Fructidor del año III, reiteró la misma "advertencia" a los tribunales que pretendieran tomar conocimiento sobre "los *actos de la administración*" (es una de las primeras manifestaciones de la locución acto administrativo). La historia del derecho administrativo francés allí comienza y no antes, salvo referencias puntuales al *Ancien Régime* y nada más[10]. El problema puntual surgirá a partir de la constitución del año VIII, donde se instituye el Consejo de Estado, sucesor, casi natural del *Conseil du roi*, una relevancia como asesor del Ejecutivo y en ejercicio, primero, de la "justicia retenida", y luego, a partir de 1872, de la justicia delegada, que llevó desde sus austeras palabras, cargadas la mayoría de las veces de dogmatismo —la doctrina haría la exégesis—, a elaborar la

[9] COSSIO, C.: *Teoría de la verdad jurídica*, El Foro, Buenos Aires, 2007, págs. 131-132. Esta misma línea fue la seguida por AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA: *Introducción*..., lug. cit.

columna vertebral del derecho que conocemos, una de cuyas vértebras es el acto administrativo.

La labor del Consejo de Estado fue ponderable puesto que sin contar con un digesto normativo específico, ni doctrina previa que hubiera avalado sus decisiones y asesoramientos, puso en el mundo jurídico esas instituciones que hoy en día existen en el modelo continental-europeo, del que somos tributarios los países iberoamericanos. Esas razones más políticas que jurídicas para escindir las cuestiones contenciosas de la administración de la órbita del poder judicial, no fueron impedimento para permitir que los administrados —poco a poco, puesto que controlar y limitar la autoridad estatal a través del contencioso no era, ni es fácil menester para los jueces encargados de ello— pudieran acceder ante autoridades imparciales en pos de la defensa de sus derechos provenientes de sus relaciones con la administración. Precisamente, HAURIOU no dejó de entrever que esta rama del derecho se conformaba en cierto modo como un derecho de equidad: "El Derecho administrativo francés es, desde el punto de vista del Derecho público en general, *un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración*"[11]. Y, ciertamente, así lo fue. (Cabe mencionar que Llambías, en la obra antes citada, consideraba como fuente material a la equidad.)

Vuelvo a insistir en la valoración que merece que con unos pocos instrumentos jurídicos los encargados de administrar justicia en estos nuevos ámbitos, y que una de las fuentes hubieran sido los principios generales del derecho. Es decir, según aprecio, una tímida posición de las autoridades administrativas encargadas del contencioso de mencionarlos en un principio. Como en otros trabajos lo destaqué[12], así SCHWARTZ como se considera que fue el caso *"Blanco"*, emanado del Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, que "ha fundado el Derecho Administrativo"[13], en la misma fecha dicho Tribunal

[10] Ver por ejemplo la obra de BURDEAU, F.: *Histoire du droit administratif*, PUF, París, 1995, donde pocas páginas dedica a antecedentes previos a la revolución que, en cierto modo, fueron preparando el terreno a las nuevas instituciones administrativo-jurídicas. Me parece oportuno apuntar que en opinión que, por cierto, no es de mi exclusividad, el derecho administrativo nace, guste o no, a partir de dicho sangriento acontecimiento, no porque no haya existido antes de él una administración que haya aplicado el derecho, sino porque es a partir de la revolución francesa que se conforma dogmáticamente esta rama jurídica.

[11] HAURIOU, M.: prefacio a la 5ª ed. de su *Précis de droit administratif et de droit public général* (1903), publicado en: *Obra escogida*, trad. y selección de J. A. SANTAMARÍA PASTOR y S. MUÑOZ MACHADO, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pág. 50.

[12] COVIELLO, P. J. J.: *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

[13] SCHWARTZ, B. (ed.): en: AAVV: *The Code Napoleon and the Common-Law world*, New York University Press, Nueva York, 1956, págs. 251-252. Ver también del mismo autor: *Le droit administratif américain. Notions générales*, trad. fr., Sirey, París, 1952, pág. 81. En igual sentido: CASSESE, S.: *Las bases del Derecho Administrativo*, trad. esp., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, pág. 19.

dictó el *arrêt "Dugave et Bransiet"*, donde hizo mención a los principios generales del Derecho, declarando al efecto que las normas que regían a la Administración debían ser interpretadas y aplicadas "conciliandolas con los *principios generales del Derecho*" [14]. En ese sentido, se observa que el Tribunal de Conflictos, obra de la ley del 24 de mayo de 1872, que estaba constituido por magistrados del Tribunal de Casación y consejeros del Consejo de Estado, tuvo una posición inicial bastante más drástica que este último,

Sin embargo, aunque ellos no eran algo nuevo para la doctrina y los comisarios de gobierno, y en ciertos casos se escondían bajo la remisión a supuestos específicos, como el principio de igualdad ante las leyes y reglamentos, de igualdad de los usuarios del servicio público y de igualdad ante las cargas públicas[15], sólo a mediados de la década de 1940 el Consejo de Estado hizo referencia directa a los principios generales del Derecho en distintos pronunciamientos. Entre ellos merecen citarse como los iniciadores en este materia los *arrêts* "Dame veuve Trompier-Gravier", del 5 de mayo de 1944[16], y muy especialmente "Aramu", del 26 de octubre de 1945[17].

Volviendo al tema, ese derecho francés, forjado en la lucha política, que pretendía negar el acceso de los tribunales en aquellos temas que interesaban a los poderes de turno, necesitó elaborar una doctrina convergente en la manifestación básica de la actuación administrativa que fue el acto administrativo. Hasta se puede decir —el potencial lo uso porque la historia y la experiencia demuestran que siempre se encuentra algo que quiebra alguna columna de una construcción jurídica— que la denominación de esa manifestación tomó referencia en el derecho continental europeo, desde

[14] Tomado de "Jurisprudence Générale. Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine", de Dalloz, París, 1873, págs. 19-20. A continuación de ésta se publica en el repertorio la sentencia *"Blanco"*. Ver asimismo: CHAPUS: *Droit administratif général*, t. I, 14ª ed., Montchrestien, Paris, 2000, págs. 89, § 122.

[15] BURDEAU, F.: ob. cit. pp. 397-398. Los casos son respectivamente *"Roubeau"*, del 9 de mayo de 1913, y *"Chambre syndicale des propriétaires marseillais"*, del 10 de febrero de 1928, y *"Fontan"*, del 5 de mayo de 1922.

[16] LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., y GENEVOIS, G.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10ª ed., Sirey, Paris, 1993, pág. 350. En este caso el Consejo de Estado no se refirió directamente, como en el *arrêt "Aramu"* a la existencia de un principio general del Derecho, pero abrió el camino a éste. Se trataba de la revocación de una autorización otorgada a la viuda de vender periódicos en un quiosco situado en el boulevard Saint-Denis de París, con motivo de una falta cometida por aquélla. Por ello, al no haber sido "invitada a presentar sus medios de defensa", la revocación estaba viciada por exceso de poder (*"entachée d'excès de pouvoir"*).

[17] RIVERO, J. y WALINE, J.: *Droit administratif*, 18ª ed., Dalloz, Paris, 2000, pág. 72, § 72. JEANNEAU, B.: *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administratif*, Sirey, París, 1974, pág. 82. Chapus, ob. cit. y lug. cits. En la misma fecha se dictaron los *arrêts "Mattei, "Belloir", "Tabti"* y *"Champion"*, en los que también se hizo referencia a los principios generales del Derecho, y que trataron cuestiones similares a las debatidas en *"Aramu"*.

el decreto del 16 Fructidor, hasta la obra tan referenciada de Merlin[18], que definió el acto administrativo prosiguiendo con autores contemporáneos que importaron la denominación a sus ordenamientos nacionales[19]. Cuál sería la relevancia que se le asignó al acto administrativo que Otto Mayer llegó a decir que era el acto administrativo "completa la gran idea capital del *Reschsstaat* [el Estado de Derecho; la locución en alemán figura en el texto francés], del Estado sometido al régimen del derecho por la adaptación a la administración de las formas de la justicia"[20]. Con ello —con mayor o menor precisión dogmática en cuanto al paralelo con la sentencia judicial, propio de la doctrina alemana— se ponía el acento de que el acto administrativo constituía un componente inescindible de la legalidad administrativa, constituyendo la última manifestación jerárquica, en grado descendente, del resto del ordenamiento.

III. La principio de legalidad administrativa y sus manifestaciones

Como se aprecia, a partir de dicha expresión de Mayer, el principio no puede entenderse sin su vinculación con los valores del Estado de Derecho, en el que encuentra su cauce (sin perjuicio de advertir que la sujeción a la ley es tan antigua como la humanidad, como también lo es la lucha para que ella tenga vigencia). Es bueno recordar que JACQUES LECLERCQ escribió –con la claridad y profundidad que trascienden sus obras– lo siguiente: "El papel del derecho del hombre en la civilización occidental se manifiesta y refleja como en su punto central en la noción del Estado de Derecho, porque el sentido del Derecho está estrechamente ligado al de la dignidad del hombre, del hombre en cuanto hombre y, por consiguiente, de todo ser humano"[21]. De

[18] *Répertoire universal et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., H. Tarlier, Bruselas, 1827. La primera edición es de 1812 (sólo pude acceder a la 5ª). Allí definía el acto administrativo como "ou un arrêt, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait d'un administrateur, qui a rapport à ses fonctions" (pág. 148). Allí señaló que los actos administrativos daban lugar a cuestiones muy importantes en lo relativo *"à la ligne de démarcation qui, dans tout état bien organisé, doit séparer les pouvoirs de l'administration d'avec ceux des tribunaux*." Como se observa, aunque señala el porqué del acto, la redacción suena un poco exagerada, cuando refiere a "todo estado bien organizado".

[19] En la obra *Principios de derecho administrativo*, t. II, de J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, 2ª ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987, con la puesta al día de J. J. FERNÁNDEZ GARCÍA, se hace expone el origen y evolución de esta institución iusadministrativa en sus pp. 47 y sigs..

[20] MAYER, O.: *Le droit administratif allemand*, trad. fr. del propio autor; V. Girad & E. Brière, París, 1903, pág. 80. Hay una traducción española hecha en nuestro país por H. H. HEREDIA y E. KROTOSCHIN, de dicha edición francesa, publicada por Depalma, 2ª ed., Buenos Aires 1982.

[21] *Filosofía e historia de la civilización*, Guadarrama, Madrid, 1965, pág. 246. Sobre el principio de legalidad y su desarrollo me remito a mi monografía "La «zona de reserva de la Administración» y el principio de la legalidad administrativa", en AAVV: *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 193 y sigs.

donde se extraen dos cuestiones básicas: primero, que el Derecho se sustenta en la dignidad del hombre y, en último término en el Derecho Natural, como derivado de la Ley Eterna; en segundo lugar, el Derecho "marca" los caminos por donde debe desenvolverse la acción estatal[22].

En ese sentido, el derecho administrativo, como derecho público, opone la sujeción al ordenamiento jurídico como forma de afirmar los valores democráticos y los derechos del hombre. Así, el Derecho y la Justicia son "los fundamentos más firmes de los Estados"[23]. Por ello, bien ha dicho el Papa BENEDICTO XVI estas palabras que lo resumen todo: "La justicia es el banco de prueba de una auténtica democracia"[24].

Ahora bien, una de las manifestaciones de la legalidad la constituye, aparte del deber de obrar conforme a la ley (entendida en sentido amplio, no sólo la positiva), sino también el hecho de que a partir de ello se manifiesta la juridicidad del obrar administrativo. Una de las primeras manifestaciones de la actividad administrativa es el acto administrativo, que existe, precisamente, para conformar el modo del obrar estatal, como un camino a recorrer, o, si se quiere también, como el quicio de la legalidad. En relación con esto último, conviene traer el pensamiento de Duguit sobre la entidad del principio de legalidad: "Se puede formular en términos muy simples a saber: no hay un órgano del Estado que pueda adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general dictada con anterioridad. O de otra forma, una decisión individual no puede jamás ser tomada que dentro de los limites determinados por la ley material anterior. Éste es el principio esencialmente protector del individuo, y se puede decir que no hay, que no podría, que no debería recibir excepción alguna. Una sociedad que no lo reconozca, o que, reconociéndolo, le agregue reserva o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de Derecho"[25].

---

[22] "[E]l ejercicio de la autoridad política, así en la comunidad en cuanto tal como en las instituciones representativas debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común –concebido dinámicamente– según el orden jurídico establecido o por establecer." Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, Nº 75

[23] LEÓN XIII, encíclica *Praeclara gratulationis*, Nº 13.

[24] Discurso a las asociaciones cristianas de trabajadores italianos, audiencia del 27/1/2006, *L'Osservatore romano*, del 10/2/2006.

[25] DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Paris, 1930, págs. 732-733. En el derecho público inglés, si bien refiriéndose al *rule of law*, escribió Wade que su primer significado es que todo debe ser hecho de acuerdo a la ley, que aplicado a los poderes del gobierno, requiere que cada autoridad que efectúe un acto que de alguna manera pudiera producir un daño o que infrinja la libertad debe justificar su acción en la ley. Añade que "[e]ste es el principio de legalidad. [...] El segundo significado ... es que el gobierno debe actuar dentro del marco de reglas reconocidas y principios que restringen el poder discrecional." WADE, W. y FORSYTH, C.: *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford, University Press, Oxford, 2000, pág. 20.

Lo que es importante destacar es que hoy en día el principio de la legalidad administrativa ha asumido el significado de necesaria existencia de una disciplina jurídica de la acción administrativa y que se ha transformado en un principio que es una fuente del derecho porque es el título para reconstruir por vía interpretativa, independientemente de la ley, una disciplina jurídica de la actividad administrativa[26].

IV. El acto administrativo y el principio de la legalidad y su reflejo como fuente del derecho administrativo

Por lo que se ha visto hasta ahora, el principio de la legalidad administrativa se erige en una estrella que guía el rumbo jurídico de los poderes públicos en punto a la realización del bien común, en grado tal que se lo ha señalado como fuente del derecho[27]. Tal concepto no viene desacertado si se lo entiende genéricamente, porque la pregunta siguiente que puede surgir a su formulación sería: ¿y cuál es su contenido?

Para algunos autores la legalidad sólo haría referencia a las leyes en sentido formal[28], comprendiendo exclusivamente al orden jurídico positivo; otros han adoptado un criterio amplio que abarca la Constitución, los tratados, la ley, los reglamentos, la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, y, aún más, otros autores, de los que ya hablaremos, incluyeron a los contratos de la Administración y los actos administrativos. Obsérvese que esta visión cada vez más ampliada del principio de legalidad administrativa llevó a que, si bien refiriéndose a los principios generales del procedimiento administrativo, Comadira haya sostenido que uno de ellos es el de juridicidad (sinónimo del de legalidad), cuyo contenido coincide con el expuesto y agrega —en criterio que comparto plenamente— los *precedentes administrativos* en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad[29].

En definitiva, el contenido actual de la vinculación de la Administración a la ley u ordenamiento jurídico, traducida en el principio de legalidad administrativa, muestra que la norma jurídica no es vista como un límite

[26] MARZUOLI, C.: *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1982, p. 11.

[27] MARZUOLI: *Principio* ..., cit. pág. 11.

[28] EISENNMANN, CH.: *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1982, t. I, esp. págs. 462 y sigs. GRAU, A.: voz "Legalidad", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, 1964, págs. 27-30.

[29] "Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo", publicado en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, págs. 74-97, esp. pág. 85. reproducido y actualizado en *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Ver también: la 2ª ed. de la obra, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2003, págs. 123 y sigs. La misma idea aparece en su trabajo "La actividad discrecional de la administración. Justa medida del control judicial", en *Derecho administrativo*, 2ª ed., págs. 493 y sigs., esp. págs. 493-494.

externo de actuación de los poderes públicos, en el sentido que frente a un poder de libre determinación inicial sólo se oponen los límites impuestos por el ordenamiento —doctrina de la *vinculación negativa* de la Administración por la ley—, sino, por el contrario, como una condición o habilitación previa del ordenamiento para la actuación administrativa —doctrina de la *vinculación positiva*[30]—. En definitiva, estos principios jurídicos fueron cristalizados normativamente en la Ley Fundamental alemana de 1949, donde en el art. 20.3 se establece que el Poder Ejecutivo está "sometido" a la ley y al derecho[31]. La cuestión, entonces, está en que, más allá de lo dicho, y que es de suponer que casi todos lo compartimos, resulta posible situar en tal ordenamiento al acto administrativo.

V. La fuerza normativa del acto administrativo y su reflejo como fuente jurídica

Hasta ahora se ha tratado de inserir la doctrina de las fuentes del derecho en el marco de una temática, en su momento, poco proclive a su catalogación en otras disciplinas jurídicas, sin perjuicio, claro está, del acudimiento por vía de integración (en concreto, la analogía) a ellas. A tal fin, se describieron sus orígenes y el significado que adquirió a partir de ellos el principio de la legalidad administrativa, dentro de su contenido, como se describió precedentemente, se citó por algunos autores al acto administrativo como fuente de nuestra disciplina, y, por ende, de la legalidad. Es ciertamente un adelantamiento de nuestra tesis; pero para ser acreditada es necesario pasar por otros estadios necesarios, porque de otro modo se estaría usando una especie de *by-pass* o hipérbole, que podrá ser cómoda, pero científicamente claudicante.

[30] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso* ..., cit. t. I, pág. 438. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 30. SANTAMARÍA PASTOR, ob. cit., pág. 196. Destaco que la idea de que la ley constituye no un límite, sino una condición la había expuesto CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1948, págs. 223 y sigs. También, ver CHEVALLIER, J.: *L'état de droit*, Montchrestien, París, 1992, págs. 31 y sigs. G. ZAGREBELSKY expone que en el modelo alemán Estado liberal de Derecho y de las constituciones de la Restauración, la Administración estaba *delimitada* por la ley, por lo que en ausencia de limitación podía ella elegir libremente sus fines; en cambio, en el modelo parlamentario francés la Administración estaba sujeta a la *predeterminación legal*. El punto de coincidencia fincaba en la denominada "reserva de ley", según la cual en las relaciones entre el Estado y la sociedad excluían la acción independiente de la Administración. *El derecho dúctil*, trad. esp., Trotta, Valladolid, 1997, págs. 27-28. Respecto a las "zonas de reserva" me remito nuevamente a mi trabajo, ya citado, "La «zona de reserva de la Administración» y el principio de la legalidad administrativa".

[31] FORSTHOFF vió a través de esta norma el paso del Estado de Derecho —en el que, según su criterio, "vive y muere con la vinculación absoluta al derecho positivo"— al Estado de Justicia. "Il vincolo alla legge ed al Diritto (art. 20 comma 3 GG)", publicado en *Lo statu di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 19 ., págs. 233 y sigs. Ver también mis monografía "Concepción cristiana del Estado de Derecho", El Derecho, t. 129, pág. 923, y "Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo", en Prudentia iuris, Nº 56, octubre de 1992.

Por ello, si consideramos que el acto administrativo constituye una de las fuentes del derecho administrativo, debe, necesariamente, contener entidad normativa. Es decir, si su fuerza viene, permítaseme la expresión, "de arriba", ya sea por el ordenamiento jurídico positivo superior (la ley) o por los principios y valores que dan razón a éste (el derecho), diríamos que es sólo un producto o subproducto del ordenamiento y nada más. La fuerza normativa no surgiría de él, sino del ordenamiento al que está el acto supraordenado. En cambio, si se decimos que *es* normativo, y por ser tal es una fuente jurídica, aparecerían dos componentes basilares para describir esa nueva configuración: de una parte, se impondría por sí a los administrados, y, por la otra, la propia administración estaría sujeta a él. De esa forma el plano imperativo estaría varía, ello es, se estaría ampliando su visión como una manifestación de la potestad administrativa (que llevó a identificar los términos acto administrativo con *décision exécutoire*[32]), a una fuente normativa para la propia administración que debe sujetarse a sus términos.

Antes de ahora expuse que el acto administrativo y, por extensión, también el contrato administrativo[33] participa del carácter preceptivo propio de toda norma jurídica[34], al imponer, bien sea en forma unilateral por la Administración Pública o bilateral a través del contrato administrativo. Esta visión amplia supera (no en el sentido que es mejor) el criterio que define la norma jurídica administrativa por su nota general y obligatoria, integrada al ordenamiento jurídico. Representante notable del criterio estricto es VILLAR PALASÍ, para quien lo que define a las normas es "su permanencia en el Ordenamiento y

[32] La expresión, propia de HAURIOU, también seguida por RIVERO, entre otros, fue motivo de crítica en la doctrina francesa, no obstante ser utilizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ver sobre el tema: HAURIOU, M.: *Précis de droit administratif et de droit public*, revisada y actualizada por Maurice Hauriou, reedición de la 12ª ed., del año 1933, Dalloz, 2002, págs. 371 y sigs. RIVERO y WALINE: *Droit administratif*, cit., págs. 97 y sigs. Sobre las críticas, ver: DELVOLVÉ, P.: *L'acte administratif*, Sirey, París, 1983, págs. 23 y sigs.

[33] COVIELLO, P. J. J.: "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en CASSAGNE, J. C. y RIVERO YSERN, E.: *La contratación pública*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs. 89 y sigs. Sobre el carácter normativo del acto administrativo ver: LINARES: *Fundamentos*, págs. 204 y sigs., aunque este autor -se recuerda- no admite que el contrato administrativo sea acto administrativo. Sobre el contrato como fuente del ordenamiento jurídico, ver: KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. esp. de la edición francesa, 13ª ed., edit. Eudeba, Buenos Aires, 1975, *passim* y esp. págs. 36 y sigs. GOLDSCHMIDT, W.: *Introducción al Derecho*, 3ª ed., edit. Depalma, Buenos Aires, 1967, págs. 176 y sigs. MONTEJANO, B. (h.) y NOACCO, J. C.: *Estática jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, págs. 10 y sigs. HERVADA, J.: *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1990, pág. 90. Idem: *Introducción crítica al Derecho Natural*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1981, págs. 131 y sigs.

[34] Respecto al carácter normativo del Derecho ver trabajo y citas efectuadas en: COVIELLO, P. J. J.: "El Derecho: norma o realidad moral. A propósito de la tesis de MICHEL VILLEY", publicado en *Prudentia Iuris*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, nº 29-49, Buenos Aires, junio de 1992.

la posibilidad de ser indefinidamente aplicadas. Es decir, que estaremos en presencia de una norma siempre que su contenido no se extinga con su aplicación, así, una innovación del Ordenamiento Jurídico"[35].

Lo que hasta aquí expongo exige formular, primero una aclaración dogmática, y, segundo, un breve excurso. En cuanto a la aclaración, ya algo adelantada algunos párrafos antes, considero que el acto administrativo, por ser manifestación de la actuación estatal en ejercicio de sus potestades administrativas, abarca los actos *unilaterales*, bien sean *individuales*, o *generales*, como los *bilaterales*. Dentro de los primeros, al lado de la típica manifestación del acto administrativo concebido en su aspecto *individual*, se encuentran los actos administrativos generales, sean o no reglamentos (con una terminología que por lo que más abajo expondré, entiendo desacertada, se denominan a los primeros *no normativos* y a los segundos *normativos*), que son los reglamentos de ejecución y los autónomos; de los segundos, el contrato administrativo es la figura paradigmática.

Por lo tanto, descartando que los actos generales o reglamentos se los ha incluido en el concepto de normas y, como tales, fuente del derecho administrativo, *el estudio se ciñe a determinar si el acto unilateral y el contrato administrativos son normas y como tales fuentes jurídicas de la materia*.

* * *

Es necesario, antes de proseguir, volver a un breve excurso iusfilosófico: El Derecho es una realidad, anterior al Estado. Para que pueda existir la relación de la persona con el Estado es necesaria la presencia del *querer*, producto de la voluntad humana. Pero ese querer encuentra su límite —en definitiva la restricción a la libertad en orden al bien común— en la imposición de normas que, en principio, son heterónomas, externas a él. Ellas configuran —genéricamente hablando— el Derecho. Y así como todo conocimiento humano parte de los sentidos, a través de los cuales el hombre aprehende el *ser* de las cosas, descubre también los principios primeros del orden creado, siendo el de causa final uno de ellos y básico en el orden moral. Se configura así una aptitud especial del ser humano que permite que la razón capte aquello que, estando ontológicamente en el orden creado, adquiera intelectivamente carácter de norma que por su especificación conductiva hacia el bien se denomina *norma moral*[36].

[35] VILLAR PALASÍ: *Principios*..., cit., t. I, págs. 227-229.

[36] DERISI, O. N.: *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 1a. ed., Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1941, pág. 268.

La norma moral constituye un vínculo que aparece con carácter obligatorio a la razón porque sólo a través de la sujeción a ella el hombre logra su perfeccionamiento. De tal manera, el cumplimiento de la norma moral y felicidad del hombre se relacionan con un vínculo obligatorio que se funda en la ley natural, en la que se injertarán todas las leyes morales positivas, recibiendo de aquélla su carácter obligatorio[37]. Ahora bien, el Derecho *está en* el orden moral, orden en el que se desarrollan las relaciones humanas, y, justamente, su esfera es la acción humana, su ámbito externo. De allí que tradicionalmente se haya señalado que una de las características de la ley -*lato sensu termino*- es la exterioridad[38].

En otros términos, el Derecho ("*ius*") es "algo" que está en el mundo, algo que es externo a la persona, y que denominamos la "cosa justa" (*res iusta*), que es una realidad. "Eso" que es "lo justo" es aprehendido bajo la forma de *ser* o ente. Tal aprehensión no es neutra, no es una simple *admiración* o *contemplación* de la "cosa justa", sino que por la *sindéresis* la conciencia "mueve" al intelecto en forma preceptiva. Y el "ser" o realidad aprehendida por la inteligencia en virtud del estímulo que lleva en sí, se torna en *deber ser*[39]. Es decir, el *indicativo* ("lo justo" = *ser*) pasa al modo *preceptivo* o *deóntico* ("norma" o "ley" = *deber ser*). Es preciso señalar que aunque lo desarrollado hasta ahora parte de una idea de cariz aristotélico-tomista en punto a las relaciones existentes entre la moral y el Derecho, existen valiosas doctrinas iusfilosóficas que han sostenido la vinculación entre el Derecho y la Moral[40].

---

[37] DERISI: *Los fundamentos...*, cit. pág. 300. "Así, en cualquier campo de la vida personal, familiar, social y política, la moral —que se basa en la verdad y que a través de ella se abre a la auténtica libertad— ofrece un servicio original, insustituible y de enorme valor no sólo para cada persona y para su crecimiento en el bien, sino también para la sociedad y su verdadero desarrollo." JUAN PABLO II: encíclica *Veritatis Splendor*, Nº 101.

[38] GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de C. A- LÉRTORA MENDOZA, EUDEBA, Buenos Aires, 1978, pág. 40.

[39] Sobre la obligatoriedad de la ley natural, J. HERVADA ha dicho: "La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber". *Introducción crítica al Derecho Natural*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1981, pág. 146. Estas consideraciones las desarrollé en la monografía "El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de M. VILLEY", cit., esp. pág. 67. Los términos utilizados son propios de VILLEY en sus distintas obras: "Les origines de la notion de droit subjectif", en *Archives de philosophie du droit*, 1953.1954, págs. 163 y sigs. *Compendio de filosofía del Derecho*, trad. esp., EUNSA, Pamplona, 1979 (t. I) y 1981 (t. II). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Guerci, Buenos Aires, 1978.

[40] "La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral". RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la ed. alemana de 1948, 1a. ed., 1a. reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 56. Ver también: ROBLES, G.: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, edit. Civitas, Madrid, 1992, págs. 184-185. También puede consultarse la obra del destacado pensador Jaime Barylko *El humanismo judío*, Consejo Central de Educación Judía en la Argentina, Buenos Aires, 1981, pág. 97, donde destaca la relación entre la moral y el Derecho y la ordenación a la ley de Dios.

Con lo dicho se aprecia que la idea de Derecho está vinculada a la idea de *norma*. Y así como desde la filosofía que "[e]l concepto de «norma» equivale a regla o medida, y *norma moral* será aquella por la cual discernimos la bondad o malicia de un acto humano"[41], en el campo jurídico —en una idea que también, creo, se comparte en términos generales— "[l]as normas jurídicas son reglas o preceptos que se imponen a la conducta humana en sociedad, y cuya observancia puede ser coactivamente exigida en la mayor parte de los casos"[42] (son muchos los conceptos que se han dado de norma jurídica, pero preferí utilizar uno de ellos, que es con el que coincido).

* * *

Retornando al tema acerca de la raíz normativa del acto administrativo, por lo antes expuesto, la norma jurídica constituye por lo tanto un precepto que por ser tal debe necesariamente cumplirse (una norma que sólo fuera un consejo no sería jurídica), y así, la ley, el reglamento, la sentencia y el acto son normas por ser preceptivos, porque ordenan algo que debe ser cumplido. Por ello es que no participo de la posición del el admirado maestro VILLAR PALASÍ en cuanto niega el carácter de norma al acto, por sostener que el acto "es *algo ordenado* en el sentido de que *aplica* la consecuencia jurídica prevista en una norma", mientras que "[p]or el contrario, las normas *ordenan* al establecer reglas generales que pasan a integrarse en el Ordenamiento Jurídico"[43]. Ello, porque entiendo que, en primer lugar, todo el ordenamiento jurídico es en mayor medida la aplicación de una norma superior, llámese derecho natural, principios generales del derecho, constitución, leyes o reglamentos. Más allá del limitado alcance que le asigno a la presunta "autonomía" de los reglamentos autónomos, ellos están sujetos a la constitución, que la aplican al emitirse, y en mayor o menor medida a las leyes vinculadas. En segundo lugar, porque si bien es cierto que los actos administrativos aplican el ordenamiento y son por ello la última manifestación de éste (es decir, el acto es la conclusión práctica del ordenamiento a lo que se decide), el acto es preceptivo, es norma, y como tal debe cumplirse, *per se*: es lo que se denomina ejecutoriedad del acto.

Por esas razones, el acto administrativo de alcance individual es una norma, o es *normativo* porque constituye un precepto que el administrado debe cumplir —claro está, siempre que el acto sea válido—, de acuerdo a las características del acto respectivo. Mas no sólo eso: el nexo obligatorio *acto-administrado* vale también para el nexo *acto-administración*. El administrado, ciertamente, debe cumplir las obligaciones que le impone el acto. Pensemos en un estudiante que ingresa en una universidad pública; la obligación del estudiante

[41] DERISI: *Fundamentos*..., cit., pág. 268.
[42] MOUCHET y ZORRAQUÍN BECÚ: *Introducción*..., cit. pág. 180.
[43] *Principios*..., cit. pág. 228.

es cumplir con las normas que su situación le impone como consecuencia del acto administrativo de admisión, acto que es la fuente de sus deberes y derechos; pero al mismo tiempo es obligatorio para la propia administración universitaria a quien corresponde cumplir, como consecuencia de haber admitido al estudiante, con lo que le imponen las respectivas leyes y estatutos universitarios. Valga otro ejemplo: si la administración advierte un vicio en el acto, debe anularlo en su sede o ante la Justicia; o si los hechos que llevaron a su dictado se han modificado, o surgieron otros que llevan a la necesidad de su revocación por razones de oportunidad o mérito, también es su deber hacerlo (cada ordenamiento puede prever los alcances de la anulación y de la revocación y también la posibilidad de morigerarlas, como por ejemplo ocurre en los derechos alemán y español). Por supuesto que los hechos determinantes de la revocación deben existir; de lo contrario la revocación sería nula por falta de causa.

En la doctrina extranjera el criterio normativo del acto, y por lo tanto, como fuente del derecho administrativo, fue sostenido en el derecho español por FERNÁNDEZ DE VELAZCO[44] y en el uruguayo por SAYAGUÉS LASO[45] y por PRAT[46]. VEDEL incluyó a los actos administrativos entre las fuentes de la legalidad, en razón de *l'autorité de chose decidée* (equivalente a nuestra "cosa juzgada administrativa"), pero que se manifiesta especialmente en el respeto de los derechos adquiridos, en el principio de la jerarquía formal de los distintos actos administrativos y en el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos[47]. También incluyó a los contratos administrativos[48].

En nuestro país, MARIENHOFF sostuvo el carácter normativo, como fuente del derecho administrativo al acto de alcance individual y al contrato administrativo, en tanto incidan en la esfera de los derechos de terceros[49]. En similar línea, Linares, en una posición más enrolada con su visión egológica de su maestro Cossio, consideró que el acto administrativo es "sólo parte de una norma jurídica completa; es decir, de una norma que incluya la parte que establece la prestación y la parte que establece la sanción. A lo sumo el acto administrativo incluye la primera parte referida. Por ejemplo una orden de

[44] FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R.: *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración* , t. I, 2ª ed., Reus, Madrid, pág. 58.
[45] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de derecho administrativo* , t. I, 4ª ed., Montevideo, 1974, págs. 142-143.
[46] PRAT, J.: *Derecho administrativo*, t. 1, Acali, Montevideo 1977, pág. 224, y t. 2, Acali, Montevideo, 1980, págs. 53 y sigs.
[47] VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P.: *Droit administratif*, 12ª ed., T. 1, PUF, Paris, 1992, págs. 496 y sigs.
[48] Id., págs. 500-501.
[49] MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 325-326.

policía”[50]. En la misma línea se sitúa BARRA quien desde antiguos trabajos[51], encuadró como normativo al acto administrativo, en la inteligencia que si el acto administrativo “es la forma esencial de manifestación de la voluntad de las Administraciones Públicas, es decir, de expresión de sus decisiones, es natural que se le atribuya la naturaleza de norma jurídica, ya que todas la decisiones estatales con efectos sobre terceros poseen aquella naturaleza”[52]. A esa misma idea adherí también en antiguos trabajos[53].

En nuestra jurisprudencia no se encuentran menciones al acto administrativo como fuente. La única destacable es la disidencia del juez LÓPEZ, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Credimax”[54], donde se sostuvo que el principio de legalidad

> ... importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de la legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior —a partir de la Constitución, artículo 31— y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume.

Obsérvese que en esta disidencia se estaría receptando el criterio normativo del acto administrativo, arriba apuntado, y que, por ser tal, integraría el propio ordenamiento jurídico por su carácter obligatorio para la Administración.

Más común, en cambio, ha sido la mención de la Corte Suprema al contrato administrativo como *ley* para las partes. El ligamen que comportan los contratos llevó a que Vélez Sársfield, el redactor de nuestro Código Civil, haya plasmado en el art. 1197 del Código Civil el precepto conforme al cual “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

La Corte Suprema utilizó los citados principios en el precedente de Fallos: 312:84[55], que trataba de una demanda por diferencias que se reclamaban en concepto de reajuste de un certificado final de variaciones de costos, al sostener:

---

[50] LINARES, J. F.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 204 y sigs.
[51] BARRA, R. C.: “Ejecutoriedad del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 1-65, Depalma, Buenos Aires, 1989.
[52] BARRA: *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 643.
[53] COVIELLO, P. J. J.: *La teoría general del contrato administrativo...*, cit.
[54] Causa C.401.XXIV “Credimax S.A.C.I.F.I.A. c. Ferrocarriles Argentinos s. nulidad de resolución”, sentencia del 20/10/94, Fallos: 317:1340.
[55] “Marocco y Cía. S.A.C.I.F.I.C.A. c. Dirección Nacional de Vialidad s. ordinario”, sentencia del 9/2/89.

> ... la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, no puede *justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil*, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y manos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria.
>
> Si así no fuera, la noción misma de contrato quedaría desvirtuada.
> (El énfasis me pertenece).

Aparece así en dicha doctrina de nuestro máximo Tribunal la idea de la fuerza obligatoria, por ser fuente jurídica, del contrato administrativo. Son muchos los casos en los que nuestro Alto tribunal hizo uso reiterado del principio de que el contrato es una ley para las partes y del principio de legalidad aplicable a los contratos administrativos, que, para no extender el trabajo presente, obviaré su tratamiento[56].

Hay otra demostración del alcance de los actos administrativos como fuente de las obligaciones administrativas. Por una parte, la *doctrina del precedente administrativo* muestra a las claras la fuerza obligatoria de las decisiones anteriores de la administración, como, receptando la teoría de JULIO COMADIRA, sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación[57]. El otro ejemplo típico es la *doctrina de las autolimitaciones administrativas*, que, manifestadas entre otros casos a través del dictado de actos individuales, muestra una de las fuentes de las obligaciones administrativas[58]. Un ejemplo de tal fuerza normativa es la *doctrina de los propios actos*, toda vez que las decisiones administrativas que, manifestadas a través de actos administrativos, se erigen en fuente de las obligaciones que, por imperio de los principios generales, le pueden ser impuestas, siempre que, lógicamente, no esté en juego la juridicidad de los actos involucrados.

VI. A modo de conclusión

Volviendo al inicio, si toda la estructura fundamental del derecho administrativo se forjó primeramente, y por necesidades políticas, que

[56] Me remito a mi trabajo *La teoría general del contrato administrativo...*, cit.

[57] Dictamen Nº 88/04, publicado en la *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Nº 41, págs. 250 y sigs.

[58] El trabajo de C. M. GRECCO constituye una lectura insoslayable: "Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública", en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 14, págs. 317 y sigs.

luego se tornaron jurídicas, en base a la figura del acto administrativo, como divisorio de las competencias judiciales y administrativas, no cabe duda que con la evolución de las instituciones y de las concepciones, se ha tornado en el sello de la juridicidad o legalidad estatal en el ejercicio de la función ejecutiva. El acto administrativo, por esos motivos, debe tener su máxima expresión, que se manifiesta en sus distintos elementos constitutivos, sean esenciales o accidentales. Allí se plasma la regularidad de la actuación estatal en el marco de sus actividades regladas o discrecionales (todo acto administrativo se dicta en ejercicio de potestades que no son ni totalmente regladas ni totalmente discrecionales).

Esa típica manifestación de la actividad administrativa estatal no es la única, puesto que con el nuevo estado de cosas surgido luego de la Revolución Francesa las otras actividades que cumplía el estado tomaron nueva forma, como por ejemplo los contratos administrativos, el servicio público, la organización administrativa, la responsabilidad administrativa o el "contencioso administrativo". Mas lo cierto es que con la configuración del acto pudo situarse en esos albores, la competencia administrativa, que, a su vez, dio vida al resto de instituciones basilares, como el reglamento y el contrato. Y, precisamente, para ser válido, debía presentar los elementos que hacían a su legalidad, caso contrario estaría tachado de nulidad. De allí que haya aparecido como la expresión de la legalidad, por lo que en principio se lo presuponía válido.

Por dicha presunción de validez, el acto debía cumplirse, de donde le venía su fuerza ejecutoria. Si esto era de tal modo, aparece como una fuente jurídica de las obligaciones del administrado, y asimismo de los derechos que él puede invocar frente al estado. Lo que significa que se erige también en una fuente jurídica de las obligaciones estatales. Todo acto administrativo, como dije antes, siempre es bilateral en sus efectos.

Con este aporte, pretendí, bien que defectuosamente, tratar de demostrar que el acto administrativo no es sólo el resultado final de la juridicidad administrativa, sino que es fuente de ella y en el que la legalidad tiene su máxima expresión, no sólo para presumir su validez, sino, y es lo más importante, para permitir el control judicial de los actos de los poderes públicos.

ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE JURIDICIDAD EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Miriam Mabel Ivanega

I. La presunción de juridicidad

Son caracteres del acto administrativo, "el conjunto de rasgos o notas específicas que concurren para distinguirlo del acto jurídico privado"[1]. Atañen a la operatividad del acto administrativo, al vincularse con su validez, ejecución y efectos[2]. Ello son: la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad, la estabilidad y la impugnabilidad.

La presunción de legitimidad y la impugnabilidad tienen categoría de regla general, mientras que la ejecutoriedad y la estabilidad son de carácter contingente, es decir pueden o no acompañar al acto[3].

Nos detendremos en la presunción de legitimidad o juridicidad, noción que supone que el acto fue dictado con arreglo a las normas jurídicas que condicionaron su emisión[4]. Es decir se presume conforme a derecho, mientras no se declare lo contrario por un órgano competente[5].

Significa "considerarlo válido a partir de su nacimiento y hasta tanto haya sido declarado judicialmente su ilegitimidad" por eso quien no quiera verse obligado a respetarlo, "deberá plantear formalmente la impugnación y probar el vicio que alega"[6].

Siguiendo la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "el acto administrativo se presume legítimo por ser un acto de autoridad o de poder, en consecuencia, se presume dictado conforme a Derecho"; esta particularidad no surge porque participe de la superioridad autoridad y jerarquía de la ley (porque la ley podrá justa o injusta pero siempre se presume legítima), "sino porque es dictado por la Administración"[7].

[1] COMADIRA, J. R.: *El acto administrativo*, la Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 137.
[2] HUTCHINSON T.: *Régimen de procedimientos administrativos*, ASTREA, Buenos Aires, 2003, pág. 113.
[3] HUTCHINSON: *Régimen de procedimientos*..., pág. 113.
[4] COMADIRA: *El acto*..., pág. 137.
[5] HUTCHINSON: *Régimen de procedimientos*..., pág. 113.
[6] MAIRAL, H.: *El control judicial de la Administración Pública*, V.II, Buenos Aires, 1984, pág. 774.
[7] GRECCO, C. M. y MUÑOZ, G. A.: "Lecciones de derecho administrativo" en *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 64.

Los profesores GUILLERMO MUÑOZ y CARLOS GRECCO han entendido que ella "tiene profundas connotaciones políticas y que sirve como artificio para imponer la fuerza de la Administración para autotutelar su accionar"[8].

En ese sentido, se sostiene que esta presunción, al encarar una dosis de "autoritarismo", lleva a ubicar "al sujeto emisor del acto en una situación de superioridad respecto de los sujetos destinatarios", de ahí que se discuta si los particulares puedan dictar actos que gocen de un atributo que, en principio, "es propio de algunos actos estatales en general, y de las relaciones de *autoridad* en particular"[9].

En consecuencia, la Administración debe probar con anticipación que sus actos son legítimos, por eso hay una igualación provisional de los actos legítimos con los que luego de presumirse legítimos se declaran válidos[10].

En cuanto a su fundamento, al tradicional enfoque de los actos del príncipe, se añade otra razón histórica: la técnica de las equiparaciones, a partir de la cual se entendía que el acto del príncipe se presumía válido por la equiparación del mismo con el juez o con el pontífice[11].

HUTCHINSON refiere a dos razones que justifican esta presunción: una de orden sustancial, y otra de orden formal.

Por el primero, "para algunos, la presunción de legitimidad de los actos administrativos radica en la presunción de validez que acompaña a todos los actos *estatales*". Toda ley se considera constitucional, toda sentencia, válida y todo acto administrativo se presume legítimo; y ello es así "porque tanto la ley, como la sentencia o el acto constituyen una expresión del poder soberano del Estado". Respecto a la otra razón, alude a que existen causas que parten de las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, "lo que está establecido en las diferentes normas administrativas que regulan la competencia, en cuanto se refieren al origen de la actividad administrativa, que, a la postre, va a resultar manifestada en un acto administrativo, que también regulan la preparación de la actividad administrativa, y algunos ordenamientos incluyen en ella, entras medidas preliminares a la emisión del acto, el dictamen jurídico y a su vez, determinan la parte decisoria del acto (debe resolver todas las cuestiones planteadas, etc.)"[12].

[8] GRECCO y MUÑOZ: *Lecciones...*, pág. 65.
[9] LISA, F.: "La presunción de legitimidad de los "actos administrativos" emanados de los particulares" en *Cuestiones de acto administrativo y Reglamento*, RAP, Buenos Aires, 2009, en prensa.
[10] HUTCHINSON, T.: *Régimen....*, pág. 115.
[11] GRECCO y MUÑOZ: *Lecciones...*, cit., pág. 65.
[12] HUTCHINSON: *Régimen...*, pág. 114.

Por su parte MAIRAL, señala que el criterio que pretende encontrar las razones en la simetría con los demás actos emanados del Estado, no resulta convincente pues la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub-legal) y además está sujeta a la revisión del juez a instancia del particular que cuestiona la validez[13].

A este argumento, COMADIRA opone que la objeción ha sido contestada a partir de que la subordinación del actuar administrativo a la ley; pues la actividad administrativa debe ser sublegal: "la presunción incorpora como elementos constitutivo el adecuado cumplimiento de la ley". Por eso no importa equiparar jerárquicamente la norma legal y el acto administrativo sino afirmar que éste "cumple con el ordenamiento, al cual integra generalmente la ley". Tampoco enerva el carácter analizado, la revisión judicial de los actos, pues no se discute que la presunción pueda ser desvirtuada ante un tribunal. Además, con ese argumento, también las leyes carecerían de presunción de constitucionalidad[14].

CASSAGNE por ejemplo, advierte que se trata de un principio necesario para el desarrollo de las actividades estatales, pues de lo contrario la Administración vería trabado en forma permanente el ejercicio de sus funciones y por ende el cumplimiento de sus fines. Es decir que la causa esencial es la no obstaculización de los fines públicos, evitando que se anteponga el interés individual al interés público o bien común[15].

La importancia que se otorga al fundamento de la presunción de legitimidad repercute respecto del alcance que se le reconocerá, pues si se acepta el mero carácter estatal del acto, como base del privilegio, será dificultoso hallar un límite; pero al contrario si se funda en razones de conveniencia práctica, permite restringir el privilegio a los casos en que tal conveniente lo exige"[16].

Como bien señala FEDERICO LISA, en sus orígenes y en su justificación actual, "la presunción de legitimidad aparece anudada –incluso en su explicación formal– al modo típico en que actúan los órganos del Estado"[17].

No puede soslayarse la crítica a la necesidad de mantener esta presunción. En ese sentido, HUTCHINSON indica que la Administración siempre tiene la potestad de crear, modificar y extinguir unilateralmente situaciones jurídicas (autotutela declarativa) la que a veces se acompaña, conforme lo disponga la

[13] MAIRAL: *Control judicial...*, págs. 774-775.
[14] COMADIRA: *El acto..*, pág. 138.
[15] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, T.II,, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2000, pág. 321.
[16] MAIRAL, H.: *Control judicial...*,pág. 776.
[17] LISA: *La presunción de legitimidad...*, op.cit.

ley o la naturaleza del acto, de la autotutela ejecutoria (potestad de ejecutar de oficio sus propios actos).

Como resultado de la primera los actos administrativos se presumen legítimos, sino que son válidos –aunque no sean legítimos– mientras un órgano competente no declare su invalidez. Por eso, a consideración de dicho autor, "sea hora de no acudir al argumento de presunción de legitimidad, pues con la autotutela declarativa ella no le hace falta a la Administración para que el acto sea obligatorio y exigible. De esa forma puede desecharse esa falsa deidad, que confunde (pues habla de legitimidad y no de validez) por innecesaria[18].

II. El régimen legal

El Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que comprende a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables; pero excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea nulos. El artículo 1046 expresa: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.", y el artículo 1038": "Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada."

Hasta 1972, no existía norma de derecho administrativo que fijara para los actos administrativos una presunción similar; de esta forma aplicando por analogía la norma civil, se entendía que los actos administrativos anulables se presumían legítimos o válidos, no así los nulos.

GORDILLO señala que a ese argumento normativo civilista, cabía agregar otro de naturaleza lógica: si un acto tenía un vicio que no era manifiesto o aparente, podía considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta que una autoridad competente resolviera lo contrario) legítimo; pero si, en cambio, el vicio era claro y evidente, no podía presumirse que el acto era —a pesar del vicio manifiesto— válido, pues "ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir 'el sol brilla, pero presumo que no brilla'. En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera, pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta".

Ahora bien, en 1972 el decreto-ley 19.549 –en adelante LPA– en su artículo 12 regulo esta presunción, aún cuando nada dice respecto qué actos carecen de ella.

[18] HUTCHINSON: *Régimen...*, pág. 115.

Establece la norma:

> El acto administrativo goza de presunción de legitimidad, su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial– e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa lo contrario. Sin embargo, la Administración, podrá de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Se trata de una presunción legal relativa, provisional, transitoria, calificada "iuris tantum". Es por ende, hipotético, que puede invertirse acreditando que el acto tiene ilegitimidad[19].

El debate se presenta respecto de los actos nulos y si carecen de presunción de legitimidad, en todos los casos o solamente cuando el vicio que lo afecta es grave y manifiesto. Si se sigue esta línea de pensamiento, los actos que gozan de esta presunción serían: los legítimos; los ilegítimos anulables de nulidad relativa y los actos nulos de nulidad absoluta, que no tenga un vicio manifiesto. De lo contrario, todos los actos con nulidad absoluta quedarían excluidos, con independencia de que ésta fuera manifiesta o no.

Sin perjuicio de ver algunos supuestos particulares, cabe señalar que para GORDILLO en la interpretación del artículo 12, no puede prescindirse de las fuentes utilizadas para redactar los artículos 17[20] y 18[21] de la LPA (proyectos de su autoría y de JUAN FRANCISCO LINARES) en las que se entendía que sólo los actos administrativos válido y anulable –actos regulares– tenían presunción de legitimidad, no así el acto nulo, que es el denominado irregular[22].

---

[19] HUTCHINSON: *Régimen*...., pág. 114.

[20] Artículo 17: El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

[21] Artículo 18: El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

[22] GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, V-4 y sigs.

Por ende, considerar que el acto irregular pueda presumírselo legítimo, atenta contra la armonía del sistema. Asimismo, si el artículo 17 destaca la obligación de la Administración de revocar el acto nulo, por razones de ilegitimidad –no extensiva al acto anulable, que puede ser saneado– no resultaría tampoco coherente ni armónico interpretar que a pesar de ello puede presumirlo legítimo.

> La presunción de legitimidad es así una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, la que se basa en la posibilidad de que el acto sea finalmente saneado, con lo cual su cumplimiento previo, derivado de la presunción de legitimidad que se le asigna, queda cohonestado. No habrá de ocurrir lo mismo, entonces, con el acto irregular o nulo. En cambio, en el caso del acto nulo no sería posible llegar a la misma idea, precisamente porque es un acto insanablemente viciado y entonces no tiene sentido jurídico ni práctico cumplir o exigir el cumplimiento de un acto que deberá finalmente ser extinguido por razones de ilegitimidad[23].

COMADIRA por su parte, entiende que frente al carácter no manifiesto del vicio, el acto debe presumirse legítimo, obligatorio y ejecutorio, mientras no sea fundadamente impugnado por el particular afectado. Deducida ésta, la presunción cae y la Administración debe, o anular el acto, o declararlo nulo, suspender sus efectos y ordenar la ejecución judicial de la nulidad, sin perjuicio del debido proceso que corresponda sustanciar respecto de quienes puedan verse afectado por la extinción del acto[24].

La diferencia con el acto de nulidad manifiesta, radica en el momento a partir del cual el acto ilegítimo carece de la presunción; en ésta desde su propio nacimiento; en el caso de vicios no manifiesto, desde que se impugna.

III. El reconocimiento de la presunción de legitimidad por la jurisprudencia

Con anterioridad a la vigencia de la LPA, el conocido caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Ganadera Los Lagos S.A."[25] de 1941, dio lugar a diversos enfoques. Para una destacada doctrina, este fallo fijó el criterio de que el fundamento de la presunción de legitimidad es propio de la presunción general de validez de los actos estatales. De esta forma, se adoptaba un criterio distinto al Código Civil y se presumían legítimos aún los actos con vicios manifiestos[26].

[23] GORDILLO: *Tratado...*, V-20.
[24] COMADIRA: *El acto..*, págs. 197-198.
[25] C.S.J.N. Fallos 190:142 (1941).
[26] BIELSA, R.: *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, 1955, 5ta. edición., pág. 116; DIEZ, M. M.: *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 298, FIORINI, B.: *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969; CASSAGNE: *Derecho*, op.cit.,

Cont.

Vigente la LPA, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación fue marcando un camino más o menos uniforme en cuanto al alcance de la presunción, aunque la reforma constitucional de 1994 y la causa "Mill de Pereyra" dieron lugar a una nueva interpretación.

De las tradicionales decisiones judiciales, surgieron las siguientes consecuencias[27]:

1. Esta presunción es propia de los actos emanados de los "poderes públicos"[28]; un atributo del que gozan los actos "gubernamentales"[29].

2. No es necesario que la justicia declare la legitimidad de los actos administrativos[30].

3. Es improcedente la revisión judicial de oficio[31].

4. Es necesario que el particular alegue y pruebe la nulidad del acto, salvo que sea afectado de un vicio grave y manifiesto[32].

5. El acto debe ser acatado por los particulares[33].

La doctrina agregó otros alcances[34]:

– Al particular le alcanzará invocar el acto que lo favorece y si la Administración impugna su validez debe probar el vicio que alega.

– Si la Administración acciona judicialmente para obtener la nulidad del acto (acción de lesividad) ella deberá soportar la carga de la prueba de la ilegitimidad.

COMADIRA: *El acto...*, pág. 138. GORDILLO recuerdo que el Código Civil establece para los actos privados una presunción de validez que alcanza a los actos de vicios no manifiestos, o sea anulables. Pero expresamente excluye a los actos de vicios manifiestos, o sea nulos. Así el artículo 1046 establece: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase." GORDILLO, A.: *Tratado...*, V-8 y sigs.

[27] COMADIRA: *El acto...* Págs.137 y sigs., MAIRAL: *Control judicial...*, págs. 776-777.

[28] "Arbumasa S.A. c/ Chubut, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad", del 25 de septiembre de 2007 (del voto del juez Lorenzetti). Fallos 319:1317; 271:20.

[29] "Lipara", Fallos 250:36.

[30] CSJN Fallos 190:142, 250: 36; 317:1773.

[31] CSJN Fallos 190:142; 306:303.

[32] CSJN Fallos 310:234.

[33] CSJN Fallos 302:1503.

[34] MAIRAL: *Control judicial....*, págs. 776-777.

– Los demás entes administrativos deben acatar el acto. En el caso que lo impugnen en aquellas situaciones que lo puedan hacer tendrán la carga de probar la ilegitimidad.

A. La prueba del vicio y la nulidad manifiesta

Como consecuencia de la presunción, el particular interesado debe plantear y probar la invalidez.

Doctrina autorizada entiende que este criterio rígido, debe matizarse y congeniarse el principio clásico probatorio sus cargas con el postulado de las pruebas dinámicas, es decir que debe hacerlo la parte que se encuentra en mejores condiciones para ello. De esta forma, el particular damnificado en función de los principios de legitimidad y de pruebas dinámicas en el proceso judicial debe impugnar y alegar, pero no necesariamente probar el vicio cuando el Estado se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, por ejemplo en razón de expedientes u otros elementos que tuviese en su poder[35].

Ahora bien, se ha discutido si la presunción de legitimidad rige respecto de un acto afectado por nulidad manifiesta, en caso de aceptarse esta categoría en el sistema argentino. Desconocer la existencia de ese tipo de nulidad, sobre la base de la presunción de legitimidad "implica un razonamiento circular", pues se trata de decidir si ante la presencia de un vicio patente –cuya demostración requiere que se yuxtaponga el acto con la norma aplicable– el acto se presume legítimo. "Si la respuesta es afirmativa podrá decirse que no hay nulidades manifiestas"[36].

Si el particular se defiende en un juicio instado por la Administración, alegando la nulidad de un acto, esa alegación es suficiente si el vicio surge de la mera comparación del acto con la norma que le sirve de base. Siempre deberá alegarla, pues lo manifiesto no remueve el impedimento de la declaración judicial de oficio[37].

Si bien, como adelantamos, esta categoría de invalidez no está recogida expresamente en la LPA, se reconoce su existencia porque ella reposa en el carácter ostensible, notorio y evidente del vicio que afecta la validez del acto. Por ello, el criterio de la Corte Suprema en el mencionado fallo "Los Lagos" en el sentido de que la presunción de legitimidad torna siempre necesario una investigación de hecho para determinar su nulidad, es una generalización inadecuada[38].

[35] BALBÍN, C.: *Curso de derecho administrativo*, La Ley, T. II, Buenos Aires, 2008, págs. 61-62.
[36] MAIRAL: *Control judicial...*, pág. 777.
[37] MAIRAL: *Control judicial...*,pág. 777.
[38] COMADIRA: *El acto...*, pág. 85, con cita de MARIENHOFF, M. S. en nota 323.

La nulidad manifiesta, tiene una función eminentemente procesal al desencadenar medios especiales y sumarísimos de protección jurisdiccional, por ejemplo el amparo y las medidas cautelares. En aquellas, no se pone el acento en la gravedad del vicio, sino en la visibilidad externa del defecto que debe surgir patente y notorio, sin que resulte necesaria una investigación de hecho que determine su presencia[39].

En ese sentido, COMADIRA ha distinguido el acto nulo, de nulidad absoluta, del acto que porta una invalidez manifiesta, pues el fundamento de ambos es diferente: el primero se basa en la gravedad del vicio que afecta los elementos esenciales, mientras que el segundo proviene del carácter notorio u ostensible del vicio[40].

En un fallo del año 1975, la Corte admitió este tipo de nulidad. Es el caso "Pustelnik"[41] en el cual expresamente sostuvo que la "presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta."(Considerando 2°) Y reconoce que "la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto algunos, constituye un concepto general del orden jurídico" (Considerando 4°).

El Tribunal sostiene que una de las "categorías de la invalidez de los administrativos es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene"[42].

En el tema ha tenido incidencia directa, la reforma constitucional de 1994 que incorporó a la Constitución Nacional, en el artículo 43, la acción de amparo:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, *con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

[39] CASSAGNE: *Sobre el sistema de invalidez...*, pág. 970.
[40] COMADIRA: *El acto...*op.cit.
[41] C.S.J.N. Fallos 293:133.
[42] Agrega la Corte que "regular" no es sinónimo de válido, por cuanto un acto inválido puede ser regular si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial lo anule; o sea, el acto "regular" puede ser tanto válido como anulable, el acto irregular es siempre nulo.

> En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...
> (el remarcado nos pertenece).

Por lo tanto, la nulidad manifiesta del acto administrativo ya tiene sustento constitucional. CASSAGNE remarca que juega en un plano más amplio que la nulidad absoluta, pero también más acotado, al limitarse a los actos que sean lesivos de derechos y garantías constitucionales, siempre que la lesión se lleve a cabo con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, lo que despoja al acto de presunción de legitimidad[43].

En síntesis, este carácter del acto cede frente al vicio manifiesto, pues la presunción es una ficción legal, que puede ser desvirtuada por las circunstancias del caso[44].

B. La presunción de legitimidad, el vicio manifiesto y la posibilidad de desobedecer el acto

¿Puede el particular afectado por un acto administrativo nulo, desobedecerlo sin hacer caer previamente la presunción de legitimidad?.

Este es el supuesto del caso "Barraco Aguirre"[45], fallo del Máximo Tribunal del año 1980.

El actor no acreditó que el acto que lo afectó, fuera groseramente vejatorio de sus derechos, expresando que dicha resolución no aparece ostensiblemente desprovista de fundamentos dadas las particularidades del caso, por lo que "el acto administrativo bajo examen no carecía de presunción de legitimidad y, por tanto, el Dr. BARRACO AGUIRRE, debió acatarlo y prestar los servicios respectivos, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho" (Considerando 7).

A *contrario sensu*, de aparecer en forma patente y ostensible el vicio el particular puede desobedecerlo válidamente. Ello implica que pueda incumplirlo "por su cuenta y riesgo", de forma tal que si se resuelve –administrativa o judicialmente– que la decisión incumplida adolecía de un vicio grave y manifiesto, no se le debe también castigar por ello. Pero a la inversa, si no se acredita la existencia de un vicio de esa índole, el particular será objeto de las sanciones que correspondan[46].

[43] CASSAGNE, J. C.: *Sobre el sistema*..., pág. 970.
[44] BALBÍN, C.: *Curso*...., págs. 62-63.
[45] C.S.J.N. Fallos 302:1503.
[46] COMADIRA: *El acto*..., pág. 141.

Según lo indicamos en párrafos anteriores, ha de diferenciarse según estemos frente a un acto nulo con un vicio manifiesto o no. Comadira indica que estos actos carecen de dicha presunción, pero a partir de diversos momentos, lo que se refleja en consecuencias distintas para los administrados. En el caso de nulidades manifiestas, el particular puede desobedecer válidamente el acto sin necesidad de deducir impugnación alguna; en el supuesto de nulidades no manifiestas, una vez interpuesta la impugnación fundada en la ilegitimidad recién podrá no cumplirla, caso contrario el acto continúa presumiéndose legítimo[47].

C. La presunción de validez y la anulación judicial de oficio

El principio general es que juez no puede declarar la invalidez del acto de oficio, sin pedido de parte. Debe hacerlo ante la solicitud puntual del interesado en el marco de un proceso judicial.

Este criterio no surge del régimen legal, sino de la jurisprudencia[48] y la doctrina ya citada.

Se entiende que el fundamento de la inhibición del Poder Judicial para controlar de oficio la invalidez, no radica en la apariencia de legitimidad del acto, pues la declaración de oficio sólo indica a instancias de quién procede declarar esa nulidad. Así, el real sustento para la anulación judicial inoficiosa de los actos administrativos, es el principio de división de poderes. "Fuera de este fundamento, el actuar oficioso del Juez se debería aceptar al menos cuando la invalidez fuera absoluta y relativa". En definitiva, el citado principio no debe ser invocado para enervar la potestad judicial de invalidar el acto, aún sin petición de parte cuando la ilegitimidad sea grave y manifiesta. "*Iura novit curia*", el derecho lo conoce el juez y su aplicación no puede quedar sujeta a la estrategia o diligencia procesal de las partes[49].

ALBERTO BIANCHI, señala que existen cuatro período en torno al ejercicio del control de constitucionalidad de oficio o a pedido de parte: a) desde la instalación de la Corte hasta 1941; b) desde 1942 hasta 1984; c) desde 1984 hasta 2001 y d) desde 2001[50].

En la primera etapa, la Corte sin elaborar un criterio expreso, en ciertos fallos marcó una tendencia a favorecer el control de oficio. Sin reglas explícitas en

[47] COMADIRA: *El acto...*, pág. 198.
[48] C.S.J.N. Fallos 190:142; 301:292; 306:303; 311:2385.
[49] COMADIRA: *El acto...*, págs. 78-79.
[50] BIANCHI, A.: *Control de constitucionalidad*, T. 1, Ábaco, 2da. Edición, Buenos Aires, 2002, pág. 321.

casos como "Caffarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe"[51] se admitió que está en la esencia del orden constitucional que los Tribunales tengan la obligación de anteponer en sus resoluciones los preceptos constitucionales. Criterio que en "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo"[52] se confirma pues la Corte ejerció su control de constitucionalidad no obstante que la demandada lo había solicitado formalmente[53].

En el segundo período el caso "Ganadera Los Lagos" impuso en forma rígida la exigencia del control a pedido de parte, lo que se reitera ininterrumpidamente en numerosos fallos.

Desde 1984 al 2001 sin haberse modificado es enfoque, en el seno del Tribunal se desarrolla una tendencia minoritaria que accede al control de oficio. Esto se comprueba en los votos de los jueces Fayt y Belluscio en las causas "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario"[54] y "Osvaldo Peyrú"[55]. Indica BIANCHI que a esta posición en minoría se le suma el juez Boggiano en las disidencias de los casos "Banco Buenos Aires Building Society s/ Quiebra"[56] y "Ricci c/ Autolatina Argentina S.A"[57].

En el año 2001, el citado fallo "Mill de Pereyra"[58] marca una clara evolución en la cuestión planteada.

El actor y otros magistrados del Poder Judicial de la provincia de Corrientes, inician una acción contencioso-administrativa con el fin de obtener el reconocimiento de diferencias salariales, dada la incidencia de la inflación sobre sus remuneraciones; lo que significaba la violación a la garantía de intangibilidad. El Superior Tribunal de Justicia de aquella provincia, hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley nacional de convertibilidad 23.928 y de la ley correntina de consolidación de deudas, normas que habían vedado la actualización monetaria a partir del 1ro. de abril de 1991. Contra dicha decisión, la Provincia interpuso recurso extraordinario en base a varios fundamentos, entre éstos el vinculado con la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las citadas normas, por parte de dicho Tribunal judicial, lo que no había sido peticionado por la actora.

[51] C.S.J.N. Fallos 10:247.
[52] C.S.J.N. Fallos 33:162.
[53] BIANCHI: *Control...*, pág. 323.
[54] C.S.J.N. Fallos 306:303.
[55] C.S.J.N. Fallos 310:1401.
[56] C.S.J.N. Fallos 321:993.
[57] C.S.J.N. Fallos 321: 1058.
[58] C.S.J.N. Fallos 324:3219.

La Corte de Justicia nacional, expone claramente varios argumentos favorables al control de constitucionalidad de oficio, son: que ella no agravia la división de poderes, que no atenta contra el derecho de defensa y que no contradice el principio de validez de los actos estatales.

Sin embargo, cabe puntualizar que el voto mayoritario de seis jueces, tiene ciertos matices, pues cuatro de ellos afirman sin condicionamiento que el control puede se efectuado de oficio por los jueces, y dos que ello es posible si no existió un caso de violación de defensa en juicio, con una exigencia mínima: "el debate de la cuestión en la instancia extraordinaria federal"[59].

En cuanto al tema de la presunción de validez de los actos dos de los magistrados –que reconocen su antecedente en sus disidencias en un fallo del año de 1984[60]– sostienen que ese carácter no se opone a la declaración de oficio, pues al ser una mera presunción, cede cuando se contrarían normas de jerarquía superior.

Con base también en el carácter "iuris tantum", se entendió que en un sistema de control de constitucionalidad difuso, la presunción cae ante la comprobación y declaración de validez de las normas por el Poder Judicial. Reafirmando ello, la presunción "existe cuando el control de constitucionalidad resulta habilitado por una petición de parte, sin que en tal caso su presencia forme óbice insalvable alguno para la procedencia del planteo"

En definitiva, esta decisión ha modificado el criterio tradicional de la Corte, en cuanto al control de constitucionalidad de oficio. Este control es una atribución que hace a la esencia de la función judicial, como manifestación de una de las funciones estatales; así "el principio de juridicidad, piedra basal del Estado de Derecho, es el fundamento primero de la obligación estatal de declarar la ilegitimidad de las normas que, en el desempeño de sus funciones, necesariamente debe aplicar"[61].

De esta forma, el juez no tiene otra opción que examinar la constitucionalidad de la norma legal, confrontándola con el derecho vigente y declarar si aquella agravia o no el orden jurídico.

En ese sentido, se considera inadecuado sostener que cuando el juez declara de oficio la inconstitucionalidad de la ley no aplica la legislación vigente. No está en juego la presunción de validez de los actos estatales, porque sería absurdo

[59] BIANCHI: *Control...*, pág. 343.
[60] C.S.J.N. Fallos 306:303 (Magistrados Fayt y Belluscio).
[61] COMADIRA, J. R. y CANDA, F.: "¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas?", *ED-DA*- T. 2001-2002, págs. 181-194.

que en base a ese fundamento, se admitiera la vigencia, para un caso, de una norma contraria a la Constitución. "La presunción cae desde el momento mismo que la autoridad judicial detecta su desarreglo con el orden jurídico y lo declara"[62].

En el año 2004, la Corte volvió a reiterar su enfoque puntualizando que si bien los tribunales judiciales no puede efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto –fuera de una causa concreta– ello no implica la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues "como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntado en el antiguo adagio "*iura novit curia*"– incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art.31 de la Carta Magna) aplicando, el caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303, considerando 4°, del voto de los jueces Fayt y Belluscio)"[63]

IV. Breve referencia a los actos emanados de entes públicos no estatales y de entes privados y la presunción de juridicidad

Hemos tenido oportunidad de plantear las dudas, entorno a sí los actos de sujetos que no forman parte de la Administración Pública, poseen similar presunción a los que emanan de los órganos administrativos[64].

No es esta la oportunidad para profundizar las implicancias que, una respuesta afirmativa, puede tener sobre los particulares afectados por dichos actos. En primer término, recordemos que no toda la doctrina acepta, por ejemplo, la existencia de la categoría de "entes no estatales", en segundo lugar porque admitiendolos tampoco se coincide con el criterio de si dictan o no actos administrativos[65].

Incluso, existen opiniones doctrinarias que aceptan que personas no estatales dicten actos administrativos, pero les niegan que tengan los caracteres propios de los actos administrativos,[66] o hacen variar tales atributos.[67]

[62] COMADIRA y CANDA: *¿Control de…*, pág. 194.
[63] C.S.J.N. Fallos 327: 3117.
[64] IVANEGA, M. M.: "Actos administrativos de entes públicos no estatales", en *Acto administrativo y Reglamento*, A.A.V.A., Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 415.
[65] IVANEGA: *Actos administrativos*...op.cit., págs. 404-406.
[66] REJTMAN FARAH, M.: *Impugnación Judicial de Actos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 37).
[67] GORDILLO: *Tratado…*, cit., Tomo 3, pág. I-29. GORDILLO considera que, "por cierto, tampoco habrá que cometer el error inverso de sentar con mucha largueza la existencia de actos

Cont.

En ese sentido, se ha sostenido que el conflicto nace desde la noción misma del acto y de sus caracteres, pues si éstos son el conjunto de rasgos y notas específicas que concurren para distinguirlo del acto jurídico privado –es decir, son propios de su naturaleza– no puede concebirse un acto válido que carezca de ellos[68].

Por lo tanto, de adoptarse el criterio de que los particulares sí pueden dictar actos administrativos, éstos deben reunir sus elementos y caracteres, "pues es inadmisible aceptar la existencia de actos administrativos *a medias* o incompletos"[69].

Un caso particular es el de los actos dictados por los concesionarios y licenciatarios, el que ha sido exhaustivamente desarrollado por AGUSTÍN GORDILLO;[70] quien, no obstante aceptar que dictan actos administrativos, desataca que "tampoco se trata de que se reconozcan a tales prestatarios de servicios públicos las prerrogativas habituales de la administración pública (reclamo administrativo previo, presunción amplia de legitimidad de sus actos, criterio restrictivo para dictar medidas cautelares contra sus actos, etc.)".

A partir del término "amplia" –que se menciona en la transcripción de GORDILLO se plantea de si la presunción de legitimidad es en verdad susceptible de ser medida en grados (presunción amplia, presunción restringida, etc.), entendiendo que no "pues se podrán tener más o menos dudas sobre la legitimidad de un acto en un caso concreto, podrán constatarse vicios más o menos graves en un acto determinado, vicios más o menos manifiestos en un caso determinado, pero, conceptualmente, el acto –en sí mismo– se presume legítimo o no es acto administrativo"[71].

Como bien señalada el citado autor –a quien seguiré en este punto– los actos respecto de los cuales resulta más difícil reconocerles presunción de legitimidad, son los emanados de prestadores de servicios públicos domiciliarios.

La Ley de Defensa del Consumidor –N° 24.240 modificada por la Ley 26.361– sienta el principio del *in dubio pro consumidor*, en su artículo 3 que "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor" y "en caso de duda sobre la

administrativos de órganos no estatales, ni reconocérseles a ellos los mismos caracteres que a los actos administrativos de las autoridades administrativas, pues existen diferencias de importancia entre un decreto del Poder Ejecutivo y un acto de los expresados. En tal sentido, deberá apreciarse con mayor rigor si tienen o no y en qué medida, presunción de legitimidad [...]".

[68] LISA: *La presunción...*, en prensa.

[69] IVANEGA: *Actos administrativos...*, pág. 415.

[70] GORDILLO: *Tratado...*, cit. Tomo 3, págs. I-18 y sigs.

[71] LISA: *La presunción....*, en prensa.

normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor" (artículo 25). En forma consecuente, la interpretación del contrato se debe hacer en el sentido más favorable para el consumidor, debiéndose estar –cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación del consumidor– a la que sea menos gravosa (artículo 37).

Asimismo, como se expuso anteriormente se entiende que es necesario, siempre, alegar y probar la ilegitimidad; lo que no es aplicable al caso del régimen de la ley 24.240, pues "si alguna presunción se tiene en relación a la actividad de los concesionarios y prestadores de servicios públicos domiciliarios, es en contra de ellos"[72].

En ese sentido, si la prestación del servicio público domiciliario se interrumpe o sufre alteraciones, la ley presume que "es por causa imputable a la empresa prestadora", teniendo un plazo de treinta días desde el reclamo del usuario, para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable (artículo 37). Este principio se aplica también a la facturación del consumo, pues si frente a facturas de servicios en exceso –según el porcentaje y promedios a que el régimen refiere– "se presume que existe error en la facturación", pudiendo el usuario abonar sólo el promedio" (artículo 31).

Por eso, frente a este marco normativo –sustentado en la Constitución– "no puede a nuestro juicio afirmarse que los actos de los concesionarios y licenciatarios se presuman legítimos, pudiéndose agregar que a la prestación de servicios públicos se la califica como la "relación de consumo" por antonomasia, con lo que dichas disposiciones y tales principios pueden hacerse extensivos a todos los servicios públicos y no sólo a los llamados domiciliarios".

En contestación a los que argumentan que el concesionario tiene atribuciones para aplicar sanciones como las multas, cortes del servicio, aplicar intereses punitorios y recargos, y emitir certificados de deuda con fuerza ejecutiva, cuyo cobro judicial se puede efectuar mediante el procedimiento de ejecución fiscal; se opone que ello mismo puede hacer cualquier Administrador de un Consorcio de Propietarios respecto de las expensas comunes impagas, "e incluso en relación a las multas que también se pueden imponer por incumplimiento al Reglamento de Copropiedad y Administración, y al Reglamento Interno (si así se hubiera previsto en dichos reglamentos)". Es indudable que en estos casos no podría pensarse que esas determinaciones de deudas y sanciones, gozan de presunción de legitimidad, lo que tampoco se extrae del hecho de que puedan constituir título ejecutivo. "Tales facultades de los concesionarios, pues, no nos ponen necesariamente de cara a un acto administrativo"[73].

[72] LISA: *La presunción*...., en prensa.
[73] LISA: *La presunción*...., en prensa.

V. Conclusión

La síntesis de los principales criterios doctrinarios y jurisprudenciales aquí expuesta, muestra que la presunción de juridicidad, es uno de los aspectos del acto administrativo que sigue revistiendo sumo interés.

Creemos que en la actualidad, su alcance está predeterminado por el control de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces y que la valoración de la desobediencia del particular a un acto administrativo que considera ilegítimo, debe partir del tipo de derecho afectado.

Por último, un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2007, nos marca una pauta que no puede estar ajena en el tema que hoy nos convoca. En dicha decisión el principio de que quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental (se trataba de la libertad de prensa) tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Es decir que la Administración debe acreditar que su decisión administrativa, discrecional, no violenta el núcleo básico de los derechos fundamentales. Lo que ha llevado a sostener que la presunción de legitimidad se relativiza[74].

[74] C.S.J.N. Fallos 330:3908. El fallo ha sido analizado por Pablo Gutierrez Colantuono con motivo de las Jornadas "Cuestiones de Acto administrativo y reglamento", Universidad Austral, Buenos Aires, mayo de 2008.

ACTOS DE LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: SU NATURALEZA Y SU CONTROL

Alejandro Pérez Hualde

I. Introducción

Para un análisis de las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos que operan en el ordenamiento jurídico argentino es necesario establecer cuál es el respaldo constitucional de ellos, cuáles las facultades que les han sido atribuidas por la Carta magna y por su ley o decreto de creación, la naturaleza de las mismas, su vinculación con los distintos poderes de la constitución y las facultades de éstos para proceder a su revisión y control.

Solo desde la claridad de ese marco normativo es posible el control jurídico de cada una de las decisiones que los entes reguladores adoptan en cumplimiento de su cometido. De ese sistema complejo surgen los objetivos y finalidades perseguidos por el régimen jurídico y, consecuentemente, la posibilidad de controlar su ajuste al mismo, si existe proporcionalidad y si se verifican desviaciones.

II. La regulación económica

A. Regulación y crisis

La temática vinculada a la regulación de la economía en sus diversas áreas es uno de los temas más importantes que los juristas podemos abordar en estos tiempos de crisis mundial. Podríamos decir que está en boga a nivel internacional.

Esto es así porque existe un consenso generalizado en atribuir a la falta de regulación, o a sus severos defectos, la causa origen de la gravísima crisis con importantes efectos en el área económico financiera global que atravesamos. Nosotros hemos sostenido que, gracias a esa comprobación, podemos tener por demostrado que la naturaleza de la crisis no es, precisamente, económico financiera sino ética y jurídica[1].

[1] Ver nuestro "La crisis mundial y el derecho público (el estado, otra vez, protagonista)", en *Suplemento de Derecho Administrativo,* Dir. A. GORDILLO, La Ley, Buenos Aires, 2009, en prensa.

Es más, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que ha fracasado el intento de autorregulación de los mercados. Así lo anticipaba con acierto Viviane Forrester cuando, ocho años antes de la crisis, afirmaba que "Día a día asistimos al fiasco del ultra liberalismo. Cada día, este sistema ideológico basado en el dogma (o el fantasma) de una autorregulación de la llamada economía de mercado demuestra su incapacidad para auto dirigirse, controlar lo que provoca, dominar los fenómenos que desencadena"[2].

El acuerdo del G-20 del 2 de abril de 2009 en Londres ha sido terminante al respecto en cuanto señala que "las grandes fallas en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis" y también asegura que "el único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente es una economía basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes"[3].

Podemos afirmar entonces que la regulación concentra hoy el máximo de nuestra atención y es considerado como el punto donde correctamente tratado y establecido pueden encontrarse algunas respuestas a la crisis mundial en curso.

B. Objeto y alcance de la regulación

La regulación puede tener un objeto de mayor o menor amplitud según lo que incluyamos en su terreno y las finalidades que le adjudiquemos. Y ello dependerá de importantes razones de tipo ideológico que inspiren cada una de esas estructuras reguladoras. Así, en una economía de corte intervencionista a ultranza la regulación reinará a sus anchas y alcanzará a todos los rincones de la economía. Por el contrario, en una sociedad de corte neoliberal ella brillará por su ausencia y su eliminación será un objetivo preciado de la estructura legal que respalde esa meta.

Entre los postulados del Consenso de Washington, sustrato del proceso neoliberal que reinó en el mundo en las últimas dos décadas, se encuentra expresamente formulada, entre los objetivos esenciales del programa expuesto por JOHN WILLIAMSON[4], la "desregulación" de la economía; de

[2] FORRESTER, V.: *Una extraña dictadura*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 67.

[3] Ver cláusulas decimotercera y tercera del Acuerdo, respectivamente.

[4] Cabe recordar los diez puntos del mencionado "consenso" basados en la idea de JOHN WILLIAMSON, expresados en su libro Latin American Adjustment, publicado en 1990: "1. Disciplina presupuestaria de los gobiernos. 2. Reorientar el gasto gubernamental a áreas de educación y salud. 3. Reforma fiscal o tributaria, con bases amplias de contribuyentes e impuestos moderados. 4. Desregulación financiera y tasas de interés libres de acuerdo al mercado. 5. Tipo

Cont.

igual modo, y en ese marco cultural preponderante, nuestro Dec. 2284/2001 ordenó la retirada de toda interferencia en el juego espontáneo de la oferta y la demanda como una base del desarrollo de un proceso de "reforma del estado" que se caracterizaría por el intento de retirada de la Administración de toda intervención en la economía que fue, en algún grado y en distintos sectores, cumplida. Observa con acierto JORGE DANÓS[5], que tanto el Perú como la Argentina y Chile, entre otros, son países que han experimentado una importante transformación en el rol del Estado en la economía caracterizado por una profunda liberalización de amplios sectores económicos en general y de la prestación de los servicios públicos en especial.

Hoy hemos tomado conciencia de que en un estado constitucional encuadrado en los términos de la economía social de mercado, que tiene por pauta de asignación de los recursos un sistema de libre intercambio incluido en el ordenamiento jurídico fundamental, es decir, sometido a reglas que le imponen pautas basadas en valores de naturaleza no económica, la regulación cumple un rol esencial.

Las diversas reglamentaciones, de distintos rangos, deberán asegurar que ese mercado sea realmente libre para todos sus integrantes. Dice D'ALBERTI que "la libertad del mercado es libertad de todos sus protagonistas, no sólo de las empresas"[6] y, completa su aporte CASSESE, quien afirma que "mercado no quiere decir sólo productores (empresas) sino también consumidores y trabajadores"[7]. En otras palabras, el mercado para ser libre necesita ser regulado.

De igual modo, es también la regulación la que debe regir el funcionamiento de las instituciones destinadas a dirigir, o –al menos– orientar, los procesos económicos capturados y sustraídos, en mayor o menor medida, del espacio de la libertad de mercado con la finalidad de asegurar diversos fines de naturaleza social cuyo sostenimiento no puede quedar confiado al libre juego de la oferta y la demanda.

de cambio competitivo, regido por el mercado. 6. Comercio libre entre naciones. 7. Apertura a inversiones extranjeras directas. 8. Privatización de empresas públicas. 9. Desregulación de los mercados. 10. Seguridad de los derechos de propiedad".

[5] DANÓS ORDÓÑEZ, J.: "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios", en Asociación Peruana de Derecho Administrativo, presentación de DANÓS ORDÓÑEZ, J. y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E.: *Derecho Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2004, pág. 417.

[6] D'ALBERTI, M.: *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, pág. 144.

[7] S. CASSESE en la discusión realizada en Roma el 8 de abril de 2008 publicada bajo el título: "Globalizzazione e Diritto Pubblico dell'economia (Discussione sul libro di Marco D'Alberti, 'Poteri pubblici, mercati e globalizzazione')", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, Mvlta Pavcis AG, Roma, 2008, pág. 855.

La defensa de la salud del mismo mercado, que asegure la libertad no solo de los empresarios sino también de los usuarios y consumidores requiere de normas que se impongan compulsivamente. Pues no es razonable esperar que alguno de los componentes se autolimitará generosamente. De igual modo, la protección de los trabajadores y del ambiente sano exige reglas que estén más allá de los convencimientos personales de los sujetos operadores del mercado. Como dijimos, ha fracasado aquella ilusión defendida por ARIÑO ORTIZ, quien señalaba que "son las propias empresas las primeras interesadas en su autocontrol. Son éstas las que deben decidir sobre cuestiones tales como sus planes de inversión –...– ampliaciones de capital, emisiones de títulos de renta fija, operaciones de crédito en el mercado de capitales, etc."[8].

Este marco normativo es el que caracteriza un mercado sometido a reglas, que se desenvuelve en el marco del ordenamiento constitucional en tanto y en cuanto constituye un espacio cultural y humano[9]; porque el mercado es una noción ligada a la de estado y porque su existencia no puede realizarse fuera del área protegida de la ley[10].

La regulación tendrá como objeto, entonces, establecer las normas e instituciones necesarias para el correcto funcionamiento de un mercado libre y también el trazado del marco en que debe desenvolverse y orientarse el comportamiento de determinadas áreas sustraídas a ese mercado con el fin de cumplimentar los objetivos que aseguren su compromiso con el interés general de la comunidad. Y en ese tren, le corresponderá establecer las normas y verificar su cumplimiento.

C. Regulación de los servicios públicos[11]

En el caso de este ensayo nuestro objetivo es analizar los actos provenientes de los entes que tienen la función de regular el terreno de los servicios públicos, pues, son los únicos entes reguladores que nuestro ordenamiento jurídico constitucional ha previsto en forma expresa.

Como ya hemos sostenido antes, el sistema de servicios públicos se sostiene en razonamientos del constitucionalismo moderno que han observado, y

[8] ARIÑO ORTIZ, G.: "Servicio público y libertad de empresa. La delegación del gobierno en el sistema eléctrico", en AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J.: *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 96.

[9] HÄBERLE, P.: *El Estado constitucional*, estudio introductorio de D. VALADÉS, trad. de H. FIX-FIERRO, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 81.

[10] CASSESE, S.: "Stato e mercato dopo privatizzazione e deregulation", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991, pág. 379.

[11] Ver PÉREZ HUALDE, A.; EMILI, E.; BUSTELO, E. N.; LARA, A. J.; BOULLAUDE, G. y RODRÍGUEZ, S. I.: *Servicios públicos y organismos de control*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

marcado con energía, cómo "el estado constitucional debe responsabilizarse de que los derechos fundamentales puedan llegar a ser ejercidos realmente por muchos y no solo por unos pocos privilegiados"[12]. Se ha conformado una base de consideración que hace hincapié en que "la idea de la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento ha logrado consolidarse entre tanto. A ella se ha añadido el pensamiento de que en los derechos fundamentales se incluyen 'deberes de protección' del Estado. También esto es una 'composición' estatal-prestacional o jurídico-prestacional y acerca los derechos fundamentales a la idea de las tareas del Estado"[13].

Hemos sostenido también que los servicios públicos encuentran su raíz en el reconocimiento del derecho de toda persona a un nivel adecuado y digno de vida que se encuentra expreso en seis tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución argentina a través de su art. 75 inc. 22 desde la reforma constitucional de 1994[14].

En ese contexto entendemos que el servicio público es "el resultado efectivo del ejercicio, por parte del Estado, de su potestad de sustraer, total o parcialmente, del terreno del libre mercado la satisfacción de determinada necesidad de naturaleza económica para someterla a un régimen de derecho público, de control y regulación –en la medida de lo necesario–, para garantizar el acceso obligatorio a la generalidad de la población por considerar que éste es imprescindible para cumplimentar debidamente la garantía de derecho humano fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, a gozar de un nivel de vida adecuado, todo ello en cumplimiento de su finalidad esencial de conducción consensuada de la comunidad hacia el bienestar general guiado por principios fundamentales de justicia social".

Consideramos que esa actividad estatal de sustracción se dirige a la satisfacción de una necesidad cuya cobertura no puede alcanzar a la generalidad de la población ni aun con la más perfecta aplicación de las reglas propias del mercado[15] y que ello sí se puede obtener mediante la imposición de un

[12] HÄBERLE, ob. cit., pág. 86.

[13] HÄBERLE, ob. cit., pág. 88 (el autor cita a K. HESSE, *Gründzüge*, 18° edición, 1991, pág. 152).

[14] Se trata de los siguientes tratados: 1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 25 inc. 12); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 113); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (art. XI); 4. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5 inc. f); 5. *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (art. 14 inc h); y 6. *Convención sobre los derechos del niño* (art. 27).

[15] LUCHENA, G.: *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Cacucci Editore, Bari, 2006, pág. 186; sostiene este autor que "L'economia sociale di mercato, invece, può consentire il recupero della funzione peculiare dello Stato, quale è quella della tutela delle fasce più deboli, e restituisce al mercato la propria endogena dinamicità. In altri termini, dove il mercato non arriva a definire le condizioni della libera concorrenza, ne vengono, comunque, determinati gli effetti attraverso

Cont.

régimen público que altera las reglas económicas del libre mercado obligando forzadamente la oferta, cuando no también la demanda, sin discriminaciones a todo el que requiera el servicio en términos razonables y en condiciones de igualdad. Ya se ha comprobado que no se puede definir al servicio público como una falla del mercado[16].

Y tampoco se trata del grado máximo de regulación como sostiene BIANCHI[17]. El régimen del servicio público no se caracteriza conceptualmente, como en algún momento sostuvimos, por un grado determinado de regulación o de intensidad de ella sobre un determinado sector de la economía. La regulación muchas veces está dirigida a prevenir o a solucionar fallas del mercado pero el servicio público no es una solución a una de ellas. Existen actividades con un grado de regulación superior y que no han sido sustraídas de las reglas del mercado como son los casos de la actividad bancaria o del seguro.

La jurisprudencia peruana ha señalado con acierto el rol del Estado frente a los servicios públicos: "lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado"... "pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población"[18].

l'opera delle autorità cui vengono affidati compiti di regolazione e/o di controllo (come nel caso della Commissione per quel che concerne la politica degli aiuti pubblici quale forma di tutela del mercato aperto e concorrenziale e, parallelamente, degli Stati che si collocano in una fascia bianca, per cosi dire, nella quale esercitano le potestà relative alla tutela dei diritti sociali fondamentali, che non possono essere lasciati alla esclusiva mercè dell'efficientismo e dal razionalismo economico)". También, en igual sentido, ver SCOTTI, E.: *Il pubblico sevizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Milano, 2003. Sostiene la autora en pág. 316 que "Gli obblighi di servizio pubblico o universale corrispondono a prestazioni che la Comunità o gli Stati membri intendono garantire ai cittadini a prescindere dalle condizioni del mercato ed in base ad un programma determinato dalle Autorità pubbliche –concernente le prestazioni, la loro qualità e le loro tariffe, e ogni altra condizione di offerta ritenuta rilevante-".

[16] TRIMARCHI BANFI, F.: "Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, pág. 956; en contra, por considerar que el servicio público tiene lugar cuando existen fallas de mercado, ver SCOTTI, E.: *Il pubblico sevizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Milano, 2003, pág. 315; también CARTEI, G. F.: *Il servizio universale*, Giuffrè Editori, Milano, 2002, págs. 258 y 278; y VILLATA, R.: *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, terza ed, Giuffrè, Milano, 2003, pág. 31; y VETRÒ, F.: "Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica", en *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, studi diretti da F. GAETANO SCOCA, Giappichelli, Torino, 2005, pág. 49.

[17] BIANCHI, A. B.: "Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)", en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 53, Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 503.

[18] República del Perú, STC 00034-2004-AI "Luis Nicanor Maravi Arias y más de 5.000 ciudadanos", del 15 de febrero de 2005, fundamentos 37, 39, 42 y 43.

El régimen de los servicios públicos es un tipo de regulación que sustrae la actividad, total o parcialmente, de las reglas del mercado, como sostiene Muratorio[19]. Los entes reguladores a cargo de esa regulación, cuyos actos motivan este ensayo, son los que establecen las normas de funcionamiento de esos servicios. J. COMADIRA ponía énfasis en afirmar que esa regulación tiene por finalidad "armonizar el interés público que determina a aquéllos, con los derechos particulares comprometidos"[20]. Completa la idea de VILLAR ROJAS quien afirma que "si se quiere garantizar la universalidad (servicio mínimo para todos los ciudadanos), el principio de igualdad (derecho de interconexión con redes y derecho de acceso de usuarios) y la continuidad y regularidad de la actividad, la regulación es absolutamente inevitable"[21].

D. El texto del art. 42 de la Constitución Argentina

El art. 42 fue introducido por la Reforma de 1994 y su texto dice:

> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

La sola mención de los servicios públicos en forma expresa dentro de las garantías constitucionales, a efectos de garantizar el control de su calidad y eficiencia, importa un compromiso conceptual ideológico muy claro de nuestro texto constitucional. "El servicio público es, pues, exorbitancia. Prerrogativa y garantía"[22]; entonces, el servicio público supone la regulación.

---

[19] MURATORIO, J. I.: "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto sobre los servicios públicos de competencia Nacional", Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 28-05-2008, Lexis nº 0003/013847.

[20] COMADIRA, J. R.: "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)", revista *El Derecho*, tomo 162, Buenos Aires, p. 1134.

[21] VILLAR ROJAS, F.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 355. Citado por COMADIRA, J. R., ob. cit.; el subrayado es del autor.

[22] COMADIRA, J. R.: "El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2004, pág. 17.

La norma, como surge con evidencia de su texto, respecto de los servicios públicos, garantiza su control de calidad y eficiencia sobre la base de la existencia de:

1. procedimientos de prevención y solución de conflictos;
2. marcos regulatorios;
3. y tiene por supuesto que habrán "organismos de control", los que incluirán participación necesaria de provincias interesadas y de asociaciones de usuarios.

El precepto constitucional contempla las tres actividades de las que es susceptible el servicio público: la moderación de los intereses de los sectores involucrados, su regulación y su control. Reviste particular importancia destacar que la garantía constitucional alcanza al "control... de la calidad y eficiencia de los servicios públicos" (art. 42 CN) y que es en ese marco en el que se desenvuelve el accionar de los mencionados "organismos de control".

BIANCHI ha enfocado la actividad de los entes reguladores desde otro punto de vista; señala cómo cada uno de ellos desarrolla actividad legislativa, judicial y administrativa, lo que los constituye en una especie de estados dentro del estado[23].

Conforme a lo que veníamos exponiendo, los organismos de control cumplen una misión específica en el marco de los elementos de organización y procedimiento destinados a hacer efectivas las garantías constitucionales de los derechos fundamentales; también en este caso, de aquél que sirve de fundamento al servicio público de nuestra constitución que, como hemos sostenido, es similar al concepto de "servicio universal" elaborado por la doctrina de las directivas de la Unión Europea para el servicio de las comunicaciones[24].

II. Los entes reguladores de servicios públicos

La legislación argentina adoptó distintos cursos de acción frente a los diversos servicios públicos. Algunos fueron regulados por leyes; tal es el caso de la

[23] BIANCHI, A. B.: *La regulación económica*, tomo 1, *Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*, prólogo de A. GORDILLO, Ábaco, Buenos Aires, 2001, pág. 214.

[24] Ver nuestras ponencias, "El estado y los servicios públicos "universales"", presentada para las *VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Colombianas* realizadas en la Universidad Externado de Colombia en los días 26 y 27 de julio de 2007; y "El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global (una crítica a las expresadas razones de "cohesión social" y "solidaridad")", presentada ante el *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* realizado por la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de A. EMBID IRUJO, los días 19 y 20 de febrero de 2008.

electricidad (Ley 24.065), del Gas (Ley 24.076) y del agua y el saneamiento (Ley 26.221). No ocurrió lo mismo con la telefonía (Dec. 1185/1990), las comunicaciones viales (Dec. 1994/1993) y los aeropuertos (Dec. 375/1997) en que el instrumento empleado fue el de simple decreto del Poder Ejecutivo Nacional. De esas leyes, algunas fueron anteriores al texto constitucional de 1994, electricidad y gas, y otra posterior, agua y saneamiento. De los decretos, telefonía y comunicaciones viales son anteriores y aeropuertos posterior.

En todos los casos se estableció la presencia de un organismo regulador del servicio público; en prácticamente todos los casos se le atribuyó la naturaleza jurídica de "ente autárquico"; por ello "están ubicados en dependencias de algún órgano de la administración central". Es decir, sujeto al control operativo del respectivo ministerio del Poder Ejecutivo, bajo su control de tutela administrativo, con la excepción –en este único caso– de aquellos creados por ley donde se ha habilitado el acceso directo a los tribunales judiciales contra las decisiones del ente. Son conducidos por órganos colegiados cuyos miembros pueden ser removidos por el Poder Ejecutivo, "lo que confiere a éste una gran discrecionalidad en el manejo de los entes"[25].

En otro trabajo analizamos esta estructura y señalamos cómo no se ajusta en modo alguno a los "órganos de control" de creación constitucional por diferentes razones jurídicas[26].

Los mencionados entes reguladores cumplen funciones de todo tipo. Así establecen los reglamentos de servicio, participan en la elaboración de las tarifas, asesoran en renegociaciones, llevan a cabo el control meramente contractual y también el policial del servicio. Prevén y solucionan conflictos de baja envergadura y, en general, se caracterizan por su ausencia e incumplimiento de sus obligaciones a tal punto que la legislación de defensa de consumidores ha contemplado la participación de sus autoridades de aplicación en los reclamos de los usuarios[27].

A. La neutralidad o imparcialidad de los entes reguladores

Algunos autores interpretan que la actividad de los entes reguladores tiene como objetivo solucionar técnicamente la falencia del mercado que justifica

[25] BIANCHI: *La regulación*..., ob. cit., págs. 215-216.
[26] Ver nuestro aporte en *Servicios públicos y organismos de control*, ob. cit.
[27] El nuevo art. 25 de la reciente modificación de la Ley de Defensa del Consumidor (26.361) dice: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".

su accionar y la imposición del régimen del servicio público. Por ello el ente debe ser neutral en todas sus decisiones respecto de los intereses de los sujetos involucrados. De empresas prestadoras, transportistas y distribuidoras, y de los usuarios[28].

Ya pusimos de manifiesto nuestra diferencia con esta visión que atribuye al servicio público ese papel reparador de las fallas de mercado y simulador de sistemas de competencias que no son reales.

El servicio público en cuanto técnica debe garantizar la gestión y persecución del resultado propio del régimen público establecido, no por una falla del mercado, sino por la necesidad de asegurar a los sectores más desprotegidos el acceso igualitario a la cobertura de una necesidad determinada, propia del mercado, que constituye –según el criterio legislativo– un elemento esencial para un nivel adecuado y digno de vida conforme a los tratados de derechos humanos que se han incorporado en nuestro texto constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

No puede, por ello, ser neutral. Y es por eso que la mayoría de los marcos regulatorios establecen como uno de los objetivos y finalidades del régimen jurídico que instauran la "defensa del usuario". La Ley de la Electricidad (24.065) asegura en su art. 2º inc. a, que procura "proteger adecuadamente los derechos de los usuarios"; mientras que la del Gas (24.076) en su artículo 2º inc. a, se propone "proteger adecuadamente los derechos de los consumidores".

Todo el régimen jurídico encuentra su sentido en la protección del usuario, como débil jurídico que brinda base de justificación a un régimen que procura la equiparación, la igualdad material, delos distintos sujetos del sistema del servicio público. Es por ello que la neutralidad en el ente regulador no es posible, sin perjuicio de su obligación de actuar con imparcialidad e independencia, sin perder de vista el objetivo central del sistema que funda la garantía constitucional.

Este elemento de protección y de compromiso con el usuario es el punto de análisis cuando se revise o controle la actividad administrativa de los entes reguladores desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la ley en el otorgamiento de las facultades que ejercerán quienes se desempeñen en los mencionados entes a fin de verificar, y evitar, los casos de desviación de poder tan frecuentes en este ámbito del servicio público.

[28] AGUILAR VALDEZ, O.: "Apuntes sobre el control administrativo de los entes reguladores de los servicios públicos", en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.

B. Una distinción necesaria

Conforme a lo expuesto, y retomando el análisis del art. 42 CN, surge de la propia norma constitucional que es conveniente distinguir entre:

1. los actos destinados a prevenir y solucionar los conflictos que se desarrollen entre los sujetos del sistema de cada servicio público;

2. los de alcance general que persiguen la regulación en el sentido de instrucción y trazado de las pautas y formas de cumplimiento de las obligaciones de prestación del servicio público;

3. los que tienen el cometido de establecer el control estricto destinado a garantizar la calidad y eficiencia del servicio público de acuerdo a la garantía constitucional; en este caso pueden consistir en actos de constatación, de citación, de emplazamiento, de sanción, de advertencia, etc.

1. Actos orientados a la prevención y solución de conflictos

Estos actos son de suma importancia porque apuntan a evitar que las diferencias de intereses entre los distintos actores del sistema puedan afectar el resultado fundamental perseguido de satisfacer una necesidad considerada esencial por el ordenamiento jurídico.

Cabe recordar la ardua tarea desarrollada en sus últimos tiempos por los dos integrantes de este Foro Iberoamericano, J.R. COMADIRA y J.L. SALOMONI, convocados oficialmente a la luz de la Resolución nº 57/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, para colaborar en la tarea de elaboración del régimen tendiente a constituir tribunales administrativos para causas de usuarios sobre la base de esta determinación constitucional que, según la interpretación de ambos autores, daba suficiente base formal y sustancial para su instrumentación efectiva de acuerdo a los principios que inspiran el principio de legalidad en la jurisdicción.

Sostiene la mencionada resolución en sus considerandos que

> en ese contexto histórico legislativo, el artículo 42 CN, reformado en el año 1994, al prever, en la primera parte de su tercer párrafo, que la legislación debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional viene, pues, a habilitar, expresamente, la existencia de una jurisdicción administrativa de base constitucional ... no otro es el alcance que cabe atribuir a la locución

> conflictos empleada por la referida disposición constitucional, no sólo por su propia significación como materia de la jurisdicción, sino, también, por el específico encuadre legislativo del que resulta precedido... la circunstancia apuntada permite, entonces, contemplar, como situación novedosa resultante de la reforma constitucional, la posibilidad de encarar la instrumentación legislativa de un órgano administrativo al que se le otorguen, en materia de servicios públicos, competencias jurisdiccionales, es decir, facultades, poderes o atribuciones para resolver, en la materia indicada, los conflictos o controversias de relevancia jurídica que se puedan suscitar... la creación orgánica que se propone se traduce en la incorporación al ordenamiento jurídico de un Tribunal Administrativo, dotado, de las garantías de independencia e imparcialidad derivadas de la Constitución Nacional.

Podemos afirmar que se trata de materia de naturaleza judicial en el sentido sustancial y material de la función. Si, sobre la base de una interpretación adecuada del texto constitucional, se concluyera, como lo sugiere la resolución –y lo sostenía J. COMADIRA en el marco de las reuniones del Foro de Profesores de la AADA–, en que el art. 42 CN ha habilitado la creación de una "jurisdicción" de la misma naturaleza y del mismo rango normativo con que ha creado en otro capítulo el Poder Judicial de la Nación, bien podríamos decir que estamos frente a una función judicial en todo su sentido técnico legal. Sin perjuicio de la facultad del Poder Judicial de entender en sus soluciones a la luz del art. 116 CN que le otorga facultades para conocer en "todas las causa sobre puntos regidos por la constitución".

En este supuesto, no sería factible para los entes reguladores llevar a cabo este tipo de actuación sin una modificación sustancial de su naturaleza jurídica. Sería previo e imprescindible dotarlos de la independencia e imparcialidad en sus funcionarios que no atribuye la autarquía. Solo podría emitir actos de este carácter dentro de los límites reconocidos por la doctrina elaborada sobre la base de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "*Ángel Estrada*" y limitarse a pequeñas reparaciones de molestias ocurridas como consecuencia directa e inmediata de alguna prestación irregular del servicio. El ente regulador que la legislación ha creado, aun en los casos en que lo ha hecho por ley del Congreso, carecen de las condiciones de independencia e imparcialidad que exige la naturaleza judicial de la función.

En fallo muy reciente, la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal ha resuelto que

> un correcta hermenéutica del fallo "Ángel Estrada" permite afirmar que, establecido el incumplimiento contractual de la distribuidora por parte del Ente Nacional Regulador Eléctrico, la determinación del valor del daño emergente consistente en un objeto determinado, no hace invadir al ente regulador la

> función del Poder Judicial, toda vez que se trata de un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto (o su reparación) de acuerdo a su calidad y/o marca. Por el contrario, todo aquello que exceda del daño emergente —entendido como el resarcimiento de la cosa misma afectada— según esta interpretación, debe ser dilucidado en sede judicial. No entender el fallo en cuestión de esta manera, es pretender que ese pronunciamiento considera adecuado que cada persona a la que se le afecte un aparato a causa de un comportamiento de la empresa, debería promover un pleito para ser resarcido por el valor de reposición (o reparación) de aquél. La falta de razonabilidad de ese efecto sería tan evidente que hace innecesario explayarse en detalle para demostrarlo (conf. en igual sentido, PTN, Dictámenes: 256:358)[29].

En resumen, los entes reguladores en este terreno emiten actos de alcance particular y también de carácter general, de tipo reglamentario, tendientes a establecer las pautas que permitan evitar los conflictos entre los sujetos del servicio como son las incompatibilidades en materia de posesión de participaciones accionarias de las sociedades propietarias de las empresas generadoras sobre las distribuidoras o transportistas y viceversa. El marco regulatorio eléctrico ha previsto que

> cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, el ente considerase que cualquier acto de un generador, transportista, distribuidor o usuario es violatorio de la presente ley, de su reglamentación, de las resoluciones dictadas por el ente o de un contrato de concesión, el ente notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una audiencia pública, estando facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer, según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventivo que fueran necesarias[30].

También emiten actos administrativos con contenido material de naturaleza jurisdiccional pues su finalidad es solucionar conflictos ordenando las indemnizaciones correspondientes. Así, el marco eléctrico establece que "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente"[31]. Y más adelante estipula que "el ente dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuáles se realizarán las audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas en este capítulo

[29] Fallo de la CNCAF sala II, suscripto por Carlos Greco y Marta Herrera, recaído en autos "EDESUR SA c/resolución 5851/04 ENRE –resol 821/07 SE", del 26 de febrero de 2009.
[30] Ley 24.065, art. 73.
[31] Ley 24.065, art. 72.

debiéndose asegurar en todos los casos el cumplimiento de los principios del debido proceso. Las sanciones aplicadas por el ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación"[32].

2. Actos de regulación jurídica y técnica de los servicios públicos

La correcta implementación del sistema de un servicio público exige actos de alcance general, de contenido jurídico y técnico, que establezcan las reglas a las que se sujetará la prestación del servicio. Tanto las precisiones jurídicas como las técnicas son de fundamental importancia para asegurar un resultado exitoso. Asimismo, revisten particular importancia los actos de alcance particular, órdenes directas, advertencias, emplazamientos, etc. tendientes a hacer efectivas en el caso concreto aquellas precisiones de tipo general.

Es en este ámbito donde se procede a la determinación de los sujetos sometidos al régimen público, las incompatibilidades entre los prestadores y sus canales de trato comercial y técnico, las prioridades en materia de protección ambiental en la prestación del servicio, etc. También es en este espacio donde se estipulan las tarifas y regímenes de liquidación y determinación de las mismas.

En otras palabras, en este ámbito se determina el marco jurídico en que se encuadrará la actuación del ente regulador en el terreno concreto de asegurar los atributos esenciales del servicio público: igualdad de acceso, generalidad en el alcance, continuidad en su prestación, y obligatoriedad en su cobertura. Son los caracteres en los que coincide prácticamente la totalidad de la doctrina nacional y extranjera y que conforman, según lo hemos anticipado, los elementos que componen la "calidad" a que se refiere el texto constitucional en la formulación de la garantía; pues se trata del "grado en que un conjunto de características inherentes cumple con los requisitos" según lo ha previsto la normativa ISO 9000:2000.

Estos actos son propios de la competencia natural del Poder Ejecutivo en tanto responsable de la administración general del país (art. 99 inc. 1 CN) y, más precisamente, de su Jefe de Gabinete de ministros en tanto ejerce efectivamente dicha administración general del país (art. 100 inc. 1 CN). Esta materia no ha sido sustraída al Poder Ejecutivo por la Constitución reformada en 1994 (art. 42 CN) y, en este sentido, los entes reguladores creados por leyes y por decretos[33] están en condiciones de cumplir con este cometido.

[32] Ley 24.065, art. 81.

[33] No es nuestro objetivo plantear en este espacio nuestra idea acerca de cómo, imprescindiblemente, es la ley el único instrumento jurídico apto para la creación de esos entes reguladores; ver nuestro *Servicios públicos y organismo de control*, ob. cit.

Ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) que

> cada privatización implicó la creación de un organismo destinado a regular la prestación del servicio privatizado, dotado de idoneidad técnica en la materia correspondiente a cada servicio público; de sus normas de creación surge que se trata de entidades autárquicas; descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, y pese a su personalidad diferenciada, se enmarcan dentro de la organización administrativa estatal" (Dictámenes 228:120). Consecuentemente, la misma PTN reiteradamente ha establecido que "el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra habilitado para crear entidades autárquicas por decreto y, como consecuencia de ello, ejerce sobre las resoluciones emitidas por dichas entidades un control amplio, comprensivo tanto del análisis de la legitimidad como de la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida" (Dictámenes, 236:354, 127:459, 159:184); y sobre esta base de su doctrina, ha precisado que "los entes reguladores de los servicios públicos son entidades autárquicas que forman parte de los cuadros de la Administración Pública, que no dependen jerárquicamente del Poder ejecutivo Nacional; el control que éste ejerce sobre ellos es administrativo o de tutela –por oposición al control jerárquico–, el que no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a los entes reguladores en función de su idoneidad técnica, *salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad*.(Dictámenes, 239:115).

Los entes reguladores de los servicios públicos, tal como están regulados en Argentina, deben cumplir, en forma descentralizada de la administración central, las tareas propias de naturaleza ejecutiva, especialmente técnica, que las distintas normativas le han atribuido en cada servicio en especial.

Por esta razón es que los actos y los reglamentos administrativos que el ente regulador pueda dictar en cumplimiento de su objeto, caen bajo el control de tutela de la Administración central a la cuál no le puede ser sustraída esta facultad respecto de esos actos y reglamentos.

Los entes reguladores de los servicios públicos creados en Argentina, no son los que contempla el art. 42 CN cuando menciona a los "organismos de control", pues la norma constitucional no previó otorgarle al mismo ente la tarea de la regulación del servicio y la del control allí referido en forma específica. Y esto es así porque la garantía constitucional alcanza al control de calidad y eficiencia y, dentro de ella, debe controlar esos actos y reglamentos administrativos dictados por el mismo ente regulador y por la administración que le dicta las instrucciones y revisa sus actos.

3. Decisiones en materia de control

Es imposible el desarrollo del sistema de la garantía constitucional sin un efectivo instrumento de control sobre las relaciones jurídicas involucradas en el régimen que se pretende sostener.

El control del servicio público reviste cierta complejidad y es necesario que se organice en un sistema que debe responder a los requerimientos esenciales en materia de control institucional: independencia económica, autonomía en la decisión –siempre judicialmente revisable–, solvencia técnica y ausencia de dependencias de cualquier tipo con los sujetos controlados, que son en este caso las empresas particulares involucradas en la prestación y las autoridades públicas implicadas en la contratación y regulación.

La administración cae bajo el control de la garantía constitucional en materia de servicios públicos desde un triple ángulo. Primero, cuando es quien asume la prestación directa del servicio, como es el caso del agua y saneamiento en los municipios de Maipú y Luján de Cuyo en Mendoza, o a través de una empresa estatal como es el caso del Gran Buenos Aires en ese mismo servicio y del transporte aéreo de personas mediante Aerolíneas Argentinas. Segundo, cuando contrata la concesión del servicio público en el caso en que se ha confiado a un concesionario privado; tal es el caso de la mayoría de los servicios públicos. Y tercero, porque en ambos casos es quien asume la responsabilidad de regular los aspectos jurídicos y técnicos de la prestación.

El cometido del control debe ser la comprobación efectiva de la presencia permanente de los aspectos destacados como componentes esenciales de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, que no son otros que los ya mencionados caracteres tradicionales propuestos por la doctrina europea hace ya muchos años. La "calidad", en tanto y en cuanto consiste en la satisfacción de los requerimientos propios, y "eficiencia" porque, como señala acertadamente Gordillo, "la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad"[34].

El control debe necesariamente exceder los contenidos de la contratación coyuntural del servicio con el prestador privado concreto puesto que la calidad de la contratación misma es también objeto de ese control.

Por eso no debe confundirse el control independiente de los "órganos de control", que prevé expresamente el art. 42 CN, con el control contractual que corresponde a la autoridad administrativa contratante en tanto y en cuanto concedente que es parte de contrato de concesión de servicio público.

[34] GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, tomo 1, Buenos Aires, 2006, pág. XVI-16.

Este control contractual es también, a su vez, materia objeto del control de aquellos órganos a fin de cumplir su misión de verificar si existe defectuosa contratación o defectuoso control del cumplimiento del contrato si éste fue bien celebrado.

Las decisiones que el ente regulador de los servicios públicos está en condiciones de tomar en función de su naturaleza jurídica y su normativa de creación son únicamente las de tipo contractual. No puede, ni tiene competencia, para los controles de naturaleza policial porque éstos han sido atribuidos por la Constitución a un "órgano de control" que no es ni se parece a los entes reguladores autárquicos descentralizados del Poder Ejecutivo.

La presencia eficaz de la participación abierta de las provincias y de las asociaciones de usuarios en los organismos constitucionales es uno de los medios para asegurar su independencia. Esa participación no se ha instrumentado debidamente en los entes reguladores. Las asociaciones de usuarios solo participan, donde se las ha admitido, en calidad de asesores productores de opiniones no vinculantes.

Los actos del órgano independiente previsto por la Constitución se caracterizan por quedar fuera del alcance del control de tutela de la administración central; por no ser susceptibles de los recursos administrativos ante el Poder Ejecutivo sino sólo sujetos a los cuestionamientos en sede judicial. Sus autoridades, a diferencia de los entes reguladores, no pueden ser removidas, ni el órgano intervenido administrativamente, por el Poder Ejecutivo en modo alguno.

Y es por esta razón que en la medida en que se pretende que los entes reguladores sean quienes también cumplan, además de la regulación y la prevención de conflictos, el cometido constitucional de control específico, de naturaleza policial, previsto para los órganos que contempla el art. 42 CN tercer párrafo, constituye un error de derecho de gravedad porque implica sustraer de su campo a toda la Administración de quien depende el ente en tanto y en cuanto autárquico. Es un contrasentido que un controlante tenga bajo su control a su propio controlante, a quien puede remover sus autoridades por simple decisión y a quien le autoriza los gastos.

III. Balance crítico

Podemos afirmar que el marco en que se desenvuelven los actos de los entes reguladores, sea que fueren éstas de carácter reglamentario o de efectos individuales, o de naturaleza jurisdiccional en el sentido material, constituye una materia muy compleja y de alto interés para la institución del servicio

público. En los tres tipos de decisión, se encuentran competencias del Poder Ejecutivo en tanto jefe y responsable de la Administración general del país.

Es más, todas las decisiones de los entes reguladores tienen naturaleza pública por cuanto constituyen y contribuyen a elaborar el régimen público que se ha impuesto en forma total o parcial sobre esa área del mercado sustraída a sus reglas y –en esa misma medida– sometida a las normas impuestas desde la organización pública que debe garantizar el cumplimiento del cometido legal, en este caso, del servicio público.

El sistema en general no ofrece dificultades y la doctrina de la Cámara Contencioso Administrativa Federal ha elaborado una jurisprudencia que permite una clara orientación en el terreno de las decisiones de los entes reguladores. Sólo en materia de control se presenta un divorcio entre la previsión constitucional y la de rango legal y reglamentaria.

La atribución constitucional expresa de carácter general del segundo párrafo del art. 42 CN a todas las "autoridades" de garantizar el control de calidad y eficiencia de los servicios públicos no debe confundirse con la atribución específica que implica la previsión del tercer párrafo del mismo artículo respecto de los "organismos de control".

Si bien todas "las autoridades", administrativas, ejecutivas, legislativas y judiciales, tienen el deber constitucional de hacer efectiva la garantía, cada uno debe llevarlo a cabo en el terreno específico de sus competencias y dentro de sus facultades y de los fines que las normas atributivas de dichas potestades le imponen.

Los "organismos de control" que contempla el tercer párrafo, como dijimos, son otros instrumentos especiales que el legislador es responsable de establecer para hacer efectiva la garantía constitucional desde el ángulo de una autoridad necesariamente independiente de todas sus controladas -prestadoras estatales, empresas concesionarias, administración reguladora, administración concedente, etc., idónea desde el punto de vista jurídico y técnico, y con base de autoridad emergente en forma directa desde la Constitución.

Por lo expuesto es que todas las decisiones de los entes reguladores, tal como han sido concebidos por sus actos de creación, sea que fueren legislativos o reglamentarios, en razón de su autarquía, caen bajo el control del Poder Ejecutivo y, en esa misma medida, también bajo la supervisión jurídica y técnica de los "organismos de control" previstos por el tercer párrafo del art. 42 CN.

Estos "organismos" aun no han sido creados por la legislación y ello constituye un vacío no completado en el sistema de garantías constitucionales introducido en la reforma de 1994. Vacío del que, día a día, la realidad demuestra la necesidad de su cobertura ya que es evidente la ausencia de control efectivo sobre las prestadoras, públicas y privadas, de los servicios públicos en la Argentina. Pero sobre todo, es de mayor evidencia la falta de un control independiente sobre la administración en su gestión como contratante, concedente, reguladora, solucionadora de conflictos, etc.

La previsión constitucional misma de ordenar la participación "necesaria" de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas le atribuye al organismo un carácter distinto. Especialmente por la naturaleza federal en que se ve inmerso el instituto desde la incorporación orgánica de las provincias interesadas.

No consideramos posible una participación orgánica de una provincia, que es nuestro sujeto del sistema federal argentino, en una entidad de tipo autárquico sujeta a directivas y bajo la dependencia operativa de alguna de las áreas de la administración del Poder Ejecutivo Nacional, quien a través de su ministro del ramo nombra y remueve a gusto a las autoridades del ente[35].

Tampoco consideramos suficiente la participación de las provincias[36] a través de delegaciones que hoy se registra en algunos entes reguladores, como el ORSNA, pues si la participación es realmente "necesaria", como lo señala el texto constitucional, la misma no puede ser sino orgánica y en un marco claramente operativo. Lo mismo cabe decir respecto de las asociaciones de usuarios también declarada "necesaria" en el art. 42 CN tercer párrafo.

La falta de un control desde el instrumento que la constitución diseñó es evidente cuando se percibe cómo las empresas prestadoras han logrado capturar no a los entes reguladores, que era el fundado temor de la doctrina[37], sino –precisamente– a la administración a través de la política y del compromiso partidario. Un administración con funcionarios decentes puede controlar a las empresas privadas prestadoras; pero ni aun en ese supuesto puede controlarse a sí misma. Y eso es lo que persiguió la norma del at. 42 CN en el contexto de una reforma constitucional que también estableció otras autoridades dotadas

[35] Ver el caso del Dec. 539/2007 en el que el Presidente resolvió: *"Dispónese el cese a partir de la firma del presente en el cargo de Presidente del Directorio del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) al CPN Fulvio Mario Madaro, designado por Decreto nº 812 del 23 de junio de 2004"*.

[36] COMADIRA: *Reflexiones sobre la regulación...*, ob. cit.; en contra. pues considera apropiada la participación en los términos trazados.

[37] MUÑOZ, G. A.: "Los entes reguladores como instrumento de control de los servicios públicos", *AeDP*, n° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, septiembre-diciembre de 2000, pág. 63.

de independencia funcional como el presidente de la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN) y el Defensor del Pueblo (art. 86 CN).

Concluimos con J. RODRÍGUEZ-ARANA[38] quien sostiene que este tiempo "plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento."; en nuestra realidad latinoamericana, los poderes ejecutivos de turno han ganado sobrada fama autoritaria basada en el cotidiano abuso en el marco de la función administrativa mal entendida y desvirtuada por los intereses coyunturales y egoístas de la necesidades de una política caracterizada por su mala calidad y poca sensibilidad hacia los problemas sociales profundos que el servicio público tiene por finalidad enfrentar como instrumento idóneo de una organización y procedimiento tendiente a poner en funcionamiento efectivo los diversos derechos humanos declamados en nuestra región pero poco practicados.

[38] RODRÍGUEZ-ARANA, J.: "El Derecho Administrativo en el siglo XXI: nuevas perspectivas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 31, 2007, pág. 229.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Ismael Mata

I. Proemio

En la década de los noventa del pasado siglo, la mayor parte de los países de Latinoamérica ensayaron políticas de reforma del Estado, principalmente las de privatización, descentralización y desregulación, aspirando a introducir en la gestión pública mecanismos de mercado y la participación de inversores y operadores privados.

En materia de servicios públicos se adoptó la política de regulación entendida como una acción limitadora y externa de la actividad reguladora, de acuerdo a un modelo de conducta deseada que debía desenvolver el prestador regulado[1].

La función reguladora de los servicios públicos constituye un proceso permanente de interacción entre regulador y prestador, caracterizado por las subfunciones o componentes a cargo del regulador, que se indican a continuación:

1) normativo, que se manifiesta por la creación de reglas de alcance general, de índole técnico en su mayoría, que interpretan, complementan y facilitan la aplicación del marco regulatorio y el título habilitante del servicio;
2) control y sanción, consistente en la verificación del ajuste de la conducta del prestador al patrón regulatorio y, con el efecto, en caso de infracción o desviación, de aplicar una medida sancionatoria o correctiva;
3) jurisdiccional, por medio del cual el regulador resuelve los conflictos que pueden suscitarse entre las partes o actores del sistema regulado; y
4) establecimiento y administración de incentivos, es decir, la propuesta de estímulos o beneficios con el fin de lograr la conducta libre y deseada del prestador.

Todo ello mediante el ejercicio de la función reguladora a través de un comportamiento “proactivo” de su titular destinado a promover el mejor

desempeño del regulado, tendiendo "a prevenir y solucionar los problemas del servicio, evitando la actuación refleja o reactiva frente a la conducta, del regulado e implicando un acompañamiento "activo", sin sustitución de este último, ya que la regulación, como ya señalara, es siempre una función externa respecto de las actividades sobre las que se ejerce", pudiéndose agregar que "no constituye una actividad o atribución que integra la competencia del regulador, sino un requisito para que su gestión resulte eficiente, en definitiva, un estándar de calidad que se aplica a todos los componentes de la función reguladora"[2].

II. La denominada "actividad jurisdiccional" de la Administración Pública

El tema ha dado lugar a un interminable debate en la doctrina argentina, que aún hoy se mantiene, ya que calificados autores sostienen que existen rasgos diferenciales entre la función administrativa y la jurisdiccional (con la aclaración de que esta última nunca puede ser equiparada a la función judicial), definiéndose la segunda, como la actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, cumplida por órganos encuadrados en el Poder Ejecutivo, por ejemplo, el Tribunal Fiscal de la Nación y los entes reguladores de los servicios públicos[3].

El acto jurisdiccional –según lo definió JÈZE– es la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto declarar una situación jurídica (general o individual) o hechos, con fuerza de verdad legal[4], y este autor aclara que no toda declaración es un acto jurisdiccional ya que sólo existe este acto cuando la declaración tiene fuerza de verdad legal, "res iudicata pro veritate habetur"[5]. Con ello JÈZE apunta, como elemento distintivo, al efecto jurídico del acto, pero no incluye al "conflicto" como elemento de caracterización.

La doctrina argentina, por su parte, agregó el dato de la controversia y mantuvo la "fuerza de verdad legal" de la decisión, asignándole a dicha fuerza los alcances de la cosa juzgada judicial[6], entendida ésta como la decisión definitiva y firme que resuelve una cuestión litigiosa, que no puede ser debatida en el

[1] Ver para un análisis más detenido, MATA, I.: "Los Entes Reguladores de Servicios Públicos. La experiencia de Argentina", en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2009, págs. 103-124.
[2] MATA: Los Entes Reguladores..., op. cit., pág. 111.
[3] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, 8ª Edición actualizada, Editorial Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2006, Tomo I, págs. 79-85
[4] JÈZE, G.: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, Tº IV, pág. 53.
[5] JÈZE, op. cit., pág. 54.
[6] CASSAGNE, op. cit., págs. 79-85.

mismo juicio ni en ningún otro y tiene la aptitud para ser ejecutada sin nuevas revisiones.

El carácter absoluto del instituto de la cosa juzgada se ha visto atenuado por la legislación de emergencia que, en algunos casos, ha postergado los efectos de las sentencias, o por la anulación de sentencias firmes ante crímenes considerados de "lesa humanidad", su efecto más importante es la "inmutabilidad", aunque en la legislación procesal se distingue entre cosa juzgada formal y material, asignando a esta última el efecto señalado. Del mismo modo, el recurso de revisión en materia penal procura corregir los efectos de una sentencia dictada sobre bases falsas.

En esa línea, LINARES sostiene que la jurisdicción es una función estatal por la cual se ejecuta el orden jurídico a través de actos unilaterales de alcance individual, que deciden cuestiones contenciosas en casos concretos, particularizando para el caso cualquiera de los contenidos de las normas de ese orden[7].

La actividad jurisdiccional y su producto el acto de esa índole, aparece en doctrina y jurisprudencia con diferentes acepciones, en primer lugar, con el perfil ya señalado de decisión de controversias con fuerza de verdad legal, al que se agrega el papel que desempeñaran los llamados tribunales administrativos, figura muy próxima a los tribunales judiciales, que sólo por su posición orgánica y presupuestaria están ubicados en el ámbito del Poder Ejecutivo, lo que obliga a que sus decisiones estén sometidas a la revisión final del Poder Judicial.

También en doctrina existe el criterio que considera actividad jurisdiccional los casos en que la Administración aplica sanciones, con lo cual se advierte un concepto extensivo de lo jurisdiccional, que se superpone con las potestades administrativas, ello sin perjuicio de que por sí las denominadas decisiones jurisdiccionales constituyen el ejercicio de atribuciones potestativas, así como también ocurre con los actos administrativos unilaterales y obligatorios para los administrados destinatarios de esos actos.

En ese sentido, pueden indicarse las sentencias de la Corte Suprema referidas más adelante, a las que pueden sumarse los pronunciamientos más recientes en los casos "López de Reyes"[8], "Hussar"[9] y "Gador"[10].

[7] LINARES, J. F.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, año 1975, pág. 50.
[8] Fallos 244:548.
[9] Fallos 319:2215.
[10] "Gador S.A. s/ infracción Ley Nº 16.463 -causa N° 1626/01-", G. 639. XXXVIII.

El ejercicio excepcional de la función jurisdiccional por órganos administrativos, según la doctrina que acepta la categoría, está sujeto a las siguientes condiciones:

1) debe estar asignado por una norma legal;
2) el órgano competente ha de contar con idoneidad y especialización "para tornar razonable y excepcional el apartamiento del principio general del juzgamiento por el Poder Judicial";
3) si las funciones jurisdiccionales son otorgadas en forma exclusiva, corresponde que quienes las ejercen gocen de garantías que aseguren su independencia, tal como la inamovilidad de sus cargos;
4) sus decisiones son revisables por el Poder Judicial;
5) no procede la avocación, reforma o modificación del acto jurisdiccional porque la ubicación de un tribunal en sede administrativa sólo constituye una dependencia jerárquica atenuada relativa al aspecto organizativo del ente o tribunal;
6) el órgano administrativo carece de competencia para revocar el acto por razones de interés público, alcanzándole en este aspecto la misma limitación que tiene el Poder Judicial;
7) el control sobre la legitimidad del acto por el Poder Ejecutivo se limita a los casos de "manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho", en los términos del art. 99, RLNPA; y
8) los actos jurisdiccionales gozan de la cualidad de la cosa juzgada formal, salvo el juego de los recursos ante la justicia[11].

Para BIELSA el concepto de "jurisdicción" se refiere a un género caracterizado por la decisión de conflictos entre partes con declaración del derecho aplicable y, dentro de ese género, se ubica la función judicial ejercida por un órgano imparcial e independiente[12].

La CSJN ha considerado actos jurisdiccionales las sanciones que aplica la Administración en ejercicio de sus atribuciones potestativas, como se desprende de la cita de sus precedentes, que formuló en la sentencia dictada en el caso "Fernández Arias" (considerando 16), donde se refirió al Departamento de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (Fallos 186:337; 187:79; 194:317 y 195:50), el Tribunal Bancario (Ley 12637; Fallos 199:401); el Departamento Nacional del Trabajo (Ley 11317; Fallos 182:157); y la Comisión Nacional de Conciliación (Decreto-Ley 32347/44; Fallos 207:346). Un pronunciamiento interesante fue el recaído en el caso "Hussar" (Fallos 319:2215, 16/10/1996), donde la Corte analizó la concesión de una jubilación por el Instituto Nacional de Previsión Social y consideró sus decisiones como "actos de la administración

[11] CASSAGNE, op. cit., págs. 96-98.
[12] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1966; Tomo V, págs. 117-127.

con contenido jurisdiccional" y también como "acto administrativo" la decisión sujeta a revisión[13].

El conflicto ante la Administración puede plantearse entre sujetos ajenos a ella o bien entre ella y particulares, en este segundo caso, según LINARES[14], se dan las situaciones siguientes: 1) reclamo del particular y denegación del órgano; 2) decisión de oficio del órgano y reclamo del particular; y 3) reclamo del particular, decisión favorable del órgano y oposición de un tercero, con lo cual se configura la situación de conflicto entre terceros ajenos a la Administración, supuesto asimilable al indicado en 1).

Como puede advertirse, si no se da como presupuesto el conflicto entre terceros, no puede hablarse de actividad jurisdiccional, aun para quienes la consideran una categoría jurídica distinta de la función administrativa. Esta aclaración resulta necesaria porque los supuestos indicados en 1) y 2) cierto sector de la doctrina los encuadra en la actividad jurisdiccional, con lo cual ésta tendría –como ya señalé– un efecto expansivo que llegaría a abarcar todas las decisiones que la Administración toma en ejercicio de sus atribuciones potestativas, o sea, cuando impone unilateralmente conductas obligatorias a los destinatarios de sus actos.

En forma favorable a la categoría, incluso en su vertiente expansiva, se ha orientado la Corte Suprema Nacional al considerar que ciertos organismos administrativos, en ejercicio de competencias de control, funcionan como "jueces" o "tribunales administrativos" que desarrollan una "actividad jurisdiccional" y, de acuerdo con ese criterio, incluyó en esa especie a la Inspección General de Personas Jurídicas (Fallos 304:348), la Comisión Nacional de Valores (Fallos 305:644), el Instituto Nacional de Vitivinicultura (Fallos 248:150), la Secretaria de Comercio, en la aplicación de la Ley de identificación de mercaderías Nº 11275 (Fallos 297:456), el Banco Central (Fallos 303:177), el Ministerio de Trabajo, en la imposición de multas, –expresando que esta atribución "constituye el ejercicio de facultades de tipo judicial", sin que obste a "la posibilidad de habérselas impuesto en ejercicio de atribuciones propias del poder de policía"– (Fallos 298:714), la Administración Nacional de Aduanas (Fallos 310:2159), la Superintendencia de Seguros de la Nación (Fallos 295:552), etc.

Con mayor sustento que con relación a las atribuciones de control, se ha considerado como "jurisdiccional" la competencia de la administración cuando resuelve en primera instancia un conflicto entre particulares, como acontece con el "Consejo de Trabajo Doméstico", el Instituto Nacional de la Propiedad

[13] Cabe también señalar el caso "Gador", en el cual el Tribunal sostuvo que la aplicación de una multa por la Administración tenía carácter "jurisdiccional" (Fallos G. 639. XXXVIII., 09/03/2004).

Industrial, en materia de patentes de invención, o el Tribunal Arbitral del Consumo (Ley 24240).

En ese aspecto, pueden recordarse los antiguos "jueces de mercado", quienes entendían en todas las cuestiones relativas a transacciones sobre ganados, frutos, fletes y exactitud de pesos y medidas[15].

Esta noción de acto jurisdiccional se introduce en la jurisprudencia de la Corte Suprema ante la necesidad de posibilitar el control judicial de ciertas decisiones administrativas, respecto de las cuales el legislador no había previsto ninguna acción o, peor aún, las había declarado "inapelables", como era el caso de las contravenciones sancionables con multas de reducido monto o pocos días de arresto. Frente a ello el Tribunal consideró que sus efectos eran equiparables a una sentencia y, en consecuencia, admitió que contra ellas pudiera interponerse el recurso extraordinario federal[16]. La situación, sin acudir a dicho remedio extremo, podía haberse resuelto con una acción de amparo, instituto que la Corte recién adopta mucho después, en forma pretoriana, en los célebres casos "Siri" y "Kot", fallados en los años 1957 y 1958, respectivamente[17], y que finalmente se incorpora en el derecho positivo argentino en el año 1966[18] y recibe consagración constitucional en el año 1994[19].

Si bien la Corte Suprema aceptó que la Administración podía desarrollar actividades jurisdiccionales diferentes de la función administrativa, y aún la existencia de tribunales administrativos, en todos los casos de actos

[14] LINARES, J. F.: Fundamentos..., op. cit., pág. 53.
[15] Arts. 48 a 59, Ley 1893 del año 1886.
[16] Fallos 218:540; 224:211; 225:201; entre otros.
[17] Fallos 239:459 y LL-92-627 - JA, 1958-V-216.
[18] Ley 16986.
[19] CN, art. 43.- "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

administrativos que aplicaban sanciones o resolvía conflictos, siempre tenía que darse la posibilidad de un control judicial suficiente y, en tal sentido, en el célebre caso "Fernández Arias", fijó su posición definitiva (Fallos 237:636, año 1960), sosteniendo que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos, atribuye fisonomía relativamente nueva al principio de división de poderes, como un modo universal de responder pragmáticamente a la realidad de los tiempos actuales. En tal sentido, la Corte resolvió en numerosos fallos, que es compatible con la Constitución la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales de índole administrativa destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración.

No obstante, continúa expresando la Corte en la mencionada sentencia, el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos debe quedar sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. Y el Tribunal precisó que "control judicial suficiente" quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a recurrir ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho controvertidos, excepto que, existiendo opción legal, las partes hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial; c) la mera facultad de interponer el recurso de inconstitucionalidad o arbitrariedad no basta para el control suficiente por los jueces; y d) dicho control no requiere multiplicidad de instancias, bastando al menos con una instancia judicial.

Con posterioridad el Tribunal diferenció la actividad jurisdiccional de la propia de un tribunal administrativo, estableciendo los rasgos distintivos en la sentencia que dictó en el caso "Angel Estrada", que comentaré más adelante.

La doctrina negativa de los actos jurisdiccionales como especie distinta de los actos administrativos –a la cual adhiero– fue brillantemente expuesta por FIORINI, quien sostiene con énfasis que "Cuando se pide una jubilación no se controvierte, cuando se rinde cuentas no se controvierte, cuando se observa una inversión de gastos no se controvierte, cuando se llama a responder sobre un hecho pasible de responsabilidad no se controvierte". Según este autor, la controversia supone partes enfrentadas e impone la existencia de un órgano que juzgue en forma independiente, y agrega "Primero la controversia, después el órgano independiente. Estos dos elementos son opuestos al proceso administrativo que substancialmente se realiza en permanente dependencia y ejecución realizadora. La independencia se opone a la jerarquía, el dirimendo controvertido a la ejecución administradora. La justicia significa independencia, la administración dependencia".

FIORINI señala que el acto jurisdiccional ha tenido origen en la doctrina francesa, que admite el control contencioso por la propia administración, circunstancia que en el derecho argentino está claramente vedada por los arts. 109 y 29 de la Constitución Nacional, que establecen las prohibiciones al Poder Ejecutivo para ejercer funciones judiciales y al Congreso Nacional y las legislaturas provinciales, el conceder facultades extraordinarias a dicho Poder o a los gobernadores de provincia[20]. Asimismo, el mismo autor concluye expresando que constituye un grave error identificar la actividad represiva de la administración con la actividad jurisdiccional, pues son situaciones completamente distintas y que responden a distintos procesos jurídicos estatales[21].

Para FIORINI el acto jurisdiccional sólo puede provenir de la función judicial y si la decisión proviene de un órgano independiente, sin subordinación jerárquica ni sujeción a tutela administrativa, con inamovilidad de sus miembros, se está frente a un órgano judicial, aunque esté formalmente posicionado dentro de la "organización de la Administración[22].

En tal sentido, me permito agregar que fuera del Tribunal Fiscal resulta difícil encontrar otro ejemplo de tribunal administrativo en el sistema argentino, asimismo, no advierto inconvenientes, porque se trata de una cuestión de palabras, que se llame "acto jurisdiccional" a la decisión administrativa que resuelve un conflicto, pero dejando bien claro que ese tipo de acto no tiene una naturaleza "sustancialmente" distinta del acto administrativo.

No obstante, corresponde señalar que el RLNPA, en su artículo 99, incorpora una norma sobre tales actos, cuyo texto expresa:

---

[20] Art. 109, C.N: En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.
Art 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

[21] FIORINI, B. A.: "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional", *La Ley* 101-1027.

[22] "Más aceptable sería la afirmación de que dentro de lo cuadros de la Administración el legislador pueda establecer órganos completamente independientes y excluidos de la línea de grados jerárquicos y que actúen ante controversias especiales. Si esto puede aceptarse, siempre deberá destacarse la independencia, de lo contrario no existiría jurisdicción". Y en sus clases puntualizaba que si se atiende a las características objetivas de las actividad puede considerarse como función judicial la de algunos órgano, como el Tribunal Fiscal de la Nación, situados dentro de la Administración por un accidente presupuestario" (V. FIORINI: *Inexistencia…*, op. cit., pág. 1034).

> Actos de naturaleza jurisdiccional; limitado contralor por el superior. Tratándose de actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional, contra los cuales estén previstos recursos o acciones ante la justicia o ante órganos administrativos especiales con facultades también jurisdiccionales, el deber del superior de controlar la juridicidad de tales actos se limitará a los supuestos de mediar manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho. No obstante, deberá abstenerse de intervenir y en su caso, de resolver, cuando el administrado hubiere consentido el acto o promovido –por deducción de aquellos recursos o acciones– la intervención de la justicia o de los órganos administrativos especiales, salvo que razones de notorio interés público justificaren el rápido restablecimiento de la juridicidad. En caso de interponerse recursos administrativos contra actos de este tipo, se entenderá que su presentación suspende el curso de los plazos establecidos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos.[23]

La posición que niega la naturaleza propia del acto jurisdiccional, se ha hecho cargo de las notas diferenciales que invoca la doctrina contraria y, en tal sentido, emplea los siguientes argumentos de réplica, destinados a demostrar que ninguna de esas notas es exclusiva de tales actos:

1) en lo tocante a la "avocación", tampoco procede cuando a) la competencia asignada al órgano inferior tiene como supuesto la capacidad técnica o especialización, como caso de los dictámenes de los órganos de evaluación de ofertas en los procedimientos de selección o los provenientes de los servicios jurídicos de la Administración; b) existiese un recurso específico a disposición del administrado, supuesto en que la avocación no puede interferir con ese derecho; y) c) si el acto proviene de un órgano desconcentrado con una competencia técnica específica, situación de las fuerzas armadas o de seguridad;
2) la imposibilidad de reformarlo tampoco constituye un rasgo propio del acto jurisdiccional, ya que tal circunstancia también se da respecto de los actos administrativos de los entes autárquicos controlados a través del recurso de alzada;
3) lo mismo acontece con relación a la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que también está impedida para ciertos casos de decisión del recurso de alzada[24];
4) también se critica la atribución a tales actos del carácter de "cosa juzgada", tema que trataré seguidamente;

[23] El art. 25 de la LNPA se refiere a los plazos para impugnar los actos y hechos de la Administración, por vía de acción o recurso judicial.

[24] Art. 97, RLNPA que en lo pertinente dispone: "...Si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada sólo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto; salvo que la ley autorice el control amplio. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo sin embargo modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren".

5) las normas establecidas para los requisitos y elementos del acto administrativo, así como para su eficacia o nulidad, se aplican también al acto jurisdiccional; y
6) respecto del control por el superior, previsto por el art. 99 RLNPA, se puntualiza que no se refiere a recursos expresamente establecidos para los actos llamados "jurisdiccionales", sino a la posibilidad de que el administrado opte por los recursos administrativos ordinarios, con la posible pérdida de las vías especiales[25].

La nota característica de "fuerza de verdad" que la doctrina asigna al acto jurisdiccional (v. la opinión ya citada de JÈZE) otros autores que aceptan la categoría, consideran que ese carácter equivale al de "cosa juzgada judicial", ya que si las partes consienten el acto jurisdiccional, éste adquiere plenamente esa cualidad[26].

Al respecto, considero, en primer lugar, que debe distinguirse claramente la "cosa juzgada" judicial de la "cosa juzgada administrativa", ya que ésta –pese a su impropia denominación que introduce la Corte Suprema en el caso "Carman de Cantón" (Fallos 175:368)– sólo tiene como efecto la imposibilidad de modificación del acto en sede administrativa, cuando éste confiere derechos subjetivos a favor del administrado, es decir, que sólo marca un límite en la potestad anulatoria de la Administración, la cual si aspira a invalidar el acto debe demandarlo ante la justicia (acción de lesividad). Naturalmente, si la Administración decide revocarlo, mejorando la posición del derecho del administrado, puede hacerlo, sin que obste a ello el instituto denominado "cosa juzgada administrativa".

Por otra parte, cabe también destacar que la "fuerza de verdad legal" puede ser adquirida por un acto cuando es consentido por las partes, sin perjuicio de la potestad revocatoria de la administración si mejora la posición de las mismas, potestad cuyo ejercicio generalmente no resulta viable cuando resuelve un conflicto, ya que el beneficio concedido a una de ellas implica el perjuicio de su contraria. Asimismo, corresponde recordar que el derecho prevé remedios para revisar los actos administrativos y las sentencias judiciales en supuestos excepcionales, como el recurso de revisión en el procedimiento administrativo[27].

[25] V. en cuanto a los argumentos críticos de la categoría, HUTCHINSON, T.: *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 502-510 y GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª Edición, Buenos Aires, Tomo I, págs. IX-16-46.

[26] V. MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Año 1965, Tomo I, págs. 88 y sigs., v. nota 120.

[27] LNPA, art. 22: "Podrá disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme: a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración. b) Cuando

Cont.

En otras palabras, la decisión con fuerza de verdad legal y la cosa juzgada judicial, entendida como imposibilidad de repetir la controversia, tienen el rasgo común de todo acto jurídico estatal firme o consentido. Al decir de FIORINI: "La cosa juzgada, la condición de no volverse a repetir nuevamente la controversia es la cualidad genérica que fluye de toda decisión jurídica que tiene el carácter de validez definitiva. La ley cuando se promulga adquiere esta condición, el acto administrativo después de su consentimiento presenta esta característica, y lo mismo acontece con la sentencia. La cosa juzgada responde a los valores seguridad y paz social, en la misma forma que los de toda norma general o especial de sanción definitiva"[28].

III. La competencia jurisdiccional de los entes reguladores

En materia de solución de conflictos por la Administración en la década de los 90 del pasado siglo, Argentina introdujo la institución de los entes reguladores de servicios públicos, como parte de la política de privatización de tales servicios, asignando a algunos entes la competencia para resolver conflictos entre las partes o sujetos del sistema regulado.

La atribución de dicha competencia presenta las siguientes modalidades:

1) resolver en forma previa y obligatoria "toda controversia" suscitada entre los sujetos regulados y los terceros vinculados con el servicio público;
2) una asignación de competencia para resolver conflictos, pero sin obligación para los usuarios de someterse a ella; y
3) no se prevé una atribución expresa de competencia, pero ésta se entiende comprendida en la función reguladora, naturalmente, en este caso, con sometimiento voluntario de los sujetos que son parte del sistema regulado.

El primer modelo es el seguido por los marcos regulatorios de la electricidad –en adelante, MRE[29]– y del gas –en adelante, MRG[30]– y la competencia está

después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero. c) Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto. d) Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada. El pedido deberá interponerse dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto en el caso del inciso a). En los demás supuestos podrá promoverse la revisión dentro de los TREINTA (30) días de recobrarse o hallarse los documentos o cesar la fuerza mayor u obra del tercero; o de comprobarse en legal forma los hechos indicados en los incisos c) y d)".

[28] FIORINI, B. A., "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional", *LL* 101-1027.

[29] Ley 24065.

[30] Ley 24076.

sustentada por la especialidad técnica del ente regulador y tiene por objeto una decisión administrativa que con posterioridad puede ser revisada por un juez independiente. En el MRE la jurisdicción obligatoria se establece para los generadores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios, mientras que para los usuarios y terceros interesados tiene carácter facultativo[31]. En cambio, en el MRG la competencia del regulador abarca obligatoriamente a los productores, captadores, procesadores, consumidores y toda clase de terceros interesados[32].

La segunda modalidad de atribución de competencia, es decir, sin obligación de los sujetos del sistema regulado de someterse a ella, es la asignada al regulador[33] por el actual Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales del área metropolitana de Buenos Aires[34], así como la atribuida a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), con competencia sobre el transporte automotor y el ferroviario[35].

Respecto del tercer caso, se puede indicar el Ente Regulador Nuclear que carece de atribución expresa para resolver conflictos[36].

Por su parte, la competencia para resolver en forma previa y obligatoria los conflictos, se asignó a lo entes reguladores únicos para todos los servicios públicos de las provincias de Córdoba[37], Salta[38] y la Ciudad de Buenos Aires[39].

[31] MRE, art. 72: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

[32] MRG, art. 9: "Son sujetos activos de la industria del gas natural los productores, captadores, procesadores, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural. Son sujetos de esta ley los transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor.
Art. 66: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte".

[33] Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS).

[34] Ley 26221.

[35] Decreto Nº 1388/1996.

[36] Ley 24804 y Decreto Nº 1390/1998.

La naturaleza de los entes reguladores y su competencia para resolver controversias sobre indemnización de daños y perjuicios, cuando tienen asignado el cometido legal de entender, en forma previa y obligatoria en todas las cuestiones vinculadas con el servicio regulado, se discutió en el caso "Ángel Estrada", fallado por la Corte Suprema (A. 126. XXXVI - Expte. N° 750-002119/96).

En tal sentido, el Tribunal entendió que las atribuciones jurisdiccionales conferidas a órganos de la Administración, en principio, no resultan acordes con los artículos 18 y 109 CN –que se refieren a la defensa en juicio y a la prohibición al Presidente de la Nación de ejercer funciones judiciales–, excepto que dichos órganos hubieran sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén asignadas, el objeto político y económico de su creación sea razonable y sus decisiones estén sujetas a un control amplio y suficiente. En función de tales presupuestos, la Corte concluye que la función de resolver conflictos que algunos marcos regulatorios encomiendan a los entes reguladores –como en el caso del ENRE, ente regulador del servicio eléctrico– no basta para que éstos se transformen en tribunales administrativos, posición que ya había adoptado en un caso anterior (Fallos 321:776), donde el Tribunal consideró que el ENARGAS –ente regulador del servicio de gas– no constituye un tribunal administrativo y su competencia está sujeta a las limitaciones del Art. 66, MRG[40].

La Corte agrega a su argumentación que la atribución de resolver conflictos asignada al ENRE, constituye una aplicación de la doctrina de jurisdicción primaria administrativa, tomada de la jurisprudencia estadounidense y que funciona cuando la controversia está vinculada con hechos "cuyo conocimiento se ha confiado a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la Administración o cuando se procura asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aún contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia" (Considerando 13 de la sentencia).

Si esa doctrina estadounidense hubiera sido citada por similaridad o analogía, la mención no sería objetable, pero creo que la equiparación con el régimen de los entes argentinos, resulta errónea porque entre ambos sistemas median

[37] Ley 8835 (arts. 25, inciso d) y 32).
[38] Ley 6835 (arts. 10, inciso k) y 14).
[39] Ley 210 (art. 20), en este caso es facultativa para los usuarios (art. 21, íd.)
[40] V. nota 32.

diferencias sustanciales, ya que a diferencia de la intervención "previa y obligatoria" del regulador dispuesta por la ley argentina, en Estados Unidos la competencia originaria le corresponde a los jueces, quienes con carácter previo a su decisión remiten el asunto a la opinión técnica de la agencia reguladora. En otras palabras, la competencia de los entes argentinos es originaria y está sujeta a la revisión ulterior de lo jueces; la ley y no el juez los habilita para la solución del conflicto[41].

En este caso se trataba de establecer la indemnización de los daños y perjuicios causados a un usuario por la interrupción del servicio eléctrico, sin embargo, el Tribunal aunque reconoce que los términos de la controversia incluyen aspectos técnicos, considera que éstos resultaban insuficientes para sustentar la competencia del regulador, ya que su intervención en tales aspectos podía ser sustituida por informes del regulador al juez ordinario.

En cuanto a las consideraciones que formula la Corte para excluir del concepto "toda controversia" las cuestiones de daños y perjuicios, resultan endebles si se atiende a que en lo sustancial argumentó que "Toda vez que la materia del reclamo está constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, resulta claro que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo. Por ello (...) [éste] carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común" (Considerando 16).

Si bien desde esa visión teórica no resulta consistente la sustracción de los daños y perjuicios[42] de la competencia de los entes reguladores cuando, según la ley, pueden resolver toda controversia vinculada con el servicio sujeto a su jurisdicción, lo cierto es que desde el punto de vista práctico resulta complicado por la infraestructura que debieran montar para atender este tipo de reclamos, a lo que cabe agregar la dificultad de la demora cuando su legislación orgánica no prevé un recurso directo como vía procesal abreviada ante un tribunal de segunda instancia, como acontece en los marcos regulatorios provinciales,

[41] La misma Corte en esta sentencia expresa –siguiendo jurisprudencia estadounidense– que la "jurisdicción primaria" de las agencias administrativas corresponde originariamente a los jueces ordinarios (v. considerando 13). V. el valioso estudio de P. J. J. COVIELLO: "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso "Ángel Estrada")", *El Derecho, Administrativo,* Buenos Aires, 29/04/2005, págs. 11-19.

[42] Debe aclararse que la exclusión se refiere a los daños y perjuicios que están sujetos a demostración, prueba y cuantificación, y no a los que se encuentran fijados y tasados en el marco regulatorio o en el título habilitante de la prestación, cuya aplicación le corresponde al regulador, como lo reconoce la Corte en la misma sentencia (V. Considerando 5°).

circunstancia que obligaría a las partes a tramitar la etapa previa y obligatoria frente al regulador y luego recorrer todas las instancias judiciales que, en el orden local, serían tres, y, eventualmente, una cuarta si se dedujera el recurso extraordinario federal.

Otro punto que cabe señalar es que la intervención previa y obligatoria de los entes reguladores en los casos de conflicto entre las partes del sistema o con terceros vinculados al servicio, no constituye una hipótesis de actividad prejudicial, ya que ésta se configura cuando una decisión judicial o "jurisdiccional" produce efectos sobre un procedimiento que se desenvuelve ante otro juez o autoridad jurisdiccional, como acontece en Francia, donde un juez ordinario no puede revisar la legalidad de un acto administrativo por cuanto ese examen le compete al juez administrativo. En Argentina cuando un ente regulador decide un conflicto no lo hace en ejercicio de una competencia exclusiva, de modo que cuando el asunto es sometido al conocimiento del juez, este puede examinar el acto sin límites ni sustracción de ninguno de los aspectos que hacen a la legalidad.

IV. Control judicial

En este punto, con visión de síntesis, abordaré los temas procesales que considero de mayor importancia, siguiendo las pautas establecidas en los MRE y MRG.

A. Agotamiento de la instancia

Las decisiones de los entes reguladores que resuelven conflictos entre los sujetos del servicio regulado –y en ciertos casos, respecto de terceros vinculados al servicio– están sujetas a control judicial suficiente, sea por la vía de una acción contenciosa o de un procedimiento abreviado llamado "recurso contencioso" o "recurso directo".

De modo previo, resulta menester señalar que la doctrina en general considera la jurisdicción previa y obligatoria de los entes en materia de conflictos un caso más de agotamiento de la vía administrativa, como requisito para impugnar ante la justicia[43]. Pese la similitud entre ambos institutos, no comparto que puedan ser equiparados en forma total, ya que dicho pronunciamiento previo del regulador nunca podría considerase como innecesario y aplicársele

[43] Conf. COVIELLO: *¿Qué es la jurisdicción primaria?...*, op. cit., esp. págs. 17-19.
LNPA, art. 23: "Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas. b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto. c) cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10. d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9".

la doctrina del "ritualismo inútil", que establecía expresamente la versión originaria del art. 32, LNPA, liberando del recorrido de la previa instancia administrativa, si "Mediare una clara conducta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil". Dicho estándar, cuya configuración quedaba librada a la interpretación discrecional del juez, antes de su consagración por la LNPA había sido adoptado por la Corte Suprema[44] y, luego de sancionada dicha ley, fue aplicado con amplitud por la jurisprudencia, en particular, por el fuero contencioso administrativo federal[45].

La norma del art. 32, LNPA, que se refería al ritualismo inútil, fue derogada por la reforma que le introdujo la Ley 25344 (año 2000)[46], pero pese a ello el principio continuó siendo aplicado por la justicia[47] y sostenido por la doctrina[48].

[44] Fallos 204:618; 215:326, entre otros.

[45] CNCAF. Sala II, LL 1977-D-266; Sala IV, casos "Farga", 20/12/1988, y "Ramos", 23/11/1989; Sala V, caso "Ranone", 28/10/98; entre otros

[46] "Art. 12.-Sustitúyense los artículos 30, 31 y 32 de la ley 19.549 por los siguientes: Artículo 30: El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas. Artículo 31: El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente. Artículo 32: El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual".

[47] La propia Corte Suprema lo aceptó implícitamente en los casos "Telese de Agost Carreño", 21/05/2002 (Fallos T.15.XXXVI) y "Pasa S.A.", 27/05/2004 (Fallos P. 358. XXXVII).

[48] Conf. GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 4, 9ª Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, pág. XII-19; CANOSA, A.: *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2001, pág. 92; SISELES, O. E. y VICENTI, R. W.: "La ley de emergencia 25344 y el proceso contencioso administrativo", *LL, 2001-F*, págs. 1184/1186.

B. La legitimación en el recurso directo

En este aspecto se trata de determinar quiénes son partes en la acción judicial calificada como "recurso directo" y, al respecto, tanto en doctrina como en la jurisprudencia se han perfilado distintos criterios, que se pueden agrupar del modo siguiente:

1) tienen el carácter de partes quienes tuvieron ese papel en el conflicto planteado ante el regulador[49], quedando éste excluido de la controversia judicial[50];
2) el regulador debe ser "parte demandada" en la acción judicial[51]; y
3) el regulador puede ser citado como tercero, intervención judicial que confiere calidad de parte y que puede ser de dos clases, voluntaria u obligada; la primera tiene lugar cuando el tercero acredita sumariamente que la sentencia puede afectar su interés propio o cuando según las normas del derecho sustancial, tuviera legitimación para demandar o ser demandado en el juicio. Por su parte, la intervención obligada responde a la petición del actor o del demandado cuando considera que la controversia es común con el tercero[52].

Además de los sujetos o partes del sistema regulado también están legitimados para intervenir en el recurso directo, el Defensor del Pueblo[53], las asociaciones de usuarios[54], y el Ministerio Público[55], quienes están habilitados para actuar en defensa de los derechos de sus representados[56].

[49] Algún autor se refiere a las "partes privadas" del conflicto, pero en la práctica regulatoria, particularmente en provincias, a veces ha sido parte del conflicto algún municipio, en su carácter de "tercero vinculado con el servicio", en los términos de los marcos regulatorios.

[50] CNFed. Cont. Admi., Sala I, 2/6/94, "La Sudamericana C.I.S.A. c. Metrogas S.A. – Res. Enargas MJ 2/94"; ídem, 2/9/97., "Gas Natural Ban S.A. c. Res. 59/95 Enargas (exp. 1090/94)"; ídem Sala II, 14/9/95, "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Distribuidora de Gas del Sur S.A.- Res. Enargas 25/94; ídem "Litoral Gas S.A. – Santa Clara S.A. – Vicentín S.A.I.C. y otros c. Ente Nacional Regulador del Gas –Res. Enargas MJ 07/93"; ídem Sala III, 2/8/01, "Edenor S.A. c. Res. 664/99 ENRE; ídem Sala IV, 3/9/98, "Zanella Hnos y Cía S.A.C.F.I. c. Re 156/97ENRE (exp. 750-002040/97); ídem "Empresa Provincial de San Luís c. Res. 381/01 Enargas (exp. 5755/00"; ídem Sala V, 3/4/00, "Fondo Inmobiliario S.A. c. Res 243/99 Enargas (exp. 4052/98)"; ídem "P.A.S.A.S.A. – Incidente y otro c. Res. 149/96 Enargas (exp. 1701/95).

[51] CNFed. Cont. Admi., Sala II, 2/11/99, "Empresa Distribuidora de Energía de La Plata (EDELAPS.A.) c. Res. 104/98-408/98 – Sec. E. y P. (exp. 750-003833/96)"; ídem, Sala III, 17/4/97, "Cooperativa de Obra Serv. S. Ltda. De Tres Arroyos y otro c. ENRE"; ídem, 5/10/01, "Central Costanera S.A. c. Ente N.R. Elec. Res. 5, 6, 10, 29/93 y 109/94".

[52] CNCAF, Sala I, Interlocutorio de fecha 09/11/1998, in re "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 – Sec. Ener. Y Puertos (exp. Nº 750.002119/96)" y luego en el voto del integrante de esa Sala, Dr. Néstor BUJAN, en la sentencia definitiva de segunda instancia en la misma causa, (V. arts. 90 a 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

[53] CN, art. 86: "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás

Cont.

Cabe preguntarse si la intervención de estos legitimados especiales puede tener cabida en la sustanciación del recurso directo cuando no se presentaron en el trámite del conflicto ante el ente regulador. Teniendo en cuenta la protección de los derechos que sustentan su capacidad procesal según la Constitución Nacional, considero que nada impide su intervención en la sustanciación del recurso directo, máxime cuando la misma puede tener lugar, cualquiera fuese la etapa o la instancia del juicio en que éste se encontrare, según lo permite el art. 90, CPCC.

La posición doctrinaria que sostiene la necesaria intervención del regulador como parte, en los casos de recursos directos contra resoluciones que resuelven conflictos, están sustentadas en que el regulador no desempeña una función similar a la judicial, sino en ejercicio de su misión reguladora del servicio, de tal modo que el conflicto de intereses entre sujetos regulados, también

derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial".

[54] CN, art. 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

[55] CN, art. 120: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

[56] Sobre el alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones de usuarios, ver los fallos de la CSJN en "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. De Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ Amparo" (DJ, 1996-1, 331) y "Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires", 22/04/1997, (LL 1997-C-323).

se encuentra presente, ya sea cuando el regulador dicta un reglamento, impone una sanción u otorga una licencia o una autorización para construir una infraestructura afectada al servicio o, finalmente, cuando resuelve una controversia entre agentes del sistema regulado.

En abono de esa posición se agrega que un ente regulador tiene cierta discrecionalidad para decidir si determinada materia será objeto de resolución por vía reglamentaria o a través de la solución de un caso puntual[57].

No comparto tal criterio, porque si bien considero –como ya lo expresé– que la llamada "actividad jurisdiccional" no difiere de la función administrativa y no configura una especie próxima a la función judicial, tal circunstancia no basta para hacer ingresar a un ente regulador como parte del juicio de revisión de su decisión en el conflicto.

Su delicada posición de imparcialidad y su autonomía de criterio al resolver podrían verse afectadas si debiera atender a la estrategia procesal que adoptará para el caso de ser codemandado en la instancia judicial.

Por otra parte, su ingreso al juicio crearía el riesgo de alterar el principio de igualdad en el derecho de defensa de la parte demandante, ya que ésta debería enfrentarse con dos contendientes, uno de los cuales –el regulador– dispondría del arsenal técnico propio de su especialización.

Por último, cabe señalar que todas las decisiones administrativas tomadas en ejercicio de atribuciones potestativas, siempre resuelven conflictos de intereses, porque esa es la finalidad de una potestad pública, que explica la unilateralidad y la obligatoriedad de la decisión. En la solución de un conflicto entre las partes del sistema regulado de los servicios públicos, el regulador también pone en juego sus potestades, pero la decisión difiere jurídicamente del reglamento o de la sanción.

A mi entender, tampoco correspondería citar al regulador como tercero interesado porque en definitiva, asumiría la calidad de parte, en el caso de intervención voluntaria (art. 90, CPCCN), o la sentencia lo alcanzaría como a los litigantes principales (art. 96, CPCCN).

Otro tema de interés consiste en establecer qué ocurre cuando la decisión del regulador que resuelve un conflicto es susceptible de ser cuestionada a través

[57] Conf. AGUILAR VALDEZ, O.: "Acerca de las partes demandadas en los procesos de revisión judicial de la actividad jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos nacionales", en la obra colectiva de homenaje a Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2004, págs. 1055-1043.

del recurso administrativo de alzada, ya que el criterio de interpretación que se adopte tiene distintas consecuencias jurídicas.

En primer lugar, corresponde señalar que el Reglamento del MRE, en adelante RMRE, aprobado por el Decreto 1398/1992, prescribe que los actos del regulador (ENRE) que resuelven controversias "serán de índole jurisdiccional" (RMRE, art. 72), correspondiendo a la Secretaría de Energía establecer con carácter previo a la decisión del recurso de alzada[58], si el acto es o no de naturaleza jurisdiccional. Cabe entonces preguntarse qué sentido tiene ese pronunciamiento de la secretaría competente y, al parecer, la previsión tendería a limitar el control, circunscribiéndolo a los casos excepcionales que prevé el art. 99, RLNPA.

En segundo término, debe también establecerse si cuando se interpone un recurso de alzada contra la decisión del regulador en un conflicto, el Estado a través de la Administración Central, una vez que resuelve el recurso, debe ser parte en el juicio de revisión. En este aspecto considero que las mismas razones que expresé para negar el carácter de "parte" al regulador, también se aplican respecto del Estado en esa situación.

La doctrina que admite el carácter de "parte" del regulador distingue entre tres situaciones, o sea, que el órgano competente para resolver el recurso de alzada confirme, anule o sustituya el acto recurrido; en el primer caso, se considera que únicamente el regulador debe actuar como parte demandada, en cambio si la decisión de la alzada fuese íntegramente anulatoria o sustitutiva, corresponde que la acción judicial se dirija exclusivamente contra el Estado (Administración Central), ya que no se cuestionaría la decisión del regulador sino la del órgano que ejerció el control administrativo. Por último, conforme a esa línea interpretativa, si la anulación o la sustitución fueren sólo parciales, el regulador y la autoridad de alzada deberían ser demandados.

C. Los plazos

Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten que las acciones contra el Estado por los actos de la Administración, queden sujetas a plazos de caducidad con tiempos sensiblemente menores a los de prescripción, configurándose una prerrogativa procesal destinada a otorgar estabilidad a los actos administrativos[59], que, en definitiva, contribuye a la paz y seguridad en la vida social[60].

[58] Cabe destacar que la resolución del recurso de alzada en el régimen general de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 19549 –en adelante LNPA– le compete al ministro o Secretario de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el ente autárquico, no obstante la alzada deducida contra el acto del ENRE la resuelve la secretaría sectorial, quedando agotada la vía administrativa con su pronunciamiento (RLNPA, art. 76).

En el ámbito nacional de Argentina, los plazos de caducidad fueron introducidos por la LNPA[61] aunque habían sido precedidos por las figuras legales de numerosos recursos llamados "contenciosos" (acciones de trámite abreviado), sujetos a plazos muy breves para accionar. En estos casos, se planteó la discusión acerca de si una vez operado su vencimiento era posible accionar por la vía ordinaria con el sólo límite de los tiempos de la prescripción.

Con anterioridad a la sanción de la LNPA, las demandas contra el Estado estaban condicionadas a una reclamación administrativa previa dentro de los términos de prescripción establecidos por la legislación común, en cambio, las provincias, que seguían las pautas del contencioso francés, a través de la legislación española, habían adoptado el régimen de los plazos de caducidad para demandar al Estado.

Con relación a la regulación de los servicios públicos, el MRG prevé que los actos que resuelven conflictos sean recurribles ("causan estado") ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, a través de un recurso directo que debe interponerse, en forma fundada y ante el regulador (ENARGAS)[62], dentro del plazo de quince días de notificada la resolución.

[59] En tal sentido, al sentenciar en el caso "Serra", la Corte Suprema sostuvo que la demandabilidad del Estado exige que sus funciones no se vean afectadas por las demandas de los particulares, y que las garantías de éstos tampoco sean menoscabadas con privilegios contrarios a la Constitución. Asimismo, agregó que cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano judicial (Fallos 316:2454).

[60] El mismo Tribunal consideró que los plazos de caducidad constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública consecuencia del denominado "régimen exorbitante del derecho privado", agregando que la existencia de tales plazos se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos para evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la Administración (Caso "Gypobras", G.146. XXVIII).

[61] Artículo 25.- "La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.- Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas".

[62] No le compete al ente regulador denegar o conceder el recurso, limitándose a enviar las actuaciones al tribunal competente, el que decidirá sobre la admisibilidad del recurso (CNCAF, Sala II, causa "Compañía General de Gas", 23/06/1995).
V. MRG, art. 66 en nota 32.

Por su parte, el MRE no contiene un recurso judicial específico para impugnar las decisiones relativas a controversias, por lo que se aplica la norma general que permite el recurso directo ante el mismo tribunal[63].

V. Conclusiones

En función de lo expuesto, considero que pueden formularse las conclusiones siguientes:

1) la denominada "actividad jurisdiccional" y las decisiones adoptadas en su ejercicio tienen la misma naturaleza de la actividad administrativa y de los actos administrativos;
2) la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional y de gran parte de la doctrina adoptaron un criterio contrario. Dicho tribunal lo hizo ante la falta de previsiones legales que aseguraran el acceso a la justicia en los casos de infracciones contravencionales;
3) la noción de "actividad jurisdiccional" se extendió, abarcando el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, la que en tales casos fue considerada como un "tribunal administrativo";
4) según mi criterio, la "actividad jurisdiccional" así concebida vulnera los artículos 29 y 109 de la Constitución Nacional;
5) los entes reguladores, creados con motivo de la privatización de los servicios públicos, fueron investidos de la competencia de resolver los conflictos que se suscitan entre las partes del sistema regulado;
6) en algunos casos, como por ejemplo, los entes reguladores del servicio eléctrico y de la provisión de gas en el orden nacional, dicha competencia se estableció en forma previa y obligatoria al control judicial;
7) la atribución de resolver conflictos por los entes reguladores no guarda relación con las doctrinas de la "jurisdicción primaria administrativa" ni con la denominada "cuestión previa";
8) la jurisprudencia de la Corte Suprema consideró que los entes reguladores en el ejercicio del cometido indicado, no se constituyen como tribunales administrativos;
9) en todos los casos de solución de conflictos por los entes reguladores, debe asegurarse el "control judicial suficiente"; y
10) dicho control, en los casos del MRE y el MRG, se realiza a través de un recurso directo ante un tribunal de segunda instancia, sujeto a un plazo de caducidad y, según mi criterio, en la sustanciación judicial del recurso, el regulador no debe ser parte.

[63] MRE, Art. 76.- "Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal".

PARTICULARIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO JURISDICCIONAL

José Mario Serrate Paz

I. Los actos jurisdiccionales de la administración pública en la legislación boliviana

Dada a la incidencia del acto jurisdiccional en el quehacer administrativo de Bolivia, haremos una revisión de la actividad jurisdiccional de la Administración Pública, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Antes de entrar en materia, cabe referir que el territorio que hoy constituye Bolivia, pertenecía en la época de la colonia a la jurisdicción de la Audiencia de Charcas fundada por Real Cédula de Valladolid, de 18 de septiembre de 1559[1]. Dice VALENTÍN ABECIA, citado por REVILLA QUEZADA, que las Audiencias formaban planes de gobierno y administración, además de éstas y otras atribuciones de orden político y administrativo, eran altos tribunales de justicia que sentenciaban en segunda y tercera instancia[2].

Posteriormente, Bolivia, ya como república, siguiendo los lineamientos impuestos por el derecho continental europeo, denominado también derecho romanista o romano-germánico, influido por el derecho canónico y también por el pensamiento de la Ilustración, implementó desde sus inicios un sistema jurídico basado en la división de poderes. En el mismo el Órgano Ejecutivo, como es tradicional emitía actos administrativos, entre ellos, algunos de naturaleza jurisdiccional. Ejemplo de éllo, es la facultad conferida al Ministerio del Trabajo y Previsión Social para arbitrar los conflictos entre obreros y empleadores[3].

Ahora bien, ¿cómo se puede justificar que el Órgano Ejecutivo dicte actos jurisdiccionales, siendo que su función principal es administrativa y que la Constitución Política del Estado[4], en la misma línea, al igual que en los anteriores textos constitucionales, establece:

---

[1] Cfr. REVILLA QUEZADA, A.: *Curso de Derecho Administrativo Boliviano*, Burrillo, La Paz, Bolivia, 1958, pág. 36.
[2] Idem, pág. 36.
[3] Idem, pág. 208.
[4] Mediante Referendum del 25 de enero de 2009, fue aprobado el proyecto constitucional, presentado al Honorable Congreso Nacional por la Asamblea Constituyente, el 15 de diciembre

Cont.

- el principio de la separación de poderes[5],
- La disposición de que las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí[6],
- La declaración de nulidad de los actos de quienes usurpen funciones que no le competen, así como los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley[7],
- La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción[8]?

En este sentido, cabe aclarar que es la misma Constitución la que viabiliza la emisión de actos de naturaleza jurisdiccional en sede administrativa, cuando dispone:

- Que la organización del Estado se funda no sólo en la independencia y en la separación de poderes sino también en la coordinación y cooperación de los mismos[9].
- Que Bolivia se constituye en un Estado fundado en la pluralidad y pluralismo jurídico, dentro de un proceso integrador del país[10].

Entrando en materia, y para analizar esta temática, seguimos el criterio trazado por la doctrina:

> El acto jurisdiccional, en el campo del derecho administrativo, se rige por los principios y conclusiones aplicables al acto administrativo de sustancia jurisdiccional, pues... no sólo puede haber jurisdicción en el ámbito estrictamente judicial, sino también en la esfera de la Administración Pública[11].

Así tenemos que la mentada separación de poderes no es más que una separación de funciones y que los órganos si bien preponderantemente tienen una función específica, en menor proporción o excepcionalmente, también ejercen funciones materiales atribuidas a los otros:

de 2007. La Constitución Política del Estado fue publicada y puesta en vigencia el 7 de febrero de 2009. Corresponde manifestar que la ley especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente, que establecía las bases para su desarrollo, fue quebrantada por los mismos asambleístas, en cuanto al quórum, al término para elaborar el proyecto de constitución y en cuanto a la sede en la que debió desenvolverse. En la Gaceta Oficial de Bolivia, se lee que el Congreso Nacional realizó "ajustes" (que no le competen) al introducir varias reformas al texto constitucional, presentado por la Constituyente.

[5] CPE, art. 12-I.

[6] CPE, art. 12-III.

[7] CPE, art. 122.

[8] CPE, art. 180-III.

[9] CPE, art. 12-I.

[10] CPE, art. 1.

[11] MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*. TºII, Abeledo Perrot, Bs.As., Argentina, 1988, pág. 452.

El **Órgano Legislativo,** que en principio dicta normas abstractas y generales, tiene la facultad *jurisdiccional*, conferida a la Cámara de Senadores, de juzgar en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia.[12] Asimismo, al aprobar su presupuesto y ejecutarlo, nombrar y remover a su personal administrativo y atender todo lo relativo a su economía y régimen interno, *realiza una actividad eminentemente administrativa*[13].

El **Órgano Judicial** cuyo actuar es principalmente de naturaleza jurisdiccional, al designar, de las ternas propuestas por el Consejo de la Magistratura, a los vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, o cuando prepara proyectos de leyes judiciales para presentarlos a la Asamblea Legislativa Plurinacional, *ejerce una función eminentemente administrativa*[14]. Así también, ejerce una *función materialmente legislativa* cuando dicta los reglamentos a los que hace referencia la Ley de Organización Judicial[15].

El **Órgano Ejecutivo**, que si bien tiene como función primordial la administración del país, también ejerce una *función legisladora* cuando dicta reglamentos, en especial, los de contenido normativo[16] y ejerce una *actividad jurisdiccional*, en diversos casos que analizaremos en el presente trabajo.

El **Órgano Electoral**, fue recientemente creado por la nueva Constitución. Su jurisdicción, competencia y atribuciones, serán definidas en sus distintos niveles por el Congreso de la República, en el plazo de sesenta días después de la publicación de la Constitución[17].

A. Los actos jurisdiccionales

El acto jurisdiccional administrativo es el emitido por la Administración Pública, en ejercicio de sus potestades para solucionar una controversia con fuerza de verdad legal. Coincidimos con el criterio de que la potestad jurisdiccional de la Administración Pública es el poder de decidir, en un caso concreto lo que es derecho, según la legislación vigente.

En nuestro medio, la actividad jurisdiccional ha sido ejercida por diversos órganos administrativos, algunos dedicados principalmente a esta actividad, ejemplo el otrora *Tribunal Fiscal*, órgano a través del cual se ejercía la jurisdicción contenciosa-tributaria, que actuaba como juzgado de primera y

[12] CPE, art. 160 inc 6.
[13] CPE, art. 158 –I, 1.
[14] CPE, art. 184 inc 5 y 6.
[15] Ley 1455 de 18 de febrero de 1993, art.55 inc.23.
[16] CPE. art. 172 inc 8.
[17] CPE, art. 205 y Disposiciones Transitorias I.

segunda instancia para el conocimiento de las demandas interpuestas contra los actos administrativos que determinaban tributos en general[18].

En ese mismo sentido, el *Consejo Nacional de Reforma Agraria*, dependiente del Ministerio de Asuntos Campesinos[19], tenía la atribución de conocer en grado de apelación las acciones sobre denuncias de tierras[20], cuyo conocimiento en primera instancia estaba a cargo de los jueces agrarios[21], con la particularidad de que sus fallos, paradójicamente, eran irrevisables por los tribunales ordinarios.

Actualmente, existen órganos de la administración activa, como ser la Aduana Nacional, que ejercen funciones jurisdiccionales al resolver los recursos de revocatoria y jerárquicos[22]. Estas resoluciones están sujetas a revisión de la Corte Suprema de Justicia, que juzgará en única instancia, por la vía ordinaria de puro derecho[23].

Encontramos que estos actos, no obstante su naturaleza jurisdiccional, son actos administrativos[24], debiendo ser tratados jurídicamente como tales sin perjuicios de las notas específicas que les correspondieren por su referida sustancia jurisdiccional. El acto jurisdiccional se caracteriza por la naturaleza de la decisión y no por el procedimiento seguido para llegar a ella.

Hay para nosotros, una diferencia entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo, emitidos ambos por la administración. Si bien la Administración Pública está sometida plenamente a la ley al emitir cualquiera de sus actos, asegurando a los administrados el debido proceso, cuando se trata de dictar actos jurisdiccionales, nuestro ordenamiento jurídico, además, le impone *límites puntuales* al respecto, no solamente por la excepcionalidad del ejercicio de esta actividad, sino por su naturaleza jurisdiccional. En nuestro medio, encontramos las siguientes particularidades:

1. La jurisdicción imputada a los órganos administrativos debe de provenir de una ley formal y no de la simple voluntad del poder ejecutivo emanada en un Decreto Supremo[25]. Todos los entes administrativos con facultad jurisdiccional han sido creados por ley formal[26].

[18] Código Tributario, creado mediante Decreto Supremo de 2 de julio de1970, arts. 181 y 193 ss.
[19] Decreto Ley 3464, de 2 de agosto de 1953, art. 162, inc. b).
[20] Id, art. 165, inc. c).
[21] Id, art. 166, inc. b).
[22] Decreto Supremo 25870, de 11 de agosto de 2000, art.291 a 294.
[23] Código de Procedimiento Civil, art. 780.
[24] MARIENHOFF: Ob.Cit., pág. 249.
[25] CPE, art. 122 (Son nulos los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley).
[26] Ley 1600 de 28 de octubre de 1994. Crea las Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial y las Superintendencia Sectoriales.

2. Debe justificarse la idoneidad del órgano, para que los entes administrativos, por la complejidad de las causas, puedan ejercer la facultad jurisdiccional. Así el Superintendente General, de Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) por ejemplo, deberá contar con una experiencia profesional, afín con la especialidad, de por lo menos diez años[27] y ejercerá sus funciones a tiempo completo y con dedicación exclusiva[28]. En el mismo sentido, a los Superintendentes Sectoriales, también se les exigen similares condiciones.
3. Los órganos administrativos que ejerzan una facultad jurisdiccional deben gozar de prerrogativas suficientes que garanticen la imparcialidad de sus resoluciones. En mérito a ello, los superintendentes serán designados por el Presidente de la República de terna propuesta por el Senado, gozarán en el ejercicio de sus funciones de un periodo de inamovilidad en el cargo[29]. Las Superintendencias, tanto generales como sectoriales, tienen autonomía presupuestaria, es decir su financiamiento no depende del presupuesto del Poder Ejecutivo[30].
4. Toda resolución final emanada de los órganos jurisdiccionales administrativos, debe estar sometida al control final del poder judicial. Agotado el procedimiento administrativo[31], queda expedita la vía jurisdiccional del contencioso-administrativo[32].

Respecto al último inciso es menester recordar, que los actos jurisdiccionales de la Administración Pública, si bien gozan de los principios de la cosa juzgada administrativa, siempre pueden, en nuestro medio, ser revisados judicialmente.

Así tenemos que en cuanto al control final de los actos de la Administración Pública por parte del órgano judicial, nuestro Código de Procedimiento Civil, dispone que el proceso contencioso administrativo es un proceso totalmente distinto al procedimiento administrativo. Como tal, se inicia con la interposición de una demanda que deberá cumplir con todos los requisitos formales establecidos por ley, y que deberá ser interpuesta dentro de los noventa días a contar de la fecha de notificación de la resolución denegatoria de las reclamaciones efectuadas ante el órgano administrativo. Sin embargo, este proceso se tramitará en la vía ordinaria de puro derecho[33].

[27] Ley 1600, arts. 5 y 9.
[28] Id, art.4.
[29] Id, art.4.
[30] Id, art. 3.
[31] Ley 2341, de 23 de abril de 2002, art. 70.
[32] Ley 1600, art.23.
[33] Código de Procedimiento Civil, art. 778.

De ello se desprende la irrevisibilidad de los hechos en el proceso contencioso administrativo. El control de los actos administrativos de contenido jurisdiccional, es restringido en tal magnitud que llega a afectar la sustancia del control judicial de los actos del órgano ejecutivo[34].

B. Actos jurisdiccionales de la administración pública en general – recursos administrativos

Como evidencia de la actividad jurisdiccional de la Administración Pública, el legislador ha normado en forma expresa, un sistema de recursos a favor de los administrados. Cuando los Ministerios y las distintas entidades públicas, resuelven los *recursos de revocatoria y/o jerárquico* interpuestos por el administrado, emiten actos de contenido jurisdiccional, pues tienen por finalidad aplicar el derecho a tales efectos[35].

Estos recursos se pueden presentar contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos de carácter equivalente. Para interponer estos recursos, los actos impugnados, deben a criterio del interesado, afectar, lesionar, o causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos[36].

En Bolivia no proceden los recursos administrativos contra actos de carácter preparatorio o de mero trámite, ni contra los actos de administración, salvo que éstos determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan la indefensión del interesado[37]. La presentación de estos recursos requiere de fundamentación y del cumplimiento de todos los requisitos y formalidades del ordenamiento jurídico aplicable[38].

Durante la sustanciación de los recursos, como garantía del debido proceso adjetivo y como consecuencia de la garantía al derecho a la defensa, el administrado tiene la oportunidad de ser oído, así como a ofrecer y producir su prueba, de presentar sus alegatos y a obtener una resolución que exponga en forma motivada los aspectos de hecho y de derecho en los que se funda.

La norma contempla en forma expresa la figura jurídica de la *reformatio in peius* que protege al recurrente, para que por ninguna circunstancia pueda ver agravada su situación inicial como consecuencia exclusiva de interponer un recurso. Esta figura, también alcanza a los demás recursos administrativos, ya que éstos se rigen supletoriamente por la Ley de Procedimiento Administrativo.

[34] CPE, art. 12.
[35] Decreto Supremo 29894, de 7 febrero de 2009, art 15-I inc k.
[36] Ley 2341, art. 56.
[37] Id, art. 57.
[38] Id, art. 58.

Abona este criterio, el hecho de que la resolución de un recurso planteado, puede confirmar o revocar total o parcialmente el acto impugnado, también puede desestimarlo si el recurso ha sido interpuesto fuera de término o si no cumple con las formalidades exigidas, pero en ningún caso la resolución, puede agravar la situación del impugnante[39].

– Recurso de revocatoria.- Este recurso, se presenta ante la misma autoridad que dictó la resolución y dentro de un término fijado al efecto. La autoridad emisora del acto tendrá un plazo para sustanciar y resolver el recurso.

Si vencido el plazo, el órgano administrativo no lo ha resuelto, opera el silencio administrativo negativo, facultando al interesado a interponer el recurso jerárquico ante el inmediato superior[40].

– Recurso jerárquico.- En nuestra economía procesal se garantiza la doble instancia en sede administrativa, en consecuencia, contra el acto que resuelve el recurso de revocatoria, procede interponer el recurso jerárquico.

El recurso jerárquico se interpone ante la misma autoridad que resolvió el recurso de revocatoria, pero lo resuelve el superior jerárquico. El término para su presentación es de diez días a partir del día siguiente a su notificación, o del día en que venza el plazo para resolver el recurso de revocatoria.

Para proveer, la autoridad jerárquica tiene un plazo de noventa días, computables a partir de la interposición del recurso, que como se dijo antes, debe hacerse ante la autoridad que resolvió la revocatoria[41]. Ahora bien, si la autoridad no resuelve en el término de ley, operará el silencio administrativo positivo y se revocará la resolución bajo responsabilidad del funcionario a cargo.

La resolución del recurso jerárquico, debe pronunciarse sobre el fondo de asunto en trámite y tiene prohibido imponer a la autoridad inferior, que dicte una nueva resolución. Sin embargo, el alcance de las resoluciones de los recursos jerárquicos de los sistemas de regulación sectorial, financiera y de recursos renovables, son establecidos por sus respectivos reglamentos de acuerdo a las particularidades de cada uno de ellos[42].

[39] Id, art. 61.
[40] Ley 2341, art. 64 y 65.
[41] Id, art. 67.
[42] Id, art. 68-I - II.

La Ley de Procedimiento Administrativo, ha establecido causales expresas para poner fin o agotamiento a la vía administrativa. Así tenemos:

a) La resolución de los recursos jerárquicos.
b) Cuando no proceda ningún otro recurso en vía administrativa.
c) Cuando se trate de resoluciones de órganos administrativos, que no tienen un superior jerárquico.
d) Cuando así lo establezca una ley.

– Recurso de Impugnación en las contrataciones administrativas.- Aparte de los dos recursos mencionados en la Ley de Procedimiento Administrativo, se establece dentro de las normas básicas del sistema de contratación de bienes y servicios[43], un régimen administrativo que brinda mayores garantías al administrado en su potencial participación en las contrataciones administrativas. En tal sentido, se ha creado, en forma específica el recurso de impugnación[44].

Para la sustanciación de este recurso, no se conforma un *tribunal especial*, pues se resuelve en el seno mismo de la administración por el responsable del proceso de contratación. Este recurso procederá para impugnar las resoluciones administrativas notificadas, cuando el proponente se sienta afectado, lesionado o considere que le puedan causar perjuicios a sus legítimos intereses. Es decir, es una forma de reclamo, contra los actos administrativos constitutivos del proceso de contratación.

Este recurso de impugnación, por razones de su especificidad y de sus efectos, abrevia sus términos y plazos procesales y reduce a tres las resoluciones que pueden ser objeto del mismo. Estas son: a) la resolución que aprueba el documento base de contratación, b) la resolución que adjudica la contratación y c) la resolución por medio de la cual la declara desierta.

Explicita la norma, que no procederá este recurso contra *actos preparatorios o de mero trámite,* incluyendo dictámenes, informes o inspecciones, en armonía con la Ley de Procedimiento Administrativo, pues éstos son actos internos de la administración que no trascienden en sus efectos a los administrados. Es decir, la normativa elimina toda posibilidad de interponer este recurso contra otras resoluciones administrativas, que puedan emitirse dentro del proceso de contratación.

Según nuestro criterio, cuando no sea procedente ejercitar la vía del recurso administrativo de impugnación, aunque no lo establezca expresamente la

[43] Decreto Supremo 29190, de 11 de julio de 2007.
[44] Id, art. 70.

normativa, *permanecen habilitados los recursos de revocatoria y jerárquico*, pues estos tienen carácter general para todos los actos de la Administración Pública.

Distinto al régimen de estos recursos administrativos generales, el recurso de impugnación produce el efecto de *suspensión* inmediata de la contratación, hasta agotar su procedimiento dentro la vía administrativa. Esta excepción al principio de la no suspensión[45], se impone como una nota característica de los actos de la Administración Pública de contenido jurisdiccional en las contrataciones estatales.

La suspensión de los efectos del recurso de impugnación, tiene una variante según la modalidad de la contratación. Cuando el proceso de contratación se realiza por *ítems*, *lotes*, *tramos* o *paquetes*, el principio de la suspensión de los efectos, solamente se aplica al *ítem*, *lote*, *tramo* o *paquete* impugnado y no a los demás.

Debido a la especificidad del acto administrativo impugnado, se ha querido transparentar la interposición de este recurso, y para ello las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, permite que los proponentes remitan al Sistema de Contratación del Estado (SICOES)[46] una copia de la impugnación, la que deberá ser sellada por la entidad receptora, para su difusión.

No deja de tener interés el manifestar, que durante la sustanciación de este recurso, se permite por voluntad expresa de los recurrentes y/o proponentes, considerar como *válidas las notificaciones y/o comunicaciones* efectuadas vía fax y/o correo electrónico, con la única condición de que sean confirmados por parte de la entidad receptora.

Para interponer este recurso, se exige una *garantía*, en relación porcentual al monto de la contratación, hecho que no contradice en nada el amplio espectro de protección a los intereses de los recurrentes o impugnadores. Prueba de ello es que se permite al recurrente presentar cualquiera de las garantías siguientes:

– Boleta de garantía bancaria,
– Garantía bancaria, a primer requerimiento, y
– Póliza de seguro de caución.

[45] Ley 2341, art. 59-I.

[46] SICOES, es el Sistema de Información de Contrataciones del Estado, depende del Ministerio de Hacienda como órgano rector del Sistema de Administración de Bienes y Servicios. La información registrada en este sistema, se constituye en la información oficial que regirá los procesos de contrataciones del Estado.

Respecto a la legitimación procesal hay una variante en el régimen de este recurso. Si es contra la *resolución que aprueba el documento base de contratación*, solamente están legitimados los interesados que hubieran registrado su domicilio en la reunión de aclaración, y si es contra *la resolución de adjudicación* o de *declaración desierta*, solamente están legitimados los proponentes.

En otras oportunidades hemos manifestado nuestro criterio adverso a *la legitimación procesal restringida*[47]. Consideramos que debería abrirse a todo ciudadano que tenga interés en la contratación y no solamente a los oferentes o a los que hayan concurrido a la audiencia de aclaración, desde luego, ofreciendo la garantía establecida, y facultando a la autoridad competente a imponer una multa a la temeraria conducta de los que pretendan sin razón, ensayar esta clase de recurso.

Contra la *resolución que admite* o *niega el recurso de impugnación*, no se admite recurso alguno, quedando *habilitada en ese caso, la vía judicial*, como lo señalamos *ut supra*. Recordamos que habilitado el acceso a la instancia judicial, la suspensión de la contratación queda sin efecto.

Respecto a la *forma de la resolución del recurso*, deberá ser *expresa* y referirse únicamente a los aspectos impugnados. Debe ser *motivada*, haciendo una exposición de los hechos y derecho en que se fundare y debe basarse también, en los informes técnico y legal, emitidos por la unidad solicitante y el asesor legal, lo que denuncia por sí, la especificidad de esta clase de actos administrativos de contenido jurisdiccional.

Si son varios los recursos presentados contra una misma resolución, el responsable del proceso de contratación deberá resolverlos en forma simultánea y conjunta, mediante el dictado de una sola resolución, acorde con técnicas procesales, que reafirman su contenido jurisdiccional.

En cuanto a los efectos de la resolución que resuelve el recurso de impugnación, pueden ser:

– si *confirma* la resolución administrativa de aprobación del documento base de contratación o la resolución de adjudicación, debe continuar el procedimiento, es decir, se dejará sin efecto la suspensión antes ordenada.
– si *confirma* la resolución administrativa de declaratoria desierta, deberá llamarse, en forma inmediata, a una segunda convocatoria.

[47] SERRATE PAZ, J. M.: "La impugnación en las contrataciones administrativas en Bolivia" en *Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, México, Año I, Enero-Abril 2005, Nº 1, pág. 267.

Ahora bien, cuando la autoridad administrativa:

- *revoca* la resolución de aprobación del documento base de la contratación, ordenará modificar la resolución impugnada, y por ende, el documento base de la contratación.
- *revoca* la resolución administrativa de adjudicación o de declaratoria desierta, deberá señalar expresamente el o los vicios por los cuales se procede a la anulación de obrados hasta el vicio más antiguo y ordenar que una vez subsanados, se reanude, en uno u otro caso, la contratación

Otro de los efectos tiene lugar cuando opera el *silencio administrativo*. La omisión del funcionario llamado por ley para resolver el recurso de impugnación en los plazos establecidos en la norma, implica su aceptación. En consecuencia, la revocación de la resolución impugnada en aplicación del *silencio administrativo positivo*, debiéndose reanudar la licitación, con la imposición de nuevos plazos.

– Impugnaciones en la actividad tributaria.- El Código Tributario contempla la posibilidad de que los afectados puedan interponer el recurso específico de *impugnación* de normas administrativas[48], contra disposiciones de alcance general, emitidas por la Administración Tributaria en uso de sus facultades.

Este recurso se presenta ante el Ministerio de Hacienda en única instancia y sigue el principio de no suspensión establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir la interposición del recurso no suspende los efectos de la resolución impugnada. La falta de pronunciamiento en el plazo legal, tendrá el efecto equivalente al silencio administrativo negativo y el agotamiento de la actividad administrativa se produce con el simple rechazo o denegación del recurso.

Es importante destacar, que la resolución que declara probada la impugnación surtirá efectos de alcance general. Es decir, desde la fecha de su notificación o publicación será de aplicación para todos los sujetos pasivos y terceros responsables alcanzados por dicha norma.

En el ámbito tributario, también tienen cabida los recursos de *alzada* y *jerárquico*. Ambos recursos tienen efecto suspensivo, distinto al recurso de impugnación tributaria, antes revisado.

[48] Ley 2492 de 2 de agosto de 2003, art. 130.

El recurso de alzada, de novedosa denominación, pues no es más que el recurso de revocatoria antes referido, se interpone contra los actos de la Administración Tributaria, y contra él, cabe sólo el recurso jerárquico. Resuelto éste, pone fin a la vía administrativa dejando expedita la vía del proceso contencioso administrativa ante la Corte Suprema de Justicia.

II. Actos jurisdiccionales en el sistema regulatorio

Merece mención especial la actividad jurisdiccional que ejercen las Superintendencias Generales de cada sistema regulatorio, así como las Superintendencias Sectoriales dentro de su respectiva órbita, al resolver los entuertos administrativos llevados a su conocimiento. Estos entes reguladores están bajo tuición de un ministerio afín al ramo. En su naturaleza jurídica, son órganos autárquicos, que actúan como personas jurídicas de derecho público, con jurisdicción nacional, autonomía de gestión técnica, administrativa y económica[49]. Todos gozan de patrimonio propio.

El Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)[50] que fue creado como parte del Poder Ejecutivo, está bajo tuición del Ministerio de Servicios y Obras Públicas. Se encuentra regido por la Superintendencia General e integrado por las Superintendencias de Hidrocarburos, Telecomunicaciones, Electricidad, Transporte, y Aguas. Tiene como objetivo, entre otros, controlar y supervisar las actividades y operaciones que se ejecuten dentro de los sectores sometidos a regulación, de conformidad a las disposiciones legales sectoriales.

El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)[51], creado bajo la tuición del Ministerio de Hacienda, al momento se encuentra regido por la Superintendencia General, e integrado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Seguros Pensiones y Valores[52], y por la Superintendencia de Empresas[53], que fue posteriormente creada. Tiene como objetivo, entre otros, controlar y supervisar las actividades y operaciones de las personas relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras, mercado de valores y empresas, en el ámbito de su competencia[54].

El Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE)[55], se encuentra bajo tuición del Ministerio de Desarrollo Rural Agropecuario y

[49] Ley 1600, art. 2 y 3.
[50] Decreto Supremo 28631, de 8 de marzo de 2006, art. 68-I.
[51] Id, art. 59-I.
[52] Ley 1732, de 29 noviembre de 1996, art. 44.
[53] Ley 2427, de 28 de noviembre de 2002, art. 25.
[54] Ley 2427, art. 23.
[55] Decreto Supremo 28631, art. 71-I.

Medio Ambiente, está regido por la Superintendencia General e integrado por la Superintendencia Forestal[56] y la Superintendencia Agraria.[57] Tiene como objetivo regular, controlar y supervisar la utilización sostenible de los recursos naturales renovables.

A. Las **Superintendencias Generales de los Sistemas de Regulación (SIRESE, SIREFI y SIRENARE),** tienen entre sus funciones específicas, algunas de naturaleza jurisdiccional como conocer y resolver de manera fundamentada, los recursos jerárquicos contra las resoluciones de los superintendentes sectoriales, es decir actúan como tribunal de alzada. Así también, tienen la facultad para dirimir y resolver los conflictos de competencias que se susciten entre las superintendencias sectoriales a su cargo[58].

B. Ahora bien, las **Superintendencias Sectoriales de los Sistemas de Regulación (SIRESE, SIREFI y SIRENARE)**, entre sus funciones tienen la de conocer y resolver, de manera fundamentada, en primera instancia, los recursos de revocatoria que le sean presentados[59].

Como una garantía para el administrado, las resoluciones pronunciadas por las superintendencias sectoriales podrán ser impugnadas mediante la interposición del recurso de revocatoria, por cualquier persona natural o jurídica, o por los órganos competentes del Estado, con la condición que invoquen razonablemente, que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos[60].

Como garantía de la doble instancia en sede administrativa, se faculta a las partes a interponer el recurso jerárquico, frente a las resoluciones que deniegan los recursos de revocatoria, pronunciadas por las superintendencias sectoriales[61].

C. La **Superintendencia de Servicio Civil**, distinto a las superintendencias sectoriales, no pertenece a un sistema regulatorio, pero conserva similar naturaleza jurídica. Fue creada bajo la tuición del Ministerio de Hacienda y luego pasó a estar bajo la tuición del Ministerio del Trabajo[62]. Tiene como función supervisar el régimen y gestión de la carrera administrativa, y como atribución especifica conocer y resolver los recursos jerárquicos planteados por aspirantes a funcionarios de carrera o

[56] Ley 1700, de 12 de Julio de 1996, art. 21.
[57] Ley 1715 de 18 de octubre de 1996, art. 24.
[58] Id, art. 7, inc. a) - i) (SIRESE); Ley 1700, art. 45 (SIRENARE); Ley 2427, art. 23-VI. (SIREFI).
[59] Id, art. 10 inc. i); Ley 1700, art. 43; Ley 2427, art. 23-VI.
[60] Id, art. 22.
[61] Id, art. 23.
[62] Ley 2104, de 21 de junio de 2000.

funcionarios de carreras públicas, relativas a controversias sobre su ingreso, promoción o retiro[63].

Cabe resaltar que para que prospere el recurso jerárquico ante la Superintendencia de Servicio Civil, previamente tienen que haberse agotado los procedimientos de reclamación ante las autoridades correspondientes. No existe una instancia superior para recurrir las resoluciones de esta superintendencia, por lo que sus decisiones son de carácter definitivo, no admiten en la vía administrativa recurso ulterior salvo el contencioso-administrativo, que corre en sede judicial[64].

D. La **Superintendencia Tributaria**, al igual que la de servicio civil, tampoco pertenece a un sistema de regulación. Sin embargo fue creada como parte del Poder Ejecutivo, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda como órgano autárquico de derecho público, con autonomía de gestión administrativa, funcional, técnica y financiera, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional.

Tiene como objeto conocer y resolver los recursos de alzada y jerárquico que se interpongan contra los actos definitivos de la Administración Tributaria, de alcance particular[65].

Cabe mencionar que si bien estas Superintendencias han sido creadas y regidas mediante ley, en la actualidad, ante la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, el Órgano Ejecutivo ha dictado un Decreto Supremo[66] que las extinguirá a los sesenta días de la promulgación del mismo, violando la jerarquía normativa establecida en la Constitución[67].

III. El acto administrativo como fuente de derecho

Coincidimos con quienes consideran que es de aplicabilidad al campo del derecho público, el principio de derecho privado por el cual los contratos, y por lo tanto los actos administrativos de carácter contractual, tienen fuerza de ley entre los contratantes[68], patentizando a los actos administrativos como fuente de derecho.

[63] Ley 2027, de 27 de octubre de 1999, art. 61.
[64] Id., art. 62.
[65] Ley 2492, art. 132.
[66] DS 29894, art. 137 y ss.
[67] CPE, art. 410-II.
[68] Código Civil, art. 519.

También son fuente de derecho los reglamentos por ser actos administrativos de alcance general y más aún los reglamentos de carácter normativo, que se esparcen en el campo de la juridicidad con fuerza innegable de fuente del derecho administrativo.

De igual manera, constituyen fuentes de derecho, esta vez de carácter subsidiario, las instrucciones, directivas y circulares emitidas por el Presidente de la República, Ministros y demás autoridades de la Administración Pública, cuando imparten directivas tendientes a orientar la administración e imprimir el pensamiento del gobierno sobre determinados aspectos en pro de la integración y la armonía entre los diversos organismos del Estado[69].

En otras palabras, decimos que los actos administrativos emitidos por la cabeza de la administración, como por sus órganos y las autoridades administrativas, son fuentes directas del derecho administrativo, de importancia cuantitativa y también cualitativa[70].

En síntesis podemos afirmar que los actos administrativos, entre ellos los de naturaleza jurisdiccional, son fuente de derecho subjetivo, debido a que resulta innegable que repercuten en forma inmediata y directa en la esfera jurídica de la propia Administración Pública, ya sea aumentando o disminuyendo su alcance.

A. Resoluciones de los organismos reguladores como fuente del derecho

Incluimos alguna jurisprudencia de los entes reguladores, a efecto de evidenciar la importancia como fuente de derecho, de las resoluciones administrativas que resuelven recursos, verdaderos actos administrativos de carácter jurisdiccional.

Superintendencia Tributaria General

a) La Superintendencia Regional Tributaria Santa Cruz, en la Resolución Administrativa STR-SCZ/N°019/2008, de fecha 20 de marzo de 2008, al resolver la causa: Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay contra Gerencia Distrital Grandes Contribuyentes Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales, hace referencia a la siguiente jurisprudencia administrativa de la Superintendencia Tributaria General:

[69] Cfr. PENAGOS, G.: *Derecho Administrativo, Parte General*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia. 2000, pág. 216.
[70] Cfr.RODRIGUEZ R., L.: *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2005, págs. 35-37.

STG-RJ/0411/2006, de 27 de diciembre de 2006

> ...iii. Al respecto, debe precisar que la Ley 2493 que modifica la Ley 1606, elimina la exención del Impuesto a las Utilidades de las Empresas para las entidades no lucrativas que realicen actividades de intermediación financiera como ser el recurrente "Mutual La Paz.

b) La Superintendencia Regional Tributaria Santa Cruz, en Resolución Administrativa STR-SCZ/N°037/2008, de fecha 20 de marzo del 2008, al resolver la causa: Carlos Troncos contra Gerencia Distrital Santa Cruz del Servicio de Impuestos Nacionales, hace referencia a la siguiente jurisprudencia administrativa de la Superintendencia Tributaria General:

STG-RJ/0081/2008 de 30 de enero de 2008

> ... vi. Consiguientemente, al haber presentado la contribuyente la declaración jurada extrañada del IT, por el periodo noviembre del 2004 (...) fuera del término otorgado por la Vista de Cargo (...) antes de la emisión y notificación con la Resolución Determinativa (...) correspondía a la Administración Tributaria valorar dicha declaración jurada conforme establece el art. 2 del D.S. 27874 (...), viii. (...) en consecuencia, se debe dejar sin efecto la deuda tributaria determinada sobre base presunta en la Resolución Determinativa (...), quedando incólumes las amplias facultades de la Administración Tributaria para la fiscalización, investigación y determinación tributaria previstas en los arts. 66 y 100 de la Ley 2492 ...

Estos dos ejemplos, valoran la producción jurisprudencial de la Superintendencia Tributaria General y son tomados en cuenta por el *ad-quo* para dictar sus resoluciones.

Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)

La Superintendencia de Hidrocarburos, en Resolución Administrativa SSDH No. 0511 / 2004, de fecha 9 de junio de 2004, al resolver la causa: Surtidor Los Libertadores contra Resolución Administrativa SSDH No. 0275/2004 de fecha 30 de marzo de 2004, hace referencia a la siguiente jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del SIRESE:

Resolución Administrativa No. 534 de 21 de noviembre de 2002

> "a tiempo de resolver un recurso jerárquico, se consideró el informe emitido por el representante regional de Santa Cruz, elaborado en base al reporte de la Dirección que sostiene que se incurre en la infracción de Desvío de Productos.

Superintendencias del Sistema de Regulación Financiero (SIREFI)

En materia financiera, la jurisprudencia administrativa se encuentra compendiada en publicaciones denominadas Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, sirviendo de base para las resoluciones emitidas por las Superintendencias del Sector[71].

La Superintendencia General del SIREFI, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 24/2005 de 19 de julio de 2005, hace referencia a la siguiente jurisprudencia administrativa, por ella misma dictada:

SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004

> el derecho a la defensa (...) entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.

IV. Estabilidad del acto administrativo creador de derecho

El acto administrativo está previsto en Bolivia en la Ley de Procedimiento Administrativo[72], que entró en vigencia el 23 de julio de 2003, a quince meses de su promulgación. También está previsto en sus tres reglamentos:

a) Decreto Reglamentario para el Poder Ejecutivo[73], es de aplicación obligatoria para la administración nacional, las administraciones departamentales y las entidades desconcentradas y descentralizadas.
b) Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)[74]
c) Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación de Recursos Renovables (SIRENARE)[75] y
d) Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)[76].

[71] Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera: Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del SIREFI. La Paz, Bolivia, 1997-2005.
[72] Ley 2341 de 23 de abril de 2002.
[73] Decreto Supremo 27113, de 23 de julio de 2003.
[74] Decreto Supremo 27172, de 15 de septiembre de 2003.
[75] Decreto Supremo 27171, de 15 de septiembre de 2003.
[76] Decreto Supremo 27175, de 16 de septiembre de 2003.

Por su lado, la Ley de Procedimiento Administrativo, define al acto administrativo de la siguiente manera:

> Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, reglada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo[77].

Como vemos, nuestra ley ha adoptado una noción amplia de acto administrativo, pues comprende en ella tanto a los de alcance general como particular, a los reglados como a los discrecionales, emitidos no sólo por entidades públicas estatales sino también por entidades públicas no estatales, en ejercicio de la potestad administrativa, siempre que produzcan efectos jurídicos sobre los administrados.

Antes de hablar de la estabilidad del acto administrativo, previamente nos referiremos al sistema de su invalidez y para ello tomaremos en cuenta sus elementos esenciales.

La norma enumera como elementos esenciales del acto administrativo a la competencia, la causa, el objeto, el procedimiento, el fundamento y la finalidad. Es importante resaltar que no considera expresamente, a la *voluntad* como elemento esencial del acto administrativo. Es decir, sigue la teoría de quienes sostienen *que* el término *declaración* no solamente incluye *a los actos que implican una manifestación de voluntad, sino también a los que exteriorizan un juicio de valor o una simple constatación de los hechos*[78].

Validez y eficacia.- En cuanto a la validez y la eficacia, la ley boliviana establece que los actos de la Administración Pública se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación. Agrega también la norma, que la eficacia podrá quedar suspendida cuando así lo señale su contenido[79].

La notificación está reservada para los actos administrativos de alcance particular y la publicación para los de alcance general. En ambos casos, el legislador ha dispuesto detalladamente, la forma de cumplimiento de estas diligencias, para ofrecer una mayor garantía al administrado, contribuyendo de esta manera a la estabilidad del acto administrativo.

---

[77] Ley 2341, art. 27.

[78] Cfr. COMADIRA, J. R.: *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot. Bs.As., Argentina, 2003, pág. 37.

[79] Ley 2341, art. 32.

En la Ley de Procedimiento Administrativo[80], encontramos que los actos administrativos por sus vicios, se clasifican en nulos y anulables:

En este sentido, establece que los actos administrativos son nulos cuando:

a) Hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia en razón de la materia y del territorio.
b) Carezcan de objeto, o el mismo sea ilícito o imposible.
c) Hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
d) Sean contrarios a la Constitución Política del Estado, y
e) Sea expresamente establecido por ley.

Ahora bien, resulta necesario comentar brevemente algunas causales de nulidad enumeradas en la ley. Nos referiremos a la incompetencia, puntualizada en razón de la materia o del territorio, que sirve para colegir que la incompetencia en razón al tiempo y al grado no es causal de nulidad sino de anulabilidad.

Consideramos que si la autoridad después de operado el silencio administrativo e interpuesto el recurso alegando tal omisión, decide aún así resolverlo, la resolución es nula y no anulable, por haber sido emitida por una autoridad incompetente en razón al tiempo. Para ello, nos basamos en la Ley de Procedimiento Administrativo que prescribe que de no ser resueltos los recursos, después de vencido el plazo, se tendrán por denegados los de revocatoria y por aceptados los jerárquicos[81].

Del mismo modo, consideramos que la incompetencia en razón del grado, también es causal de nulidad, aunque la misma puede atemperar sus efectos con la aplicación de los institutos de la delegación, la sustitución y la avocación. Este caso puede darse, cuando la norma permita a la autoridad conocer determinados asuntos administrativos (*delegación*) o sustituir temporalmente al superior, en el ejercicio de sus funciones (*sustitución*).

En cuanto a la *avocación* aclaramos que la ley expresamente establece que no es aplicable esta figura en las relaciones administrativas en las que se ejerce tuición ni en los Sistemas de Regulación, suponemos, debido a que dichas autoridades dictan actos administrativos de naturaleza jurisdiccional, incompatibles con la *avocación*.

Por otra parte la norma también se refiere a las causales de anulabilidad de los actos administrativos, estableciendo que son anulables los que incurran en

[80] Id, art. 35 y 36.
[81] Ley 2341, art. 65 y 67-II.

cualquier infracción del ordenamiento jurídico, distinta a las previstas como causales de nulidad, arriba mencionadas.

El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Nuestra ley, como se ha visto, ha clasificado la invalidez de los actos en nulos y anulables. Desconocemos cual es el criterio utilizado por el legislador, para distinguirlos, ya que puede ser el modo de presentarse el vicio, en nulos cuando los vicios surgen de forma fehaciente del acto mismo y en anulables cuando el vicio necesita de una investigación de hecho, o también, basado en la rigidez o flexibilidad de la causal de invalidez, en nulos los que adolecen de deficiencias rígidamente establecidas por la norma y en anulables los que padecen vicios no rígidos o flexibles[82].

En el ordenamiento jurídico boliviano, goza de estabilidad el acto administrativo individual que otorga o reconoce un derecho al administrado después de su notificación, ya que dispone que el mismo no podrá ser revocado en sede administrativa, salvo que se presenten los siguientes casos:

a) La revocación sea consecuencia de un recurso administrativo interpuesto en término por un administrado.
b) Cuando el administrado actuando de mala fe, no hubiera informado del vicio que afectaba al acto administrativo.
c) Cuando favorezca al interesado y no perjudique a terceros.
d) Cuando el derecho hubiese sido otorgado válido y expresamente a título precario[83].

Como se puede apreciar, por principio y presunción legal los actos administrativos gozan de estabilidad y la declaración de nulidad como de anulabilidad, podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos[84].

Contribuye a la estabilidad del acto administrativo la ley cuando dispone que los actos anulables, puedan ser *convalidados, saneados o rectificados* por la misma autoridad administrativa que los dictó, salvando desde luego los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar[85].

[82] Cfr. COMADIRA: Ob.cit.. pág. 55.
[83] Decreto Supremo 27113, art. 51.
[84] Ley 2341, art. 35-II y 36-IV.
[85] Id, art.37-I y II.

En el mismo orden de ideas, aunque parezca contradictorio, la normativa contempla la revocación de un acto administrativo anulable, por vicios procedimentales, únicamente en dos circunstancias:

a) cuando ocasione indefensión de los administrados, o
b) cuando lesione el interés público.

En estos casos, se faculta a la autoridad administrativa, previendo nulidades de actos definitivos o actos equivalentes, a actuar ya sea de oficio o a pedido de parte, en cualquier etapa del procedimiento, disponiendo la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo, en los actos nulos, o adoptando las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas, en los actos anulables[86].

En esta misma línea, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el órgano ejecutivo, establece que la autoridad administrativa, mediante declaración unilateral de voluntad, podrá revocar total o parcialmente un acto administrativo por vicios existentes al momento de su emisión[87].

Como un limitante a la estabilidad de los actos jurídicos en general, encontramos que la nulidad cuando es absoluta y manifiesta por tener carácter de orden público puede ser, excepcionalmente, declarada de oficio. Así el Código de Procedimiento Civil, que es de aplicación supletoria en materia administrativa, establece entre los deberes de jueces y tribunales "*el cuidar que el proceso se desarrolle sin vicios de nulidad*"[88]. Consideramos que esta disposición es aplicable a los actos administrativos de contenido jurisdiccional.

De lo antes referido, se desprende que en Bolivia prima el principio general de la estabilidad y certidumbre de los actos administrativos, el mismo que es limitado por los vicios de nulidad y anulabilidad, y por las otras causales anteriormente identificadas.

Efectos.- En cuanto a los efectos de la nulidad o la anulabilidad de un acto administrativo, la norma dispone que no implicará la nulidad o anulabilidad de los sucesivos actos, siempre que guarden independencia con el primero[89]. Ahora bien, la nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo, no implicará a las otras partes, si son independientes de aquella.

[86] Decreto Supremo 27113, art. 55.
[87] Id, art. 59.
[88] Código de Procedimiento Civil, art. 3.
[89] Ley 2341, art. 38-I.

La revocación de un acto administrativo declarado nulo, tiene efecto retroactivo, *ex tunc*, es decir sus efectos se retrotraen al momento en que entró en vigencia el acto revocado. Por su parte, el acto administrativo anulable tendrá efecto *ex nunc*, es decir efecto futuro al momento de vigencia del acto de revocación[90].

Algo más sobre el efecto de las nulidades, la norma establece que la autoridad administrativa, en forma excepcional y fundada, podrá *variar* los efectos señalados anteriormente, siempre que sea en pro de la mejor realización del interés público comprometido o la protección de derechos adquiridos de buena fe por los administrados[91].

V. Alcance de la presunción de legitimidad

La Ley de Procedimiento Administrativo, dentro de los principios enumera el de sometimiento a la ley garantizando que todo su actuar estará sometido dentro del marco de la juridicidad y asegura a los administrados el debido proceso.

Por otro lado, en la enumeración de estos principios incluye al principio de legalidad y la presunción de legitimidad, estableciendo que las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas a la ley, se presumen legítimas salvo expresa declaración judicial en contrario[92].

Como se manifestó anteriormente, la Ley de Procedimiento Administrativo señala que los actos de la Administración Pública, se presumen válidos y establece en forma expresa, los requisitos de validez y eficacia para su perfeccionamiento[93].

Para la producción del acto administrativo, se han implementado un sinnúmero de procedimientos que buscan blindarlo, a fin de garantizar que siempre esté ajustado al ordenamiento jurídico. Lamentablemente, muchas veces el blindaje resulta permeable, y en estos casos el administrado, tiene la vía expedita para objetar su ilegitimidad.

El legislador ha seguido la doctrina que sostiene que esta presunción encuentra su lógica en que “ha sido emitido por un autoridad pública, que tiene como deber inexcusable respetar la ley, que el acto es un obrar de funcionarios públicos que previamente son seleccionados; que en su actuar respetan una forma establecida y que todo su obrar está sujeto a un sinnúmero de controles que lo llevan al ciudadano a presumir su validez”[94].

[90] Decreto Supremo 27113, art. 54-I.
[91] Id, art. 54-II.
[92] Ley 2341, art. 4.
[93] Id, art. 32.
[94] MARIENHOFF: Ob. Cit., pág. 370.

La presunción de legitimidad no es absoluta pues como dice la norma, puede ser desvirtuada por el administrado demostrando que el acto está reñido con el orden público. Cómo se ve esta presunción es *juris tantum*

Como consecuencia de los cambios sustanciales de índole político que se están operando en Bolivia, están surgiendo cambios en el ordenamiento jurídico. Así tenemos la promulgación de una nueva Constitución Política del Estado con un bloque de leyes constitucionales por darse, así como un sinnúmero de estatutos y reglamentos que regirán hasta el más pormenorizado quehacer administrativo.

Mucha actividad de la Administración Pública, nacida acorde con el derecho, aparece en la actualidad en contradicción con el nuevo ordenamiento establecido, hecho que sin lugar a dudas, dará paso a la revocación de muchos actos administrativos, tanto en sede administrativa como judicial. En este sentido, cabe recordar, que la contradicción de estos actos administrativos con el derecho imperante, no los torna ilegales sino inoportunos, puesto que un acto nacido legítimo no puede convertirse en ilegítimo[95].

Como consecuencia de lo antes referido, en cuanto al alcance de la presunción de legitimidad, podemos señalar lo siguiente:

a) Que el acto administrativo a diferencia del acto civil, no requiere de pronunciamiento de autoridad judicial alguna, que declare su legitimidad[96].
b) Que los jueces no pueden declarar de oficio, la nulidad del acto administrativo, a *contrario sensu*, procede a pedido de parte[97].
c) Que es indispensable imputar el cargo de la prueba, a quien pretenda impugnar la legitimidad del acto administrativo[98].

Al concluir el presente trabajo, expresamos que al calor de una ideologización del derecho, se ha promulgado una nueva Constitución Política del Estado y se están dictando un sinnúmero de leyes y reglamentos que alteran sustancialmente el ordenamiento jurídico, situación que nos incentiva para ser celosos guardianes de los principios y valores del Derecho.

[95] Id, pág. 373.
[96] Ley 2341, art. 4 inc. g).
[97] Id, art. 35-II y 36-IV.
[98] Id, art. 47.

A ESTABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CRIADOR DE DIREITOS: REFLEXÕES PARA O BRASIL

Rogério Gesta Leal

I. Notas introdutórias

Pretendo neste trabalho avaliar as condições e possibilidades da Administração Pública revisar os seus atos, bem como o Poder Judiciário, em face de alguns condicionantes normativos, temporais e atinentes à política jurídica, notadamente em face dos impactos sociais que isto pode acarretar.

Para tanto, vou enfrentar, num primeiro momento, a questão que envolve como se tem tratado do tema da revisão destes atos em nível doutrinário e jurisprudencial no país, destacando os elementos dogmáticos mais tradicionais na espécie, ao mesmo tempo em que estabelecendo uma crítica a eles a partir de referenciais mais reflexivos.

Num segundo momento, abordarei um dos centros neurais de aferição da possibilidade da revisão do ato administrativo que é o direito adquirido e seus consectários, também colacionando o que a casuística e a literatura dogmática no país tem elaborado quanto a isto.

Por fim, trago à colação a discussão sobre os limites temporais da revisão do ato administrativo, aspecto mais movediço e controverso de toda a celeuma, propondo uma alternativa à sua delimitação.

II. A revisão dos atos administrativos em face do decurso do tempo e dos direitos e garantias fundamentais

Historicamente é possível se afirmar que a Administração Pública pode (e deve) anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidades, como preconiza a Súmula do STF (verbete 473). Contudo, essa regra comporta algum temperamento, especialmente quando a revisão se depara com o direito de servidor público afetado pelo ato revisor.

Sobre este tema, importa reconhecer que a hegemônica doutrina nacional e internacional tem se posicionado ao longo do tempo no sentido de entender que pode a Administração utilizar seu poder de autotutela, possibilitando-

lhe anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades, preservando-se, entretanto, a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular[1].

PONTES DE MIRANDA, já em seu Tratado de Direito Privado, asseverava que há determinados limites à revisão de atos, fatos e negócios jurídicos delimitados pelo próprio sistema jurídico, dentre outras formas, pela via da prescrição. Esta serve *à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionalidade*[2].

O festejado autor não discrepa sobre a natureza do interesse quando o tema é prescrição, eis que para ele ela atinge todas as pretensões, quer se trate de *direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos*[3].

Tais ponderações vão à direção da necessidade que a própria lógica do sistema jurídico vigente impõe, ou seja, que se estabilizem as situações nas relações entre o Administrado e o Poder Público no tempo, isto porque, como quer PAREJO ALFONSO, a segurança jurídica opera como resultado de um conjunto de técnicas normativas dirigidas a garantir a própria densidade do sistema, que tem no fato consumado um centro neural[4].

E não se diga que os nominados *atos nulos* não podem ingressar no âmbito daquela lógica mencionada, porque em momento algum geram efeitos de qualquer natureza, pois, *o direito positivo não diz absolutamente, nem no âmbito do privado, nem no público, que os atos nulos são imprescritíveis. Aliás, o direito positivo brasileiro nem ao menos descreve genericamente quais os atos administrativos nulos. Daí que não faz sentido sustentar a*

[1] Neste sentido, ver os trabalhos, dentre outros, de: BONNARD, R.: *Précis de Droit Administratif,* Paris, LGDJ, 2001. CARABBA, M.: "La valutazione e il controllo strategico" in *Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni,* Milano: Giuffrè Editore, 2004; CRETELLA JR.,J.: *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo,* Rio de Janeiro, Forense, 1992. FERREIRA, S. D.: *A identidade da função de controle da Administração Pública* in *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes,* C. L. Antunes Rocha (coord.), Belo Horizonte, Del Rey, 2000. FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo,* Madrid, Druma, 1994. FRAGOLA, U.: *Degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1992. FROMONT, M.: *L´Etat moderne et l´administration*, Paris, LGDJ, 1997. GIANINNI, M. S.: *Diritto Amministrativo,* Terza editione, Giuffré, 1988.

[2] MIRANDA, P. de: *Tratado de Direito Privado,* Vol.6, São Paulo, Bookseller, 2000, pág. 137. Nas palavras do autor, a prescrição não atinge a ação, mas a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta, ou manifestação pretensional.

[3] Op.cit., p.163.

[4] PAREJO ALFONSO, L.. *Derecho Administrativo,* Madrid, Arial, 2003, pág. 119.

imprescritibilidade dos atos nulos no direito público, pois não há supedâneo algum para a tese[5].

De outro lado, REALE insiste na tese de que, se a decretação de nulidade é feita muito tarde, e a inércia do Poder Público já oportunizou que se constituíssem *situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade*, em nível de ensejar a convicção de sua legitimidade, afigurar-se-ia irrazoável que se concedesse ao seu *ius imperium* um poder-dever eterno de revisão[6].

O Superior Tribunal de Justiça, desde remoto acórdão de 1989, já teve oportunidade de ratificar a lógica que anima os argumentos realianos, mesmo que por reflexão envolvendo a preclusão e não a prescrição:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Ato Administrativo. Preclusão Administrativa. I – O ato administrativo conta com a retratabilidade que poderá ser exercida enquanto dito ato não gerar direitos a outrem; ocorrendo a existência de direitos, tais atos são atingidos pela preclusão administrativa, tornando-se irretratáveis por parte da própria Administração. II – É que, exercitando-se o poder da revisão de seus atos, a Administração tem que se ater aos limites assinalados na lei, sob pena de ferir o direito líquido e certo do particular, o que configura ilegalidade e ou abuso de poder. III – Segurança concedida[7].

Outro elemento importante aqui é o que diz com a boa-fé daqueles que, confiando no Poder Público, podem, eventualmente, ser atingidos pela revisão de ato administrativo, notadamente quando não contribuíram em nada para ele. Esta boa-fé significa, nas palavras de GONZALEZ PÉREZ, um verdadeiro valor ético atinente à confiança, representando uma das vias mais fecundas de afloramento do conteúdo ético e social no sistema jurídico; ela serve de leito à integração do ordenamento consoante algumas regras ético-materiais, como a idéia de fidelidade e crédito, de crença e confiança[8].

DIÓGENES GASPARIN, por sua vez, tem insistido no fato de que

> Nada justifica a possibilidade de um ato administrativo vir a ser declarado inválido depois de um longo tempo de sua edição. A entender-se isso factível,

[5] MELLO, C. A. BANDEIRA DE: *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Malheiros, 2005, pág. 286.
[6] REALE, M.: *Revogação e anulamento do ato administrativo,* Rio de Janeiro, Forense, 190, pág.76.
[7] STJ, MS 009-DF, 1ª Sessão. Rel. Min. Pedro Accioli, julgado em 31/10/1989. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol.17, Brasília: STJ, 1990, p. 195.
[8] GONZÁLEZ PEREZ, J.: *El princípio general de la buena fe em el derecho administrativo,* Madrid, Civitas, 1997, pág.23. Na mesma direção o texto de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Reflexiones sobre la ley y los princípios generales del derecho,* Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, Págs. 39 e seguintes.

> estar-se-ia pondo em risco a necessária estabilidade das relações jurídicas após certo tempo de vigência. Destarte, decorrido um determinado prazo, o ato, mesmo que inválido, firma-se, estabiliza-se, se não podendo mais ser invalidado pela Administração Pública ou anulado pelo Poder Judiciário[9].

É o próprio Supremo Tribunal Federal que reconhece tal argumento, na medida em que já assentou considerar-se, *hodiernamente, que o tema da proteção da confiança tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº9784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art.2º)*[10].

Este posicionamento da Suprema Corte não é novo, eis que desde há muito vem se construindo uma percepção jurisdicional nesta direção, *ex vi* os seguintes extratos de acórdãos:

> ATO ADMINISTRATIVO. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidara. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse exercício. Recurso Extraordinário não conhecido[11].

> A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor de pessoas jurídicas de direito público, como também do cidadão que se mostra, de alguma forma por eles alcançado. Logo o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que entende como devido processo legal (lato senso) e que o inciso LV, do art.5º, objetiva preservar[12].

Tais elementos considerados formariam, na dicção de WEIDA ZANCANER, o que se denomina de *barreiras ao dever de invalidar*, as quais, em síntese, se resumem na assertiva de que

> Os atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos, certas situações terão sido instauradas e, na dinâmica da realidade, podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de

[9] GASPARIN, D.. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 102.

[10] STF, MS nº24.268/MG, Pleno. Relator Acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 05/02/2004. DJ de 17/09/2004.

[11] STF, RE nº85179/RJ, julgado pela 1ª Turma, tendo como Relator o Min. Bilac Pinto, julgado em 04/11/1977. DJ de 02/03/1978.

[12] STF, RE nº158.543-9/RS, oriundo da 2ª Turma, tendo como Relator o Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/1994. DJ de 10/10/1994.

> modo que a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé[13].

Como sopesar, pois, na espécie, o dever do Estado (Judiciário, Executivo ou Legislativo) em revisar atos praticados reputados como nulos, em face da constância de tais atos no tempo, notadamente quando implicam implementação e consolidação de direitos subjetivos em patrimônio e interesses alheios?

Veja-se que a situação induz ao reconhecimento do confronto entre os princípios da legalidade e o da segurança jurídica. Para equalizá-los em face do caso, mister é que façamos uma ponderação dos interesses envolvidos e protegidos pelo sistema normativo vigente, e isto a partir de uma hermenêutica constitucional de *concordância prática*, que, na dicção de CANOTILHO, "*impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*"[14].

Neste sentido, com JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, tenho que o nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compressão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha a ser afetado no caso concreto[15].

Na espécie, quando a Administração Pública pretende revisar ato administrativo maculado por algum vício que o inquinou, implicando tal pretensão efeitos de caráter patrimonial ou extra-patrimonial violadores de direitos e garantias individuais ou coletivas protegidos, em tese, pelo próprio sistema jurídico que lhe autoriza agir, mister é que, primeiro, garanta o espaço de devido processo legal constitucional e processual, oportunizando o exercício de defesa ampla. Ao depois, mister é que seja avaliada ainda a possibilidade jurídica substancial dos bens jurídicos tutelados no particular, em face mesmo do direito material envolvido na espécie, pois, se de natureza indisponível (como os direitos

[13] ZANCANER, W.: *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 65. Vai na mesma direção os trabalhos de FAGUNDES, M. SEABRA.: *Revogação e anulamentos do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, pág. 81.

[14] CANOTILHO, J. J. GOMES: *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 234.

[15] ANDRADE, J. C. VIEIRA DE: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2002, pág 222. Ver também o trabalho de DELGADO, J. AUGUSTO: *Direito Adquirido nas Relações de Direito Privado e nas Relações de Direito Público* in *Jurisprudência Brasileira*, nº 101, Juruá Editora, Curitiba, 1985, pág 14.

humanos e fundamentais, ou atinentes às demais cláusulas pétreas da Constituição)[16], incidirão no sopesamento deles toda a carga vinculativa dos vetores axiológico-normativos deste sistema a protegê-los (como os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais, etc.)[17].

Na dicção de LARENZ, isto ocorre porque aqueles vetores são verdadeiras pautas orientadoras da normatividade jurídica de todo o sistema, tendo a função de persuasão como de justificação de decisões administrativas ou jurídicas de toda e qualquer ordem.[18]

Numa direção mais pragmática, se pode dizer que, desde uma teoria axiológica dos direitos fundamentais (que parte, dentre outras, da teoria da integração de RUDOLF SMEND[19] e chega até ROBERT ALEXY[20]), aqueles princípios fixam valores fundamentais da comunidade, formando um sistema de bens jurídicos passíveis de tutela – singular ou coletiva; um sistema cultural, através do qual, os indivíduos alcançam um *status* material e substantivo.

Dentre aqueles vetores referidos, podemos destacar, por oportuno ao debate proposto, o do direito adquirido, instituto constitucional densificador material do que até agora ponderamos, o qual merece especial destaque.

III. O direito adquirido como instituto densificador-material obstaculizante da revisão do ato administrativo

Desde GABBA, no mínimo, o direito adquirido advém: a) de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, *embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo;* b) dos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu[21].

No âmbito da legislação ordinária brasileira, este instituto vem delimitado nos precisos termos do art. 6º, § 2º, da LICC, com a redação que lhe deu a Lei 3.238, de 01.08.57, de acordo com a qual: "Consideram-se adquiridos

[16] E em qualquer caso, haja vista que estamos destacando aqui o caso sob análise.

[17] Abordamos este tema nos textos: LEAL, R. GESTA: *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001; *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[18] LARENZ, K.: *Metodologia da Ciência do Direito,* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pág. 24 e sigs.

[19] Como quer SMEND, R.: *Filosofia del Derecho,* Madrid: Civitas, 1990, págs. 86 e sigs.

[20] ALEXY, R.: *Teoria de los Derechos Fundamentales,* Madrid, Centro de estúdios constitucionales, 1997.

[21] GABBA, C. F.: *Teoria della retroatività delle leggi,* Milano: Utet, 1991, pág.82.

os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

Talvez um dos grandes debates fundamentais sobre esta matéria é o que diz respeito ao direito adquirido em face da Constituição. Em linhas gerais, tem-se dito que o direito adquirido diz com as leis ordinárias e não com a CF, que incide imediatamente por força de sua própria natureza e em vista da posição hierárquica que ocupa. A unidade de tratamento legal no que diz com as principais questões da nação exige a supremacia da ordem constitucional[22]. De outro lado, não há direito adquirido para que seja aplicada uma lei considerada inconstitucional. E se a lei somente vem a ser tida como inconstitucional posteriormente? Mesmo assim, não se forma o direito adquirido. As situações criadas ou erigidas quando ainda valia a lei não ficam resguardadas contra a inconstitucionalidade. É que a declaração de inconstitucionalidade opera ex *tunc* com a nulidade de pleno direito de todos os atos praticados sob o manto do texto inconstitucional[23].

Da mesma forma candente é a questão que relaciona o direito adquirido à expectativa de direito. Neste sentido, há uma divisão doutrinária e mesmo jurisprudencial no país tratando da matéria, uma delas, defendendo que, se a pessoa não começou a exercer o direito, não possui direito adquirido. Tem apenas uma faculdade, uma capacidade não exercida. Conseqüentemente, goza de direito adquirido quem iniciou o ato de onde ele promanou[24]. Outros defendem que a pessoa não perde o direito porque não o exerceu antes da revogação da lei que o concedia, ou antes do surgimento de lei nova dispondo uma situação bem diferente[25].

PONTES DE MIRANDA asseverava que não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados, regidos por leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro. Quando se fala em sobrevivência da lei antiga, em verdade se cai em grave engano; o que nos dá a ilusão da sobrevivência é o fato de confundirmos incidência e aplicação da lei; o que

[22] Nesta linha, se a validade dos concursos para o ingresso na função pública é de quatro anos, e a Constituição vem a reduzir o prazo para dois anos, eventual candidato aprovado e ainda não nomeado direito algum terá para que prevaleça o prazo anteriormente previsto.

[23] Neste sentido, ver o texto de SILVA, J. AFONSO DA: *Direito Constitucional Positivo,* São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 85.

[24] Conforme CAVALCANTI, T, BRANDÃO: *Tratado de Direito Administrativo,* São Paulo, Freitas Bastos, 1986, pág. 62.

[25] Assim MELLO, O. ARANHA BANDEIRA DE: *A teoria das constituições rígidas,* São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

consideramos efeito de invasão da lei antiga no presente é derivado de pensarmos que a lei incide quando a aplicamos: a lei já incidiu; a aplicação é, apenas, o dizer-se que a lei já incidiu[26].

Em síntese apertada, pode-ser dizer com SERPA LOPES que são os seguintes elementos que compõem a estrutura geral do direito adquirido: o surgimento de um fato idôneo ou jurídico; a existência de uma lei que lhe dá a envergadura jurídica; a integração ao patrimônio material ou moral do sujeito; a prevalência ante o aparecimento de lei nova, dispondo diversamente sobre o mesmo assunto, ainda que não se fez valer quando do advento da lei nova[27].

O fundamental, pois, é a proteção dos bens jurídicos envolvidos para a segurança das relações jurídicas. Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário, o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direitos adquiridos.

No campo da gestão endógena da Administração Pública, a jurisprudência e a doutrina têm pacificado o entendimento de que a *mudança de orientação* da Administração é válida, mas só se aplica ao futuro, não podendo alcançar situações pretéritas.

Também neste ponto o Supremo Tribunal Federal desde há muito vem reconhecendo que descabe a mudança de interpretação de atos normativos em prejuízo da parte, pois, decidida a questão, não poderia, a seu juízo, ser reaberta a interpretação[28].

A matéria chegou a merecer Súmula do STF (nº473), na qual foi salientado que: "a administração pode anular seus próprios atos quando eivado de vícios que os tornam ilegais", mas só pode revogá-los desde que respeitados os direitos adquiridos.

No acórdão que ensejou a elaboração da Súmula referida, a corte, invocando a lição de FRANCISCO CAMPOS, entendeu ser inadmissível a modificação, por ato da Administração, de efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior, concluindo que:

[26] MIRANDA, P. DE: *Comentários à Constituição de 1967,* Tomo V/84, Forense, Rio de Janeiro,1975, pág. 119.
[27] SERPA LOPES, M. M. DE: *Lei de Introdução ao Código Civil,* Vol.I. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997, pág. 81.
[28] Ver decisão do STF - RE 20.462, Rel. Min. Mário Guimarães, 12.06.53, RDA 48/350, abr.-jun./57.

> não se compreende que a Administração não se vincule por aquele ato da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos efeitos produzidos sob a vigência da lei anterior. Em outras palavras, a irretratabilidade dos atos administrativos, que produziram os seus efeitos, constitui um imperativo de segurança jurídica[29].

MIGUEL REALE[30] afirma que se a autoridade, no uso de seu poder discricionário, baixou ato legítimo e a sombra do mesmo se constituíram situações jurídicas, *não pode a superveniente invocação do interesse público ter força para desfazer interesses legítimos aperfeiçoados*.

Especificamente envolvendo o campo da Administração Pública, para ALMIRO DO COUTO E SILVA[31], aos princípios da legalidade e da proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados, ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.

Por tais razões, em nome do direito adquirido, da preservação da segurança e estabilidade das relações no mundo jurídico, há quem defenda desde há muito que, por vezes, o desfazimento de um ato administrativo pode causar mais caos na ordem jurídica do que sua simples mantença, ainda que seja o mesmo eivado de nulidade[32], o que sem sombra de dúvidas é de todo procedente.

---

[29] Ver decisão Ac. do MS 12.512, in RF 212/89.

[30] REALE, M.: Op.cit., pág. 39.

[31] SILVA, A. DO COUTO E.: *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo* in *Revista de Direito Público*, n.84: 46-63. São Paulo: Malheiros, 2001. Neste ponto, refere o autor que: "A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica".

[32] Assim o trabalho de ROCHA, C. L. ANTUNES (ccord): *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995. Há decisões jurisprudenciais nesta direção já na década de 1990: ENSINO SUPERIOR - REGISTRO DE DIPLOMA - CURSO DE 2º GRAU CONCLUÍDO - SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. Curso de 2º grau concluído há mais de oito anos, cuja validade não foi contestada pela Faculdade Católica de Salvador, quando permitiu o ingresso do aluno e a sua permanência naquele estabelecimento de ensino até a conclusão de seu curso, não deve ser agora invalidado, pois há necessidade de se preservar uma situação que o tempo incumbiu de consolidar. Registro de diploma de nível superior que se defere. Precedentes do ex-TFR e deste Tribunal. Apelo e remessa improvidos. Decisão mantida" (TRF 1ª R. - Ac. unân. da 1ª T., publ. em 22.04.91 - AMS 90.01.07444-8-BA - Rel. Juiz Plauto Ribeiro) (Informativo Semanal - Adv/Coad 31/91 - p. 483).
ATO ADMINISTRATIVO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - DESCONSTITUIÇÃO DESACONSELHÁVEL. O princípio da legalidade vincula o administrador não só à lei stricto sensu. Salvo raríssimas exceções, é imperioso, sob pena de nulidade, que o administrador dê as

Cont.

De certa forma, o direito adquirido e um dos seus resultados mais diretos e importantes, a segurança jurídica, é pressuposto neural do Estado Democrático de Direito, eis que se afigura como indispensável para governantes e governados, pelas seguintes razões: (a) para os primeiros, a fim de que possam desempenhar plenamente suas atribuições, usando com o máximo de eficácia os instrumentos legais, tendo a certeza de que não irão sofrer, mais tarde, as conseqüências dos atos que tiveram praticado como agentes do poder público; (b) para os segundos, afigura-se mais evidente ainda a necessidade de segurança jurídica, para que, sob pretexto de razão de Estado, não sofram o arbítrio e a violência, ficando à mercê de autoridades mal preparadas.

Se tivesse que densificar de maneira mais objetiva a forma com que a ordem constitucional delimita a importância do direito adquirido e da segurança jurídica no âmbito das relações intersubjetivas, poder-se-ia destacar: (1) a previsão normativa do devido processo legal, materializador da garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); (2) a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, concretizador da garantia de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV); (3) a submissão dos Poderes Públicos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, aos quais agregam-se, por decorrência implícita, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação dos atos, todos assecuratórios de que em todos os níveis e setores da Administração Pública haverá a possibilidade de exercer um controle preventivo e curativo destes comportamentos, exigindo-se deles a efetiva transparência e adequação entre os meios e os fins (CF, art. 37).

Todos estes parâmetros constitucionais que estão a dar sentido ao direito adquirido e a salvaguardar a segurança jurídica das relações entre sujeitos de direito, em verdade, pretendem assegurar a eles não serem privados de seus bens e garantias sem o contraditório e a ampla defesa.

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, por seu pleno, por maioria, destacou que:

> Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os

razões de fato e de direito determinantes do seu ato. Se a decisão judicial produz uma situação fática consolidada pelo decurso do tempo, sua desconstituição é desaconselhável, mormente quando não causa prejuízos a terceiros. Remessa oficial e recurso voluntário improvidos" (TRF 5ª R. - Ac. unân. da 1ª T., publ. em 19.04.91 - AMS 694-RN - Rel. Juiz Francisco Falcão) (Informativo Semanal - Adv/Coad 23/91 - p. 355).

processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa" (CF art. 5º LV)[33].

Para CÍNARA PALHARES[34], enfocando mais o tema da segurança jurídica, ela se revela como um verdadeiro princípio marcado pela característica da bidirecionalidade, isto é, vale tanto para as ações passadas quanto para as futuras. Com relação às ações passadas, esse princípio diz respeito à certeza do tratamento jurídico dado aos fatos já consumados, aos direitos adquiridos, a da força da coisa julgada (princípio da irretroatividade). Quanto ao futuro, a segurança jurídica diz com o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos que advirão das condutas humanas, com a finalidade de permitir que os destinatários do direito organizem as suas ações na conformidade com o ordenamento jurídico.

Mesmo na dogmática jurídica há um consenso a este respeito, por exemplo, na dicção de PAULO DE BARROS CARVALHO[35], ao sustentar que

[33] Autos MS 24268 / MG - MINAS GERAIS. MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 05/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922. Na espécie, O Tribunal, por decisão majoritária, deferiu a segurança, nos termos do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, que a indeferia, e, na extensão da concessão, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso e Cezar Peluso. Votou o Presidente, Ministro Maurício Corrêa, redigindo o acórdão o Min. Gilmar Mendes.

[34] PALHARES, C.: *Princípios Constitucionais e consumeristas informadores do Direito Bancário* in *Revista Jurídica* nº 267, Porto Alegre: Síntese, 2003, pág. 46.

[35] CARVALHO, P. DE BARROS. *Curso de direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 95.

> O princípio da segurança jurídica é decorrência de fatores sistêmicos, dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da relação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.

Concordando com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, se um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas, a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem, no caso particular dos atos administrativos, tais características têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, interferindo à ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior[36].

Assim é que não se pode confundir o poder que tem a Administração Pública, nos seus atos de gestão, observados os interesses indisponíveis a serem protegidos e efetivados, envolvendo a comunidade como um todo, com as conseqüências destes atos e os deveres decorrentes deles (tais como os ressarcitórios e indenizatórios, a título de exemplificação)[37].

De qualquer sorte, se é possível a revisão dos atos administrativos –como a doutrina e a casuística tem acertadamente sustentado–, levando em conta, todavia, os limitadores acima referidos, uma questão que ainda atormenta de igual forma a experiência brasileira é a que diz com a dimensão temporal para esta revisão, o que passo a abordar.

III. O problema da dimensão temporal à revisão do ato administrativo

Em termos de normativas regulatórias sobre até quando os atos administrativos podem ser revistos, à esfera federal, consoante o art. 54, parágrafo 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo para anulação destes atos é de 05 (cinco) anos a partir de sua efetivação[38].

---

[36] MELLO, C. A. BANDEIRA DE: *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 416.

[37] De certa maneira esta questão tem a ver com a propulsão que se tem dado à necessidade do Estado Administrador ser eficiente sem, no entanto, demarcar conceitualmente de que eficiência está se falando. Neste sentido, recomento a leitura do texto de GABARDO, E.: *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

[38] Neste sentido, ver o MS nº 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU de 15.05.2000, do STJ. Também do STJ o MS 7090 - Proc. 2000.00.68744-8 - DF - TERCEIRA SEÇÃO -Rel. JORGE SCARTEZZINI - DJ DATA: 13.08.2001 PÁGINA: 47.

Parte da jurisprudência nacional, todavia, entende que a Lei Federal nº 9.784, de 29/01/1999, prevê tal possibilidade apenas no âmbito federal (artigos 1º e 54), sendo inaplicável na seara municipal, pois, ao Município, e somente a ele, compete legislar sobre assuntos de interesse local, máxime em se tratando de servidores municipais (artigo 30, inciso I, da Constituição Federal).

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> MANDADO DE SEGURANÇA - REVISÃO DE APOSENTADORIA POR NEGATIVA DE REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS - O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA SÃO DISPENSÁVEIS QUANDO A ADMINISTRAÇÃO APLICA A SÚMULA 473 DO STF SEM ATRIBUIR QUALQUER INFRAÇÃO AO SERVIDOR, CORRIGINDO MERA IRREGULARIDADE - NÃO SE APLICA A LEI FEDERAL Nº 9784/99 QUE ESTABELECE A PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL PARA A ADMINISTRAÇÃO REVER SEUS ATOS AOS PROCESSOS ENVOLVENDO SERVIDORES ESTADUAIS SENDO NECESSÁRIA LEI LOCAL DISPONDO A RESPEITO - LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE NÃO SE OSTENTA. Segurança denegada. (Mandado de Segurança Nº 70014235378, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 11/04/2006)

> AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PROVENTOS DE APOSENTADORIA, REVISÃO. MUDANÇA DE REGIME. SERVIDORA CELETISTA, TRANSPOSTA PARA O REGIME ESTATUTÁRIO, COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94. EQUIPARAÇÃO ALCANÇADA SOB O VÍNCULO TRABALHISTA QUE NÃO SE TRANSPORTA, CESSANDO COM O INGRESSO NO REGIME ESTATUTÁRIO, UMA VEZ ROMPIDO O VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE. APROVEITAMENTO DE DECISÃO FAVORÁVEL OBTIDA NA JUSTIÇA DO TRABALHO QUE NÃO ATINGE A NOVA SITUAÇÃO JURÍDICO-FUNCIONAL DA AUTORA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE TRANSFERIR PARA O REGIME ESTATUTÁRIO, EM NOME DO APREGOADO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS, DIREITO RECONHECIDO E DECORRENTE DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO MANTIDO ANTERIORMENTE, SOB PENA DE SE CRIAR REGIME JURÍDICO HÍBRIDO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA À COISA JULGADA E À DISPOSIÇÃO DE LEI EM SUA LITERALIDADE NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INOCORRENTE. LEI Nº 9.784/99 (ART. 54) RESTRITA À ÓRBITA FEDERAL, NÃO SE APLICANDO NAS RELAÇÕES DOS SERVIDORES ESTADUAIS E MUNICIPAIS. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. (Ação Rescisória Nº 70011256377, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 12/08/2005)

> EMBARGOS INFRINGENTES. SERVIDORAS PÚBLICAS. MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES. CONCURSO PÚBLICO NULO. POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DAS NOMEAÇÕES. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. Preliminar. Inaplicabilidade da Súmula 293 do STF, pois a decisão recorrida não foi submetida ao Plenário deste Tribunal. Mérito. Decadência do Poder Público para invalidar atos nulos. Inaplicabilidade da Lei Federal n. 9.784/99, pois restrita ao âmbito federal. Inaplicabilidade da Lei Municipal n. 3.474/04, pois posterior aos atos impugnados e com eficácia suspensa liminarmente em Ação Direta de Inconstitucionalidade perante esta Corte. Ausência, portanto, de legislação estabelecendo prazo para a Administração Pública invalidar atos nulos. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica que não se sobrepõem, no caso concreto, ao princípio da legalidade. Possibilidade de o Poder Público desconstituir atos de nomeação e aposentação de servidores públicos que ingressaram no cargo por meio de concurso público nulo. Princípio da legalidade. Prevalência da disposição constitucional (artigo 37, inciso II). EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. (Embargos Infringentes Nº 70010318798, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 11/02/2005).

Por este prima, portanto, os atos administrativos viciados podem ser revistos a qualquer tempo.

Não concordo com esta abordagem, tanto pelas razões acima deduzidas, como pelo fato de que, nas palavras de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, o direito repele situações instáveis no tempo e expostas às intempéries de ordem técnico-burocrática e, ou, política, pelo simples fato de que situações jurídicas jamais são de *mão única*[39].

Na esteira do tratamento normativo majoritário que o país tem dado à variação de tempo em que se poderiam revisar os atos administrativos, afigura-se hegemônico o prazo de cinco anos como regra geral, a iniciar pelo revisado art.178, §10, VI, do antigo Código Civil Brasileiro; o Decreto Federal nº20.910/32; o Decreto Federal nº4.597/42; a Lei Federal nº5.761/30; a Lei Federal nº2.221/54; a Lei Federal nº5.172/66.

A razão para tal, é a que defende ALMIRO DO COUTO E SILVA, ao sustentar que "a pretensão à invalidação dos atos administrativos, de que o povo, por seus cidadãos está investido, não é, e nem pode ser diferente da pretensão que tem o Poder Público de invalidar aqueles mesmos atos jurídicos"[40]. O autor chega a referir que o prazo de cinco anos é o mais adequado, pois a própria Ação Popular (Lei Federal nº4.717/65), que cuida da proteção de interesses de ordem pública indisponíveis, em seu art.21, prevê o prazo de cinco anos à sanação da invalidade.

[39] FIGUEIREDO, L. VALLE: *Curso de Direito Administrativo*.São Paulo: Malheiros, 2001, pág.154.

A Medida Provisória nº1.708, de 30/06/1998, igualmente delimitou em cinco anos o prazo prescricional de ação punitiva da Administração Pública Federal, em face do exercício do seu poder de polícia, objetivando apurar violação à legislação em vigor. Da mesma forma, as Disposições Transitórias da Constituição vigente, em seu art.19, assegurou estabilidade a servidores admitidos no serviço público sem concurso desde que estivessem em exercício, na data da promulgação da Carta Política, há pelo menos cinco anos.

Como adverte CLARISSA SILVA, no âmbito do Direito Administrativo mais se destaca ainda a necessidade de proteção e respeito à boa-fé dos administrados, em função das inúmeras prerrogativas que a Administração possui em face da posição destacada que ocupa no sistema jurídico, tendo seus atos a favor de si a presunção de legitimidade e auto-executoriedade, possibilidade de invalidação e revogação, contratação com cláusulas exorbitantes, etc.. Por tais razões é que se revela ainda mais importante o respeito a estes postulados, sob pena do cidadão comum –dentre eles os servidores públicos– restarem em posição de absoluta submissão à força cogente do Poder Estatal[41].

Por estes fundamentos é que parte da jurisprudência pátria contemporânea, a qual me filio, tem se posicionado para não permitir que a Administração Pública reveja a qualquer tempo os atos consolidadores de direitos subjetivos que se incorporaram ao patrimônio de servidor.

> Em princípio, o que dificulta o firmar posicionamento a respeito do tema é a ausência de diploma legal por parte do Estado do Rio Grande do Sul, como já o fizeram vários Estados e a própria União, cuja disciplina adveio através da Lei n.º 9.784/99, estabelecendo limites para a aplicação da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, coibindo a anulação de todo e qualquer ato administrativo nulo ao bel prazer da Administração, impondo, para tanto, limite de tempo e ausência de boa-fé objetiva por parte do administrado beneficiário do ato considerado nulo. É de ser considerado equivocado o status de princípio quase absoluto, que este Órgão Colegiado, vem conferindo ao da legalidade no âmbito do Direito Administrativo. 3. E assim, na medida em que, na seara do moderno Direito da Administração Pública, quando em conflito com os demais princípios constitucionais e constitucionais administrativos e, principalmente, o princípio da boa-fé objetiva e o primado da segurança jurídica, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, é de ser entendido deva ser ele flexibilizado, como único meio de se atingir a efetiva realização da Justiça. E, para a aferição do princípio preponderante em cada situação apresentada em juízo, nos casos em que exsurge o conflito entre princípios, o melhor critério a ser utilizado é o

[40] SILVA, A. DO COUTO E: *Prescrição qüinqüenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos* in *Revista de Direito Administrativo*, Vol.204, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pág. 30.

[41] SILVA, C. SAMPAIO: *Limites à invalidação dos atos administrativos*, São Paulo: Max Limonad, 2002, pág. 117.

> da análise da proporcionalidade e da razoabilidade.... Dessa feita, na hipótese sub judice, a Justiça do caso concreto só será alcançada se aplicado o princípio da boa-fé objetiva, presente na espécie, e do primado da segurança jurídica, pois não há admitir-se, que após passados todos esses anos o status quo da autora sofra modificação[42].
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO: GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA COM BASE NA LEI 1.762/86, ART. 139, II, DO ESTADO DO AMAZONAS. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CF/1967, ART. 102, § 2º. EFEITOS DO ATO: SUA MANUTENÇÃO. Ponho-me de acordo com a conclusão do parecer. É que não perfilho a tese da constitucionalidade superveniente. A lei inconstitucional nasce morta. Todavia, os efeitos porventura produzidos podem se incorporar ao patrimônio dos administrados, tendo em vista, sobretudo, o princípio da boa-fé. No caso, ao recorrido foi concedida a gratificação quando de sua aposentadoria. Vinha ele percebendo essa gratificação, quando sobreveio a Constituição de 1988, que não contém a proibição que se inscrevia na CF/1967, art. 102, § 2º. Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz[43].

Cumpre referir que já tive oportunidade de me manifestar jurisdicionalmente em situação semelhante quando integrava a Primeira Câmara Especial Cível desta Corte, em decisão assim ementada:

---

[42] Apelação e Reexame Necessário Nº 70011850666, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 28/09/2005.

[43] AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.222-7-AMAZONAS. 2ª Turma. RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO. Julgado em 14/06/2005. Da mesma forma o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *no* REsp 625511 / RS, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2004/0006800-6, julgado em 23/06/2004, pela 5ª Turma, da lavra do Eminente Ministro Gilson Dipp, asseverou que *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9784/99. PRECEDENTES. IPERGS. PENSÃO. FILHA SOLTEIRA. LEI ESTADUAL N.º 7.672/82. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. RECURSO DESPROVIDO.I - Nos termos do art. 54 da Lei nº 9784/99, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.Precedentes. II - As razões insertas na fundamentação do agravo regimental deve limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. Aplicável, à espécie, a Súmula nº 182/STJ.III - Agravo interno desprovido.* Publicado no DJ 02.08.2004 p. 559.

> REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. A CONDIÇÃO DE APOSENTADA DA SERVIDORA MUNICIPAL DESDE O ANO DE 1990 LHE GARANTE O RECONHECIMENTO DA INCORPORAÇÃO AO SEU PATRIMÔNIO JURÍDICO DOS BENEFÍCIOS DA INATIVIDADE, NÃO PODENDO A MUNICIPALIDADE, OITO ANOS APÓS, PRETENDER DESCONSTITUIR O ATO ADMINISTRATIVO QUE DEU CAUSA A ESTA SITUAÇÃO. CONFIRMADA A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. (Reexame Necessário Nº 70004686309, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 27/02/2003).

O que se está revelando, em verdade, com tais abordagens e perspectivas é que o agir administrativo tem de ser absolutamente constitucional, antes de qualquer coisa, ou seja, ele deve estar conformado à ordem constitucional e precipuamente obrigado à sua efetividade, sob pena de dar maior inadequado relevo ao plano da infraconstitucionalidade que marca o seu cotidiano operativo. Esta constitucionalização da Administração Pública, pois, amplia o leque de possibilidades interpretativas –sempre conformadas pela e para a Constituição– do Poder Público[44].

[44] Ver neste sentido o trabalho de BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Na mesma direção, o texto de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos Direitos Fundamentais.* In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (organizado por José Adércio Leite Sampaio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.388 e seguintes.

A ESTABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CRIADOR DE DIREITOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ

Romeu Felipe Bacellar Filho

I. A constitucionalização do direito administrativo e a incidência dos princípios constitucionais na atividade administrativa

A análise do importante tema impõe o assentamento de algumas notas introdutórias para demonstrar a importância de seu estudo e mais significativamente de uma interpretação que leve a uma resposta decisivamente afirmativa: o ato administrativo criador de direito é munido de estabilidade.

Bem pondera DIOGO FREITAS DO AMARAL que a existência de uma Constituição já não é, necessariamente, sinônimo de limitação do poder. Ao contrário, pode constituir-se em forma de legitimação do arbítrio estatal, sendo comum proclamar-se o princípio da legalidade, mas não imunizá-lo frente às razões do Estado. Falar em Estado Constitucional é, portanto, "maneira de abarcar todas as modalidades ou variantes do Estado do nosso tempo"[1].

Desde muito tempo sustentamos que a atual Constituição Brasileira, diferentemente das sete Constituições anteriores, é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Mesmo admitindo-se que possa estar impregnada por determinados vícios, ostenta a virtude de ter como referencial a pessoa humana, não sendo por outra razão, alcunhada de "Constituição cidadã". A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito[2]: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões[3].

Diga-se, todavia, que, embora precursora de significativas alterações a Carta sempre esteve longe de alcançar a sua total concretização. É certo, porém,

[1] AMARAL, D. FREITAS: *Curso de Direito Administrativo*, v. 1. Coimbra : Almedina, 1992, págs. 79-80.

[2] Art. 1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

[3] As dimensões são: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Nesse sentido, a lição de J. J. GOMES CANOTILHO sobre esta "tríade mágica" na Constituição Portuguesa de 1976, podendo ser aplicada também no direito brasileiro. CANOTILHO, J. J. GOMES: *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, pág. 347.

que a disciplina constitucional administrativa, tal como estabelecida pela Lei Fundamental trouxe, por certo, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um "direito administrativo autoritário"[4], marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Parece ser inquestionável, também que, afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador Público brasileiro atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público[5].

Não se trata de inovação propriamente dita, mas sim de recepção dos reclames da doutrina a qual construiu, desde cedo, vias alternativas para elidir a aplicação mecânica da legalidade. FRANCISCO CAMPOS, ao enfocar esta problemática, já asseverava que o poder público não é um poder irresponsável e arbitrário que somente se limita e se vincula pelos seus próprios atos. Acima de tudo, não pode arrogar-se o privilégio de surpreender a boa-fé em seu relacionamento com os particulares[6].

Haveria de implementar-se, assim, o princípio da finalidade pública segundo o qual, na estipulação pela lei, de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser protegido ou suprido. É por isso que o sentido e o limite da competência são balizados pelo fim consubstanciado na lei. Na apreciação da legalidade de um ato administrativo, é imperioso o exame da observância do escopo legal originário. CAIO TÁCITO e Rui CIRNE LIMA, notáveis administrativistas brasileiros, desenvolveram importante contribuição no que tange ao estudo da finalidade pública como parâmetro para a avaliação da legalidade[7]. Advirta-se que não se está a

[4] Dissertando sobre a cidadania, C. MERLIN CLÈVE deduz que sua implementação depende, em primeiro lugar, de uma mudança na concepção quanto à administração pública, já que "o direito administrativo brasileiro é autoritário." CLÈVE, C. MERLIN: *Temas de Direito Constitucional:* e de Teoria do Direito, São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, pág. 29.

[5] Sobre o papel legitimador do interesse público na Administração Pública, ver, sobretudo, MEDAUAR, O.: *O Direito Administrativo em Evolução,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, págs. 179-180.

[6] "O poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, ele se vincula e se limita pelos seus próprios atos. Não se pode reservar o privilégio, que se resume na mais cínica das prerrogativas que se arrogava o poder absoluto, de surpreender a boa-fé dos que confiam na sua palavra ou nas suas promessas violando aquela ou anulando essas, depois de haver conseguido, por causa de uma ou de outras, as prestações cuja execução havia sido feita na boa fé, fundamental não só ao seu comércio jurídico, como à convivência moral, de que a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem ou lhe causou ou infligiu sacrifício." CAMPOS, F.: *Direito Administrativo,* v. 1, São Paulo: Freitas Bastos, 1958, págs. 70-71.

[7] Para R. CIRNE LIMA, "é o fim e não a vontade que domina todas as formas de administração [...] Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo —não o arbítrio que se funda na força— mas a necessidade que decorre da natural persecução de um fim."

Cont.

defender a concepção ampla do princípio da legalidade, mas tão somente, a inteligência desse princípio em operação de concordância prática com os demais princípios, inclusive o da finalidade pública.

A expressão "poder", estigmatizada durante o período ditatorial no Brasil, encontra-se, portanto, melhor entendida como prerrogativa. Caso o Administrador Público utilize seu poder além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso de poder por excesso do mesmo ou o abuso de poder por desvio de finalidade, respectivamente.

MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES assenta que "a idéia do poder é extraída do contexto social e efetiva-se pela capacidade que alguns dispõem de emitir comandos que traçam regras de conduta e que são obedecidos, obtendo-se, assim, uma submissão ao teor da ordem"[8]. Todo o exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção exercida pelo detentor sobre os destinatários à medida que pressupõe determinação de atitudes destes últimos. Contudo, o poder não se auto-realiza, configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Não houvesse destinatário –o povo– inexistiria razão para existência do poder. Logo, se a existência do poder pressupõe relação de hierarquia, esta somente se justifica quando o poder direciona-se em função dos legítimos anseios do povo[9].

Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública: aparato constituído pelo Estado para satisfação do bem comum. "O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é condição da justiça, como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura"[10], conforme lição de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO.

Com efeito, o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum[11]. Este não representa a

CIRNE LIMA, R.: *Princípios de Direito Administrativo,* 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, págs. 21-22. Nesse sentido, também C. TÁCITO: "a regra de competência não é um cheque em branco." TÁCITO, C.: *Direito Administrativo.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 5.

[8] LOPES, M. A. RIBEIRO: *Poder Constituinte Reformador.* São Paulo: RT, 1993, págs. 16-17.

[9] "O domínio político — o domínio de homens sobre homens — não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem — legitimação. A legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância 'fora' do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática)." CANOTILHO, J. J. GOMES: *Op. Cit.*, pág. 418.

[10] FRANCO SOBRINHO, M. DE OLIVEIRA: "Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais", *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 111, pág. 33, jan./mar. 1973.

soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O Administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição referiu-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade[12].

A Administração Pública, considerada um aparelhamento regularmente constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum na realização de seus serviços, deve zelar para que seja realçada, em sua atuação, a compreensão de que o Estado é uma síntese de todos. Não se admite, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários de seus atos. A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e eqüitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário[13].

As Emendas Constitucionais editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, respondendo em parte por alguns anseios, cuidaram de alterar significativamente diversos dispositivos da Carta de 1988, sendo certo que um dos objetivos deste trabalho é o de confrontar o conteúdo das reformas encetadas com a segurança jurídica que deve pairar no relacionamento do cidadão com a Administração Pública.

---

[11] "La justicia, así, está llamada a volver a ser la clave de bóveda de esta nueva arquitectura jurídica, evitando que se destruyan mutuamente derechos individuales (derechos-abstención) y sociales (derechos-prestación). El Estado de nuestros días, que ha superado el rol de *gendarme* de las libertades, que le atribuyera el liberalismo clásico, necesita reencontrarse con aquel otro que le señalaron los pensadores clásicos: ser gerente del bien común. *Ius suum cuique tribuendi* debiera ser el *leit motiv* del nuevo Estado de Derecho." GARCÍA, S. ET AL.: *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1995, pág. 283. D. DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO classifica o bem comum como interesse público originário atribuído constitucionalmente ao Estado com os poderes necessários para realizá-lo. O bem comum é atendido imediatamente pelo legislador e mediatamente pela Administração Pública. MOREIRA NETO, D. DE FIGUEIREDO: *Legitimidade e Discricionariedade*: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991, pág. 18.

[12] O bem de todos a que alude o art. 3º, IV, da Constituição brasileira é o bem comum: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

[13] Para Y. POIRMEUR, o direito administrativo é um direito à procura do equilíbrio entre as necessidades e a satisfação do interesse geral, as prerrogativas do Poder Público e a proteção dos particulares contra o arbítrio. POIRMEUR, Y.; FAYET, E.: "La Doctrine Administrative et le Juge Administratif : la Crise d'un Modèle de Production du Droit" in CHEVALLIER, J. ET AL.: *Le Droit Administratif en Mutation*, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, pág. 97.

Ao elencar os princípios básicos aos quais se subordina a Administração Pública, a Constituição Federal Brasileira coloca-se em sintonia com a comunidade destinatária de seus comandos, fazendo antever uma Administração Pública comprometida com a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

Os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do sistema constitucional. Sistema é mais do que conjunto de normas, é conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação. Através dos princípios, as normas constitucionais são costuradas umas às outras para formar o ordenamento constitucional[14].

Embora possuam marca distintiva, os princípios atuam conjugadamente, complementando-se, condicionando-se, modificando-se, harmonizando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se numa base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana.

Em sua interação recíproca, ocorrem deslocações compreensivas, ou seja, modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro. Tais relações explicam a necessidade de estabelecer operações de concordância prática: não se admite sacrifícios unilaterais de um princípio em relação ao outro, antes, reclama-se a harmonização[15].

A doutrina tradicional nega aos princípios – normas constitucionais abertas – o status normativo. Considera-os lembretes, recados para o legislador. Esta postura, como visto, é incompatível com uma teoria constitucional comprometida com a supremacia material e formal da Constituição sobre o direito ordinário e defendida, por exemplo, nas obras de CANOTILHO e JORGE MIRANDA. No Brasil, muito embora algumas especificidades de ordem terminológica, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, PAULO BONAVIDES, JOSÉ AFONSO DA SILVA, CLÈMERSON CLÈVE, LUIS ROBERTO BARROSO, CARLOS ARI SUNDFELD, CARMEN LÚCIA ROCHA, entre outros, defendem a normatividade dos princípios.

Assim, qualquer análise a ser desenvolvida, haverá de partir do pressuposto (i) de que os princípios são normas; (ii) de que não há, entre os mesmos, nenhuma hierarquia; (iii) que o princípio da legalidade deve ser entendido em sua concepção restrita.

[14] Nesta linha, ROCHA, C. L. ANTUNES: *Princípios constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pág. 28.

Perceba-se que a Administração Pública, no exercício de suas atividades, subordina-se a uma gama de princípios explícitos e implícitos que compõem regime jurídico administrativo. Dentre eles, encontram-se os princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da boa-fé, cujo conteúdo jurídico incide com força vinculante sobre toda e qualquer conduta da Administração Pública. Impõe-se, dessa sorte, observar em que medida a aplicação de tais princípios confere estabilidade aos atos administrativos criadores de direitos.

II. Os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé como fundamentos da estabilidade do ato administrativo garantidor de direitos

Assentadas as premissas de que o Direito Administrativo brasileiro submete-se à conformação jurídica que foi delineada pela Constituição Federal de 1988, com a dimensão axiológica que lhe é peculiar, e que, por conseguinte, o agir administrativo encontra-se absolutamente afivelado aos princípios e regras constitucionais, importa examinar a inserção dos princípios da segurança das relações jurídicas, da moralidade administrativa e da boa-fé no universo do Estado Democrático de Direito e as suas consequências para a temática em apreço.

Princípios, para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios"[16]. Entre as funções mais importantes dos princípios destaca-se a orientação ao legislador na elaboração de leis adequadas, e necessário indicativo para a correta interpretação do ordenamento jurídico.

É sob o influxo dessas idéias que o assunto em epígrafe deve ser tratado. No direito brasileiro, a Constituição Federal previu no art. 37, *caput*, princípios explícitos que informam a atuação da Administração Pública:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Além desses, extrai-se do tecido constitucional outros princípios implícitos, que se apresentam em consonância com o regime democrático adotado pela Lei Fundamental, tais como a boa-fé e a segurança das relações jurídicas.

[15] CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, V.: *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991, págs. 74-75.
[16] CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, V.: *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991, pág. 49.

A afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa.[17] Introduz o conceito de boa administração,[18] da moral administrativa especializada em face da moral comum. A partir dele, pode-se exigir da Administração uma atuação pautada pela estrita observância aos ditames impostos pela ética pública. Mas como conceber as exigências que se pode depreender do princípio constitucional da moralidade? Uma delas, talvez a mais importante, revela-se na imposição de que os atos emanados da Administração Pública respeitem um mínimo de previsibilidade.

O cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da moralidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico posto.

Em se tratando de Administração Pública, mostra-se inconcebível o desacolhimento a um pleito devidamente amparado em regra legal, não só pela frustração desse vínculo de confiança no império da lei estabelecida, mas, sobretudo, porque ao Estado não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido. Por essa razão, o princípio da moralidade administrativa incide justamente na esfera do anseio de certeza e segurança jurídica, mediante a garantia da lealdade e boa-fé da Administração Pública. Daí porque tratar-se conjuntamente dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé, eis que, embora sejam dotados de autonomia e caracterizem-se por conteúdos próprios, seus fundamentos e efeitos jurídicos ostentam inequívoca aproximação.

[17] O art. 5º, inc. LXXIII erigiu a moralidade administrativa em causa autônoma da ação popular. Comentando o dispositivo constitucional, R. DE CAMARGO MANCUSO: "De ressaltar-se, outrossim, que um ato administrativo, ou decisão político-administrativa, pode até vir *ao encontro* dos interesses fiscais, financeiros ou orçamentários do Estado, e, no entanto, ser insustentável sob o prisma da moralidade, o que vem demonstrar, masi uma vez, que 'interesse público' não se confunde com 'interesse da Fazenda'. Lembremos o patético episódio do bloqueio dos ativos financeiros ocorridos no Governo Collor, a pretexto de 'controle' das finanças públicas e do crescimento inflacionário. Ou, ainda, os exemplos, deveras sugestivos, trazidos por Clóvis Beznos: a criação de 'tributos absolutamente inconstitucionais', tais o ISOF, em 1980; os 'empréstimos compulsórios sobre aquisição de veículos, combustível e viagens ao exterior'; e, mesmo, lembra o articulista, 'declarações de autoridades monetárias em determinado sentido, seguidas de decisão político-administrativa em sentido contrário, confundindo a opinião pública, e causando distúrbios de toda sorte a vários segmentos da economia do país." MANCUSO, R. DE CAMARGO: *Ação popular*: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. pág. 104.

[18] SUNDFELD, C. A.: "Procedimentos Administrativos de Competição", *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, jul./set. 1987, pág. 114.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que o princípio da segurança jurídica "não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo"[19]. E complementa:

> a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles[20].

Como princípio, a confiança é proclamada por diversos ramos do conhecimento, posto que reduz a chamada insegurança estratégica, essa entendida como a "condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas conseqüências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos"[21]. JUDITH MARTINS-COSTA menciona que a proteção jurídica da confiança foi inicialmente apontada pela sociologia como fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais[22].

Por sua vez, MARCELO RIBEIRO LOSSO destaca que, no âmbito do Direito, pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico como a ordem, o bem comum, o interesse social e a segurança, dentre outros, que o ordenamento jurídico busca preservar. Ressalta o jovem autor a dificuldade de delimitar confiança, para efeitos jurídicos, o que já foi apontado por MANUEL FRADA:

---

[19] MELLO, C. A. BANDEIRA DE: *Curso de direito administrativo*, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 118. Em sentido contrário, J. R. VIEIRA entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no caput do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. VIEIRA, J. R.: "Princípios constitucionais e Estado de Direito". *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 14, n. 54, out./dez. 1990, pág. 98.

[20] MELLO, C. A. BANDEIRA DE: *Curso de direito administrativo*, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 119.

[21] MARTINS-COSTA, J.: Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego". "Adimplemento contratual". *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 95, n. 852, out. 2006, pág. 96.

[22] MARTINS-COSTA, J. *Ibidem*.

> a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação de seu âmbito, já de si problemática. Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica[23].

E remata:

> o valor — confiança — deve ser protegido nas relações em geral. Dentre os vários princípios vinculados a essa proteção pode-se citar o da proteção à confiança, da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade, etc.[24]

J. MARTINS-COSTA já anteriormente sustentava que o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com a proteção das expectativas; e, ainda, como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos, advertindo que essa confiança é uma *confiança adjetivada*, a confiança *legítima*, também chamada expectativa legítima[25].

A inobjetável relação entre os princípios da segurança jurídica e o da proteção é atestada por J. J. GOMES CANOTILHO:

> O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito[26].

Para o alcance do desiderato colimado pelo mestre lusitano, não se pode olvidar a idéia de previsibilidade, que consiste no prévio conhecimento pelos interessados das intenções da Administração. A atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma "administração de surpresas". Submissa ao princípio da legalidade, conformadora da segurança jurídica, haverá de ser prestigiada a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a previsão de regras de transição, a coisa julgada, a preclusão, a

[23] FRADA, M. A. CARNEIRO DA: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 17.
[24] LOSSO, M. RIBEIRO: *O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado*, 2008, 188 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.
[25] MARTINS-COSTA, J. Op. Cit., págs. 96-97.
[26] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 256.

decadência, a usucapião, o direito adquirido e a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação[27].

Não é raro na seara administrativista a *segurança jurídica*, a *proteção à confiança* e a *boa-fé* serem tratados como institutos análogos. O tema é aclarado por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ:

> Realmente no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y de la buena fe. A veces se considera este una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí el de aquél[28].

Também se ocupando do assunto, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ressalta ao tratar do princípio da segurança jurídica:

> A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo[29].

É nessa linha que ANA CLÁUDIA FINGER, em excelente estudo monográfico sobre o princípio da boa fé no direito administrativo, ressalta que "a boa-fé atua como um elemento norteador da hermenêutica das relações de administração, fundada na proteção da confiança, ante o dever de lealdade, de correção e de respeito mútuos que deve imperar nessas relações"[30]. Boa-fé, segurança jurídica, moralidade e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores, na feliz expressão de ALMIRO DO COUTO E

[27] Previsão constante do art. 2º, XIII da Lei nº 9.784/99.
[28] PÉREZ, J. GONZÁLEZ: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2004, págs. 68-69.
[29] DI PIETRO, M. S. ZANELLA: *Direito administrativo*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 85.
[30] FINGER, A. C.: *O princípio da boa-fé no direito administrativo*, 2005, 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, f. 49.

SILVA[31]. Em geral, a boa-fé, admite duas acepções: uma em sentido objetivo e a outra em sentido subjetivo. É JUDITH MARTINS-COSTA quem, de modo admirável, esclarece:

> A expressão "boa-fé subjetiva" denota "estado de consciência", ou convencimento individual a cobrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por "boa-fé objetiva" se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual "cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade". Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo[32].

A boa-fé e a lealdade, como instrumentos garantidores da moralidade administrativa, substanciam elementos objetivos capazes de definir métodos e formas práticas de comportamento administrativo. A boa-fé como contraponto da má-fé revela comportamento do agente isento de reprovabilidade, isto é, com a crença de que está agindo conforme o direito ou, pelo menos, na mais pura ignorância e, portanto, com a confiança de que a atitude possa ser contrária ao ordenamento jurídico.

Como dimensão do princípio da moralidade administrativa, a boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Retrata a integração do ordenamento a regras ético-materiais de fidelidade, crença e confiança[33]. Neste passo, imprescindível lembrar com JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ:

---

[31] SILVA, A. DO COUTO E: "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, pág. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf. Acesso em: 27 fev. 2007.

[32] MARTINS-COSTA, J.: *A boa-fé no direito privado*, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 411.

[33] PÉREZ, J. GONZÁLEZ. *Op. Cit.*, págs. 45-46.

> Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concedible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos[34].

Na esteira desse pensamento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que os princípios da lealdade e boa-fé – considerados princípios fundamentais do procedimento administrativo – estão compreendidos no âmbito do princípio da moralidade da Administração Pública[35].

A boa-fé e a lealdade têm um fértil campo de atuação no direito administrativo, podendo manifestar-se: (a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados para cumprimento da prestação, vedando a imposição de obstáculo resultante de um comportamento desleal[36]; (b) no estabelecimento de uma atuação procedimental leal em que a Administração e o cidadão relacionem-se de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados que não revelem uma pauta imprevisível; (c) no dimensionamento do procedimento a partir de um formalismo moderado a fim de evitar a sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na convalidação das nulidades sanáveis: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente[37].

Tais princípios humanizam a relação entre Administração e o destinatário de seus atos sem que isto implique "quebra do princípio da impessoalidade"[38]. Assim, se um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a fixação de um

[34] PÉREZ, J. GONZÁLEZ. *Idem*, pág. 59.

[35] MELLO, C. A. BANDEIRA DE. *Op. Cit.*, págs. 73 e 323. Para JUAREZ FREITAS, o princípio da confiança ou da boa-fé resulta da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas. FREITAS, J.: *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 73.

[36] PÉREZ, J. GONZÁLEZ: *Op. Cit.*, pág. 102. A fixação de prazo adequado para o cumprimento do atos administrativos processuais recebeu proteção no §2º, do art. 26, da Lei 9.784/99 que, embora não tenha caráter principiológico, pode ser aplicado subsidiariamente no processo administrativo disciplinar, na hipótese de ausência de regra específica: "A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento".

[37] Com razão, JUAREZ FREITAS sublinha a íntima relação do princípio da confiança ou boa-fé para solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, ambos em correlação temática, com o intuito de fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. FREITAS, J.: *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 75.

[38] PÉREZ, J. GONZÁLEZ., *Op. Cit.*, pág. 150.

regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado nos princípios antes arrolados.

A supremacia da Constituição sobre todas as normas impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais. Segundo CLÈMERSON MERLIN CLÈVE:

> a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional[39].

Já há algum tempo, abandonou-se a idéia de que as garantias fundamentais concretizadoras da igualdade e do respeito à pessoa humana encerram concepções abstratas de conteúdo programático, a exemplo de um manual de aspirações ou mesmo de um protocolo de intenções.

Nunca é demais insistir: a interpretação das leis não pode descurar de submeter-se ao princípio vetor de nossa ordem constitucional – a dignidade da pessoa humana – nem da existência de um núcleo mínimo dele emanado, que se revela na plena submissão a princípios éticos e morais, a garantir, entre outros, a sobranceira existência de um Estado Democrático de Direito.

Por todos os motivos anteriormente elencados, o ato administrativo que outorga direitos ao cidadão não pode ficar desprotegido diante do poder-dever da Administração Pública de anular os atos maculados por vícios em sua formação. É necessário, em tais situações, observar as circunstâncias que peculiarizam o caso concreto antes de se tomar qualquer decisão no sentido de anular o ato administrativo. Emergem, assim, questões relativas à boa-fé do cidadão beneficiado pelos efeitos do ato, a necessidade de segurança jurídica nas relações travadas com o Poder Público e a proteção à confiança legítima daquele que sofrerá consequências em sua esfera jurídica individual com o desfazimento do ato administrativo.

Sobre o tema, aduz ANA CLÁUDIA FINGER:

> Mesmo se tratando de atos administrativos eivados de vícios, segundo a mais abalizada doutrina, a supressão de tais decisões e determinações do mundo

[39] CLÈVE, C. MERLIN: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro,* São Paulo: RT, 1995, pág. 27.

> jurídico não é automática, pois vezes há em que, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas e da boa-fé dos administrados, levados a confiar na presunção de legalidade dos atos da Administração Pública, a manutenção do ato inválido se impõe[40].

Nessa senda, deve-se tratar com muita cautela os casos em que o ato administrativo encontra-se inquinado de nulidade, por inobservância dos preceitos legais que disciplinavam a liturgia da sua expedição, não se podendo proceder à sua anulação de forma imediata e irrefletida. Isso porque, como bem sustenta WEIDA ZANCANER, o princípio da legalidade não pode ser encarado em termos absolutos, uma vez que o regime jurídico ao qual se submete a Administração Pública está orientado por diversos outros princípios – entre eles, os já citados princípios da segurança jurídica, da moralidade e da boa-fé – que impõem um necessário sopesamento quando houver transcorrido um significativo decurso de tempo ou quando estiverem em jogo direitos de terceiros de boa-fé[41].

A Administração Pública, quando deparar-se com ato administrativo passível de convalidação – isto é, ato cuja nulidade possa ser suprida por novo ato administrativo – que não tiver sido impugnado pelo interessado, deverá convalidá-lo. Por outro lado, se estiver diante de um ato insuscetível de convalidação, terá o dever de anulá-lo, salvo nas hipóteses em que o ato viciado já tiver sido estabilizado pelo ordenamento jurídico.

Tal estabilidade do ato administrativo se alcançará justamente nas situações em que: (i) já houver decorrido o prazo prescricional (ou decadencial, com prefere parcela da doutrina) para a invalidação do ato por parte da Administração – o que se revela como uma exigência do princípio da segurança jurídica; (ii) ainda que não escoado o prazo, o ato tiver conferido uma ampliação aos direitos do indivíduo imbuído de boa-fé, após um período de tempo razoável, de modo que, se fosse promovida a sua anulação, haveria uma ofensa ainda maior ao interesse público.

Quanto à primeira circunstância capaz de conferir estabilidade ao ato garantidor de direitos – decurso de prazo prescricional (ou decadencial) –, está prevista no direito brasileiro no art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99, que dispõe sobre o

[40] FINGER, A. C. *Op. Cit.*, f. 116.

[41] ZANCANER, W.: *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 90. Nas palavras da autora: "Por outro lado, conforme já grafamos, o princípio da legalidade exige a invalidação dos atos viciados insuscetíveis de convalidação, entretanto pode sofrer intersecção de outros princípios, o que nos levará a apontar barreira ao dever de invalidar. Com efeito, foi visto que este dever pode se transmutar no dever de não invalidar, ora tão-só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste, aliado ao da boa-fé quando em causa atos ampliativos de direito".

processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal e aplica-se, ao nosso ver, subsidiariamente às esferas estadual e municipal quando não houver lei específica a tratar do tema. Dispõe o precitado dispositivo: "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". Assim, havendo boa-fé, a Administração Pública encontra-se vedada de invalidar atos administrativos que prevejam ou ampliem direitos ao cidadão após o prazo de cinco anos.

Todavia, conforme já afirmado, nem sempre será imprescindível o escoamento do prazo prescricional (ou decadencial) para que se reconheça a estabilização do ato administrativo. Há casos em que a conjugação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa constituirão uma "barreira ao dever de invalidar"[42] o ato viciado. São as hipóteses em que o ato administrativo amplia direitos ou concede benefícios ao cidadão, e nas quais já tiver decorrido um período de tempo capaz de consolidar situações jurídicas. Impende, portanto, a existência cumulativa de alguns requisitos, conforme propõe WEIDA ZANCANER, quais sejam: "haver decorrido certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário"[43].

Diante do exposto, os princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da boa-fé constituem fundamentos jurídicos aptos a revestir de estabilidade o ato administrativo criador de direitos, formando uma barreira de proteção contra a sua anulação, nas hipóteses anteriormente delineadas.

III. Ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada: Escudos protetores contra a ação da lei nova

Além da proteção conferida aos atos administrativos que asseguram ou ampliam direitos ao cidadão contra a sua invalidação pela própria Administração Pública, cumpre analisar outra questão de irrefutável importância para o estudo do assunto em tela: a estabilização do ato administrativo do qual decorram benefícios ao cidadão, em face de lei superveniente. Trata-se de analisar a dimensão proporcionada pelo princípio da segurança jurídica aos casos em que a lei promulgada posteriormente à edição do ato apresenta contrariedade em relação ao seu conteúdo jurídico.

Na ordem constitucional brasileira, o corolário do princípio da segurança jurídica encontra-se no art. 5º, XXXVI, segundo o qual "a lei não prejudicará o

[42] ZANCANER, W. *Op. Cit.*, pág. 62.
[43] ZANCANER, W. *Id. Ibid.*

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". O referido princípio, na precisa formulação de ANGELA CASSIA COSTALDELLO:

> traduz o sentimento de justiça que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, que tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade. Na doutrina e na jurisprudência, o termo, em regra, é utilizado para fundamentar a proteção de direitos pela imutabilidade das situações e relações jurídicas estabelecidas[44].

É exatamente essa a característica essencial do mencionado princípio, que está presente nos três institutos enunciados pelo art. 5º, XXXVI da Lei Maior: a proteção de direitos através da imutabilidade das relações jurídicas já consolidadas, que os torna infensos ao advento da lei nova. O ato jurídico perfeito revela-se absolutamente consonante com a lei do tempo em que se efetuou. O conceito de direito adquirido ao cuidar de uma relação jurídica concluída, cabalmente realizada, consiste no reconhecimento do direito conquistado por alguém, sob a égide da lei anterior, mas que pode ser exercido pelo seu titular, a qualquer tempo, sob o regime da nova lei, ainda que esta não o contemple. Já a coisa julgada ou caso julgado quer significar a decisão judicial não mais sujeita a recurso, seja pelo exaurimento das possibilidades de irresignação, seja pela fluência, sem manifestação, dos prazos previstos para seu exame pela instância *ad quem*.

Some-se ao que foi alinhado a previsão constitucional quanto à prescrição. O instituto da prescrição está destinado a tutelar a segurança jurídica e, por essa razão, encontra-se intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito[45]. Como salienta EDUARDO ROCHA DIAS, a prescrição administrativa, causa extintiva do poder punitivo da Administração Pública, "funda-se no princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, ao qual repugna a possibilidade de se poder eternamente aplicar uma sanção ao administrado"[46].

A Constituição Federal de 1988 contém norma sobre o assunto e trata das únicas hipóteses de imprescritibilidade[47]. Na seara do direito administrativo,

[44] COSTALDELLO, A. C.: *A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*, 1998, Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, f. 33.

[45] Afinal, como sustenta J. J. GOMES CANOTILHO, o Estado Democrático de Direito está estruturado sob dois vetores: a proteção da confiança dos cidadãos e a segurança jurídica. CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1996, pág. 380.

[46] DIAS, E. ROCHA: *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, São Paulo: Dialética, 1997, pág. 107.

[47] A Constituição admite hipóteses excepcionais de imprescritibilidade, previstas nos seguintes casos: (i) crime de racismo (art. 5º, XLII); (ii) crime de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV) e (iii) direitos sobre as terras indígenas (art. 231, §4º).

prevê, no art. 37, §5º que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

A Lei Fundamental elevou, portanto, à garantia constitucional, a prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública, admitindo a imprescritibilidade na excepcional situação da ação de ressarcimento. A prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública configura, portanto, princípio constitucional expresso. Nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, "se o princípio é a prescritibilidade, é a imprescritibilidade que depende de norma expressa, e não o inverso"[48].

Aí está entre outros, uma significativa mostra do respeito que a Constituição dedica ao princípio da segurança das relações jurídicas. É óbvio que os institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, não podem ser suprimidos mediante o exercício do poder de emenda constitucional. Como direitos fundamentais, são limites materiais ao poder de reforma constitucional, consoante prevê o art. 60, §4º, IV da Constituição: "Art. 60. (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais".

Inserido no texto original, vale dizer, pelo constituinte originário, a existência dessas garantias é imune ao poder de emenda, ao poder reconstituinte. Isto parece pacificado. A grande questão, todavia, consiste em confrontar uma situação concreta de direito adquirido com a ordem instalada a partir da Emenda Constitucional.

Surgem nessa ordem de idéias, pelo menos duas correntes: (a) a primeira, sustentando que o poder de reforma está condicionado a respeitar todo e qualquer direito adquirido; (b) a segunda, sob o genérico argumento de que não há direito adquirido contra a Constituição, defende a tese de que o poder de reforma não encontra qualquer limitação. É certo que não há quem desafie o dogma da supremacia da Constituição, posto que sua inserção no ápice do sistema a faz ter como base as normas individuais. O legislador ordinário – em termos materiais – submete-se a uma limitação à Constituição. O poder de reforma constitucional, ao seu turno, enfrenta como barreira aos seus desideratos, as chamadas cláusulas pétreas, cujo conteúdo explícito ou implícito é salvaguardado de eventuais afrontas.

[48] BARROSO, L. R.: "A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99" in L. R. BARROSO: *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 501.

Averbe-se que alguns autores, não admitindo que a garantia do direito adquirido possa retratar limite ao poder de reforma, sustentam que a expressão "lei", inserida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, deve ser entendida em sua concepção restrita, não abrangendo o poder de reforma constitucional. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, de algum modo, respalde esse entendimento, submetendo ao seu império tão somente o legislador infraconstitucional, é forçoso pronunciar alguns alertamentos.

Sabe-se que a doutrina considera a Constituição lei em sentido material. Que, em sentido formal, é superior às leis ordinárias, desfrutando de eficácia inaugural não se lhe impondo limites anteriores ou posteriores aos constantes dos seus próprios comandos. Esses rápidos alinhamentos são averbados, tendo como pano de fundo a Constituição originária, editada por um poder constituinte legítimo mantenedor ou inovador da ordem jurídica. Já é difícil aceitar que uma nova Carta Constitucional alterando toda a ordem jurídica desprestigie direitos e interesses conquistados por quem acreditou na ordem jurídica anterior (igualmente legítima)[49]. Isto equivaleria a, de modo simplista, aceitar que, cada Constituição editada no País (e no Brasil já foram várias) fizesse nascer um País novo descompromissado e livre de quaisquer amarras com o passado. É imperioso contermos os impulsos reformadores e, com o devido respeito, defender que não é razoável, diante de nossa história, aceitar um poder de reforma absoluto.

Diz o Supremo Tribunal Federal, apoiado por significativa parcela da doutrina que, contra a Constituição inexiste o princípio do direito adquirido[50] e, tampouco, o princípio da irretroatividade[51]. Todavia, quando a Constituição assim o deseja, as necessárias ressalvas são expressamente incluídas em seu texto. Como exemplo em que Constituição Federal expressamente impede o manejo da garantia do direito adquirido, cite-se o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, verbis: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título".

[49] Isto geraria uma discussão interminável a propósito de estabelecer que ordem seria mais legítima, a vigente ou a anterior.

[50] "Magistrado. Incidência imediata da proibição contida no artigo 114, I, da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional n º 7/77. - Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF, Recurso Extraordinário nº 94.414-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 114/237, RDA 160/144, j. em 13/02/1985).

[51] "(...) A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência." (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248-RJ, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 152/341, j. em 18/11/1993).

Não há como deixar de reconhecer que as normas constitucionais, quando não disponham em sentido contrário, gozam de imediata eficácia. Do mesmo modo, podem retroceder ao passado, alcançando fatos que, a rigor, submetiam-se ao império da Constituição anterior. Por óbvio, esta alternativa depende de expressa ressalva. A grande questão que se põe diz respeito à possibilidade de eventual desconsideração aos institutos antes elencados.

A legislação infraconstitucional permanece válida apenas se não confronta com o estatuto constitucional (princípio da recepção). Se a legislação conflita, prevalece a Constituição, norma hierárquica superior do sistema jurídico (princípio da supremacia). Por isso a eficácia da Constituição é imediata, e se presume tal, salvo disposição expressa em contrário constante da própria Constituição (princípio da eficácia imediata da Constituição).

Essas noções não nos devem conduzir, porém, a confundir a garantia do direito adquirido com o princípio da irretroatividade da lei. Retroagir (*retro agere)* é incidir sobre o passado, é atribuir nova valoração jurídica a fatos resolvidos no tempo, regredindo ao pretérito. É verdade que, no Brasil, a Constituição não proíbe de forma absoluta e genérica a retroeficácia da lei.

A Constituição brasileira proíbe a retroatividade da lei penal incriminadora (Art. 5º, XL) e prescreve que a lei não poderá retroagir para ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI). Não impede a retroação feita para beneficiar, mas, ao contrário, admite-a expressamente ("A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" – Art. 5º, XL) e implicitamente ("Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III- cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou aumentou; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou – Art. 150, III, "a" e "b"). Tampouco repele a retroação de lei quando não estiver em causa dano a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição expressamente autoriza a retroação, quando se tratar de inovação jurídica promovida por medida provisória não convertida em lei, pois neste caso a alteração promovida com força de lei perde a eficácia, desde a edição da medida provisória, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (Art. 62, § único). E, ademais, para algumas questões, permitiu a retroação inclusive para prejudicar o beneficiário de direito ("Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de Comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com

área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1992 a 31 de dezembro de 1987" – Art. 51, do ADCT).

Em contraste, há apenas uma única hipótese em que a Constituição Federal expressamente afasta a aplicação da garantia do direito adquirido contra si e contra a lei ordinária. Esta disposição encontra-se no já citado art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O que foi anteriormente expendido demonstra o equívoco de confundir o tema dos direitos adquiridos, que não diz respeito ao passado, mas a efeitos presentes de fatos passados, com a questão da irretroatividade da lei, que retrata a alteração no passado de efeitos realizados ou consumados. As duas questões suscitam problemas distintos que devem merecer soluções técnicas diferenciadas.

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo garantidor de direitos encontra-se blindado contra a ação da lei nova, seja lei em sentido formal, seja emenda constitucional. Tal conclusão advém da necessária compreensão de que o princípio da segurança das relações jurídicas deve presidir toda a atuação do Poder Público, servindo, através dos institutos que o consagram – ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada – como escudo protetor do cidadão frente à superveniência de lei ou emenda constitucional que frustre suas expectativas diante de situações jurídicas já consolidadas.

LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

Libardo Rodríguez Rodríguez

I. Introducción

Uno de los aspectos que más ha marcado históricamente las transformaciones del derecho administrativo y la teoría del Estado es el pensamiento económico predominante en las diferentes épocas y, como consecuencia del mismo, la función que debe asumir el Estado en el desarrollo de la economía[1].

Así, en la etapa de surgimiento y consolidación del derecho administrativo al interior del Estado liberal de derecho, el pensamiento económico, basado particularmente en las ideas de Adam Smith y con fundamento en la teoría del *laissez faire–laissez passer*, se caracterizaba porque el Estado debía ser un simple garante del funcionamiento libre de la economía y del mercado, de tal manera que el mismo debía ejercer únicamente las funciones de seguridad o policía y de justicia, pero no debía ser un agente económico, ni tampoco podían sus decisiones influir sobre la manera en que debía funcionar el mercado.

Posteriormente, teniendo en cuenta las constantes exigencias sociales y especialmente la crisis económica del primer tercio del siglo xx, así como la redefinición del papel del Estado y del concepto de servicio público, aparece el Estado interventor y de bienestar, en el cual éste pasó de ser un simple garante del mercado a ser un agente del mismo, y quizás el agente más importante, ya que su intervención estuvo diseñada para reactivar la economía y para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales de los ciudadanos, cuyo reconocimiento se encontraba en las constituciones políticas de la misma época.

---

[1] Sobre las diversas transformaciones del Estado como consecuencia de los cambios en los fenómenos económicos, véase a GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1996. Igualmente, puede verse a DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 155 y sigs, y a CASSESE, S.: "La noción de 'constitución económica' y las transformaciones del Estado", en *A&C Revista de direito administrativo e constitucional*, n° 14, Belo Horizonte, Editora Fórum e Instituto Paranaense de Direito Administrativo, enero – marzo 2003, págs. 11 y sigs.

De esta manera, el Estado comienza a ser el principal prestador de diversos servicios públicos y el titular de los mismos, por lo cual el papel de los particulares dentro del mercado pasó a estar claramente subordinado a las decisiones e intervenciones del Estado en la economía, sin que ello significara que en este período se borrara la función de policía y de garantía del buen funcionamiento del mercado por parte del Estado, pero cambiando los mecanismos utilizados para ese propósito.

No obstante, las exigencias de la realidad económica hicieron que este modelo de Estado interventor también hiciera crisis. Fue así como, en las últimas décadas del siglo xx y la primera del siglo xxi, especialmente como consecuencia de las diversas corrientes económicas que se engloban bajo la idea del neoliberalismo, se ha pretendido redefinir una vez más el papel del Estado en la economía, pretendiendo que éste vuelva a ser un simple garante del funcionamiento de la misma, aunque reconociendo el papel fundamental que el Estado desarrolla como agente económico.

Se pasa, entonces, de un Estado interventor a un llamado "Estado regulador", en el cual la función económica principal del Estado ya no será la de cumplir un papel activo como agente predominante en la economía de mercado, sino la de regular los mercados para evitar las fallas que se puedan presentar en los mismos y garantizar a los particulares el respeto por sus derechos, siempre con el objetivo de lograr que el Estado dé cumplimiento a los fines constitucionales para los cuales fue instituido.

No obstante, debe hacerse notar que la transformación hacia un "Estado regulador" no quiere decir que en las épocas anteriores no existiera actividad de regulación por parte del mismo. Como lo veremos, a la par de las transformaciones del Estado aparecen transformaciones en las funciones que éste desempeña, incluyendo la de regulación, pues como lo ha mostrado la doctrina, la historia de la regulación económica aparece desde la segunda mitad del siglo xix[2].

La evolución descrita no ha sido ajena a Colombia, pues las diversas etapas de las transformaciones económicas del Estado y del derecho administrativo han ocurrido en términos similares. En efecto, las diversas Constituciones del siglo xix y las reformas constitucionales del siglo xx, llegando hasta la vigente Constitución Política de 1991, han reflejado inequívocamente los cambios

[2] Véase a BIANCHI, A. B.: *La regulación económica*, t. 1, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2001, págs. 25 y sigs, quien analiza detalladamente las fases del desarrollo histórico de la regulación económica y lo divide en tres etapas: desde 1870 hasta 1930, desde 1930 hasta 1970 y de 1970 hasta nuestros días, frente a las cuales podríamos decir que, en términos generales, coinciden con la etapa final del Estado liberal**,** la etapa del Estado intervencionista y la época del Estado regulador.

en la concepción del papel del Estado frente a la economía, tomando como referencia las evoluciones producidas en otras latitudes[3].

Dentro del marco anterior de las transformaciones económicas del derecho administrativo, para estudiar el régimen de las decisiones que adoptan los organismos de regulación en Colombia consideramos necesario, en una primera parte, precisar la naturaleza y contenido básico de la función estatal de regulación (II), para luego identificar la existencia y tipología de los organismos de regulación en el derecho colombiano (III), con base en lo cual haremos una aproximación a la naturaleza jurídica y eficacia normativa de las decisiones de los organismos de regulación (IV), así como a la forma y procedimiento de expedición (V) y el control de dichas decisiones (VI).

II. Naturaleza y contenido de la función estatal de regulación

Como lo hemos señalado en la introducción, las transformaciones del Estado y del derecho administrativo han llevado a que en la actualidad, al menos desde la perspectiva económica y de intervencionismo del Estado, se hable de un Estado regulador y a que, consecuentemente, se le reconozca a éste, además de las funciones que tradicionalmente ha desarrollado, la función de regulación.

Desde la perspectiva de las transformaciones económicas del derecho, el Estado regulador obedece a la confluencia de una amplia diversidad de factores de tipo tecnológico, económico y político. En efecto, desde mediados de la década de los setenta del siglo xx se produce una revolución tecnológica en diversos sectores de la sociedad (transportes, energía, telecomunicaciones, etc.) y se empieza a ofrecer una multiplicidad de nuevos productos, al tiempo que comienzan a tomar fuerza los defensores del liberalismo económico, que presionan porque los gobiernos limiten su papel en la economía al de estimular la competencia para favorecer el mejor desarrollo de los mercados[4].

[3] En particular sobre los cambios en el Estado colombiano como respuesta a las evoluciones del pensamiento económico, especialmente desde la perspectiva de la hacienda pública, véase a GIRALDO GIRALDO, C.: *Estado y hacienda pública en Colombia: 1934 – 1990*, Bogotá, Contraloría General de la República, 1994, quien describe las fuentes políticas y económicas de inspiración de diversas reformas constitucionales y legales que afectan, durante buena parte del siglo xx, la política económica del Estado colombiano.

[4] Véase a VALENCIA AGUDELO, D.: "Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios", en *Revista Ecos de Economía*, n° 18, Medellín, Universidad Eafit, abril de 2004, págs. 13 y 14, con las referencias bibliográficas que allí se indican. Particularmente, en relación con la incidencia de los cambios tecnológicos, véase a MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Madrid, Editorial Civitas, 2006, págs. 121 y sigs.

En respuesta a esas demandas aparece el "Estado regulador", con la pretensión de constituir un avance frente a los Estados liberal e intervencionista, en el sentido de aprovechar lo positivo de cada uno de ellos y evitar la repetición de las equivocaciones en que incurrieron los mismos. En efecto, para configurar el papel del Estado en la economía se parte de la idea de reconocer, de una parte, que la experiencia ha mostrado que la simple acción del mercado o el libre juego de la oferta y la demanda no generan resultados necesariamente positivos para un mercado eficiente, como lo pretendía el Estado liberal y, de otra, que la excesiva intervención del Estado como agente económico del mercado tampoco genera resultados positivos para la sociedad, como lo pregonaba el Estado intervencionista[5].

En ese orden de ideas, se plantea que debe existir un cierto equilibrio entre la libre fuerza del mercado y la participación del Estado, de tal manera que la regulación del Estado debe orientarse básicamente a garantizar el buen funcionamiento del mercado y especialmente la competencia, pero no extender su participación como principal agente de la economía[6].

En palabras de la doctrina,

> ...hemos pasado del Estado providente y planificador, que extendía su participación a cualquier actividad, unas veces fijando reglas que entorpecen la libre empresa y otras suministrando directamente un sinnúmero de bienes y servicios, a un Estado regulador, que principalmente tiene el papel de ser un facilitador o promotor de la iniciativa privada, incentivando la competencia como la forma más efectiva de garantizar la eficiencia de los procesos productivos y procurando que las mejoras que por ese medio se logren, se transfieran a los usuarios[7].

[5] Véase a ARIÑO, G.: *Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, págs. 50 y sigs, y 311 y sigs.

[6] Al respecto, la doctrina del derecho privado ha señalado: "La libertad de competencia constituye elemento esencial del denominado sistema de «economía de mercado» vigente en todos los países de la Unión Europea. No obstante, no puede decirse que nos encontremos ante un sistema «puro», sino más bien ante lo que se ha dado por llamar un «sistema de economía social de mercado». [...] Con todo, ha de reconocerse que la programación o planificación económica se presenta en la actualidad con una intensidad cada vez menor. Es más, hoy cabe hablar de una tendencia de signo inverso, como es la desregulación, que puede entenderse como el fenómeno de «contraimiento de la acción directa del Estado en la economía, comportando, pues, el abandono por el Estado de su condición de agente económico en ciertos sectores reservados para sí en exclusiva y, por tanto, su apertura a la acción de los particulares» (MASSAGUER)" (BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil*, vol. i, 11ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2002, págs. 157 y 158).

[7] DUSSÁN HITSCHERICH, J.: "Las agencias de regulación en Colombia", pág. 2, en http://www.dussan.net/adminarticulos/agencias.pdf.

Ahora bien, como lo expresamos, el reconocimiento de la existencia del Estado regulador conlleva el reconocimiento de la regulación como una de las funciones que debe llevar a cabo el Estado. De acuerdo con ello, resulta necesario, entonces, aproximarse al concepto de regulación.

En relación con este concepto, debe señalarse que, como ocurre con buena parte de las figuras del derecho, la noción de regulación no resulta ser un concepto unívoco sobre el cual exista acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia, no obstante lo cual puede decirse que existen suficientes elementos para comprenderlo[8].

Así, en primer lugar, la doctrina ha señalado que la noción de regulación corresponde a la posibilidad de expedir normas generales, impersonales y abstractas que gobiernen la conducta de sus destinatarios, correspondiendo así la actividad de regulación a la tradicional actividad de expedición de normas jurídicas, sea por el constituyente, por legislador o por la administración pública, lo cual implica reconocer que la función de regulación siempre ha existido como función del Estado, pero que ha sufrido transformaciones que es necesario precisar.

En este sentido, la doctrina ha expresado que existe regulación constitucional, legal y administrativa y, en relación con esta última, que es la que principalmente nos interesa en este estudio en cuanto es la que se relaciona con la actividad de las autoridades administrativas de regulación, ha expresado:

> La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción directa a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el Constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo[9].

[8] Sobre los diversos criterios de definición del concepto de regulación, véase a TORNOS MAS, J.: "La actividad de regulación", en SOSA WAGNER, F. (coord.): *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, t. i, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 1329 y sigs.

[9] IBÁÑEZ NAJAR, J. E.: "La regulación y la reglamentación en Colombia", en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 872 y 873. En sentido similar, aunque precisando que si bien la función de regulación tiene como contenido básico la expedición de normas generales, dicha función se ejerce con una finalidad muy particular relacionada con el ejercicio de la función de policía, en cuanto a la limitación del ámbito de la libertad económica, véase a CASSAGNE, J. C.: *La intervención administrativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 166 y sigs.

No obstante, esa definición genérica de regulación poco aporta al contexto de las transformaciones económicas del derecho administrativo que motiva la aparición de la actividad de regulación a que nos venimos refiriendo, pues corresponde a la tradicional actividad de expedir normas jurídicas de diversos alcance (Constitución, ley, reglamento, etc.), la cual siempre ha estado presente en el seno del Estado y, particularmente, de la administración pública. En efecto, cuando hablamos de regulación en el marco de las transformaciones económicas del derecho público, se quiere hacer referencia específicamente a las intervenciones del Estado para garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados, y no a la simple función normativa tradicional del Estado.

Por ello, la doctrina ha distinguido dos acepciones distintas del concepto de regulación: una amplia y otra restringida. En esta perspectiva, "en un sentido amplio, «regulation» equivale a la actividad toda de los poderes públicos de organización y configuración de la realidad social. En un sentido restringido, «regulation» consiste en la determinación del régimen jurídico de una actividad económica, es decir, la disciplina de determinada industria o sector mediante la producción normativa"[10].

A su vez, dentro de la concepción restringida de regulación, la doctrina ha apuntado que existen dos formas específicas: de una parte, una *regulación externa* que corresponde, en términos generales, a la tradicional noción de "policía administrativa" y de "actividad de ordenación", la cual "hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales". De otra parte, existe otro tipo de regulación que es la *regulación económica*, la cual corresponde a aquella que

> ...afecta a los sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones en que la actividad se desarrolla: al "quantum" de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben de ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste[11].

[10] MORENO MEDINA, Á. M.: *La administración por agencias en los Estados Unidos de América*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, págs. 75 y 76.

[11] ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación, 2003, pág. 588. En igual sentido, véase a DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.: "El nuevo modelo de regulación para la competencia", en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, n° 3, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 125 y sigs.

Esta última noción de regulación económica es la que nos interesa destacar en este estudio, pues es precisamente la que ha dado lugar a la aparición del llamado "Estado regulador" al que nos referimos atrás y a las transformaciones económicas del derecho administrativo en los últimos tiempos.

Ahora bien, las técnicas de la regulación económica son muy variadas y no se limitan a la simple expedición de normas jurídicas (Constitución, ley, reglamento, etc.) que gobiernen el ejercicio de una determinada actividad económica. Por el contrario, teniendo en cuenta que la finalidad de la intervención del Estado en la actividad económica es lograr unas mejores condiciones del mercado, un fortalecimiento de la competencia y el respeto de los derechos de los actores del mercado, la regulación económica debe involucrar no sólo decisiones unilaterales por parte de los poderes públicos, sino actividades arbitrales y de mediación, esto es, actividades en las que las decisiones provengan también de los actores del mercado.

En concordancia con esta idea, desde la perspectiva restringida se ha entendido la actividad de regulación como

> ...un tipo de actividad administrativa caracterizado por su fin, la búsqueda del equilibrio, y por la importancia del caso concreto frente a la aplicación abstracta de la norma general. Actividad reguladora que puede llevarse a cabo a través de técnicas administrativas de signo diverso. El reglamento, la autorización y la sanción, pero también, y de forma principal, el informe, la propuesta, la mediación, el arbitraje, el convenio[12].

No obstante la posibilidad de que se utilice una amplia diversidad de técnicas jurídicas en la actividad de regulación económica, quizás la técnica más relevante y que mejor se relaciona con el objeto del presente trabajo, se refiere a la adopción de decisiones, generales y particulares, que buscan lograr un adecuado funcionamiento del mercado.

En coherencia con lo expresado, algún sector de la doctrina señala que, desde una perspectiva específica,

> ...la regulación debe ser entendida como una función administrativa que se manifiesta en la expedición de actos de carácter general o particular que tienen

[12] TORNOS MAS: *La actividad de regulación*... pág. 1341. Además, debe hacerse notar que entre los economistas no existe un acuerdo sobre el verdadero papel que debe jugar el Estado regulador, ni sobre las técnicas y contenidos de la regulación, como puede verse en FRANCO MONTOYA, D.: "Theories of utility regulation", en *Derecho económico*, t. iv, Colección Enrique Low Murtra, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 267 y sigs, y en MIRANDA LONDOÑO, A. y MÁRQUEZ ESCOBAR, C. P.: "Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación", en *Revista Universitas*, n° 108, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, págs. 71 y sigs.

> por objeto garantizar el funcionamiento eficiente de sectores económicos esenciales para el Estado, con el fin de que los consumidores obtengan una parte de los beneficios que resultan de una economía de mercado, mediante una oferta amplia de bienes y servicios, a precios justos[13].

De otra parte, debe señalarse que la Corte Constitucional colombiana ha aceptado expresamente que la regulación es una de las funciones que constitucionalmente debe cumplir el Estado, a la cual se le asignan las siguientes características distintivas:

> El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de un Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetos al escrutinio de los ciudadanos. Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador[14].

---

[13] DUSSÁN HITSCHERICH: *Las agencias de regulación en Colombia*..., pág. 4. En sentido similar, véase a MONTAÑA PLATA, A.: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 104 y 105.

[14] Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

De forma concordante con lo expuesto, desde la perspectiva del derecho positivo colombiano, aunque en referencia exclusivamente a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994 define la regulación como "la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos".

Con base en lo anterior, podemos señalar que la regulación a la que nos referimos en este trabajo es una forma de actividad administrativa que busca, mediante el uso de diversas herramientas jurídicas, garantizar la competencia y el funcionamiento eficiente de ciertos sectores económicos que son de trascendental importancia para la sociedad, así como los derechos de los actores de los mercados de esos sectores económicos.

Ahora bien, teniendo en cuenta los rasgos mencionados y el hecho de que la principal herramienta de la función estatal de regulación es la expedición de actos administrativos, ya sea de contenido general o particular, serán esas decisiones de los organismos de regulación el tema al cual se limita el presente trabajo. No obstante, atendiendo la importancia de la autoridad reguladora dentro de los rasgos mencionados, previamente a analizar en detalle los principales aspectos de esas decisiones, resulta necesario conocer cuáles son los organismos de regulación en el derecho colombiano, lo cual pasamos a precisar.

III. Los organismos de regulación en el derecho colombiano

Según lo ha hecho notar la doctrina, la progresiva aparición de la función estatal de regulación, en los términos expuestos en el acápite anterior, ha aparejado igualmente la aparición de entidades u organismos especializados al interior del Estado, encargados de llevar a cabo dicha función[15].

Estos organismos especializados suelen tener dos características particulares: por una parte, se trata de autoridades administrativas independientes, en el sentido de que tanto su estructura como su funcionamiento se encuentran alejados de las influencias políticas o económicas que puedan existir en el respectivo sector objeto de regulación, de tal manera que gozan de una

[15] Véase a MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado*, t. i, Los fundamentos, Madrid, Editorial Civitas, 1997, págs. 224 y sigs; a GARCÍA LLOVET, E.: "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", en *Revista de Administración Pública*, n° 131, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo–agosto de 1993, págs. 61 y sigs; a PARADA, R.: *Derecho administrativo*, t. ii, Organización y empleo público, 19ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, págs. 261 y sigs; a DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ: *El nuevo modelo de regulación para la competencia*..., pág. 131, y a MONTAÑA PLATA: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*..., págs. 88 y 89.

importante autonomía, y, de otra, quizás como una consecuencia de lo anterior y de las exigencias propias de la actividad reguladora, su composición es plural y sus miembros suelen ser personas altamente calificadas, con alta consideración y respeto profesional en el medio en que habrá de realizarse la regulación, y quienes no pueden ser removidas libremente por el órgano nominador.

En este sentido, ha expresado la doctrina lo siguiente:

> Ya se ha dicho que nuestras administraciones públicas – las que responden al modelo francés, napoleónico – están demasiado vinculadas en sus decisiones a la línea política imperante. La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si malo es esto en todos los sectores, mucho peor resulta en aquellos de carácter económico que afectan decisivamente a la propiedad de los ciudadanos o a la buena marcha de las empresas...
>
> Por ello, en algunos países se encomiendan tales decisiones a comisiones, comités o juntas de regulación de carácter técnico, no político, integradas por personas independientes y expertas, cuya situación aparece protegida y a salvo de remociones ministeriales. Tales órganos, encargados de valorar y aplicar los criterios legales, están dotados de los equipos técnicos necesarios para criticar seriamente los estudios, balances y análisis económico–financieros presentados por las compañías. Pero, sobre todo, tales órganos deben estar alejados de la política de los partidos[16].

No obstante, lo anterior no significa que todas las autoridades administrativas independientes sean organismos de regulación, ni tampoco que todos los organismos de regulación sean autoridades administrativas independientes, pues esta calificación depende, en buena medida, del derecho positivo de cada Estado[17].

[16] ARIÑO: *Economía y Estado*..., págs. 464 y 465. En igual sentido, véase a GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, págs. XV-2 y sigs. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha expresado: "Como es proclamado por la doctrina, dentro del Estado contemporáneo aparece la necesidad de identificar y de desarrollar en torno de ámbitos de la actividad social la existencia de regulaciones "sectoriales" que a partir de los postulados constitucionales y las formulaciones legales se confían a autoridades que dentro del Estado ostentan la condición de "independientes", pues mediante ellas se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se "aísla", se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. En ese orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle" (Corte Constitucional, sentencia C- 827 de 2001).

[17] Véase a CASSAGNE: *La intervención administrativa*..., págs. 150 y sigs.

En efecto, como bien lo ha expuesto la doctrina, las autoridades administrativas independientes suelen tener dos finalidades muy precisas: la regulación de la actividad económica y la protección de los derechos de los ciudadanos[18], de tal manera que sólo el primer grupo de autoridades podrían ser calificadas como organismos de regulación.

De otra parte, debido a los problemas de constitucionalidad que puede aparejar la aceptación de la existencia de autoridades administrativas independientes en muchos ordenamientos jurídicos, algunos de éstos han optado porque la actividad de regulación sea realizada por un órgano que se encuentre dentro de la estructura administrativa tradicional, al cual se le garantiza, en todo caso, un mayor nivel de autonomía que al resto de los órganos y organismos que conforman la administración[19].

En el derecho colombiano, según lo ha expresado la Corte Constitucional, los organismos de regulación estarían clasificados en dos categorías: los de origen constitucional, que serían auténticas autoridades administrativas independientes, y los de origen legal, cuya naturaleza jurídica, así como su independencia, dependerán de la calificación que de las mismas haga el legislador.

Al respecto, manifestó la citada corporación:

> Así, se puede decir que la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de "la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" (artículo 150, numeral 7, C.P.) y "agencias del Estado" (artículo 211 C.P.). Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia.
>
> [...]

[18] Véase a BRAIBANT, G. y STIRN, B.: *Le droit administratif français*, 6ª ed., Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, págs. 81 y sigs; a DEBBASCH, CH.: *Droit administratif*, 6ª ed., Paris, Economica, 2002, págs. 172 y sigs; a GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho...*, págs. 107 y sigs, y a PARADA: *Derecho administrativo*, t. ii, cit., págs. 289 y sigs.

[19] Véase a BIANCHI: *La regulación económica...*, págs. 214 y sigs.

> 4.4.1.1. Tal como ya se ha señalado en este fallo, la Constitución establece determinados órganos de regulación, tales como la junta directiva de una comisión de televisión (art. 76 de la C.P.) y la junta directiva del Banco de la República (arts. 371 y ss de la C.P.). Estos órganos gozan de autonomía en la medida en que tanto su existencia misma, como su estructura institucional básica y sus funciones, tienen rango constitucional y por lo tanto no dependen del legislador ni del gobierno.
>
> Además, la Carta autoriza la creación de otros órganos encargados de regular, por ejemplo, los servicios públicos (art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.). Estos órganos no son constitucionalmente autónomos sino que tienen el grado de independencia que el legislador les atribuye al crearlos[20].

En todo caso, la misma Corte Constitucional colombiana, en la sentencia citada, ha sido expresa en señalar en que sea que los organismos de regulación provengan de la Constitución Política o sea que resulten como efecto de la creación por parte del legislador, para que los mismos puedan realizar adecuadamente sus funciones, constitucionalmente se exige que dichos organismos tengan cierta autonomía e independencia.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que los organismos de regulación en el derecho colombiano pueden ser clasificados en dos categorías. En la primera, se encuentran aquellos de origen constitucional, como lo son el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, los cuales corresponden a la figura que en el derecho comparado se conoce como autoridades administrativas independientes, pues es la propia Constitución Política la que les otorga la autonomía requerida para el efecto[21].

[20] Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

[21] Ibídem: "4.4.1.2. Como ya se anotó, algunos de los órganos de regulación encuentran consagración expresa en la propia Carta Política. Estos órganos de regulación gozan de un alto nivel de autonomía, la cual, como ya se indicó, se predica tanto respecto del Ejecutivo como del Legislativo en la medida en que la propia Constitución delimita su ámbito de competencias, el cual debe ser respetado por las ramas tradicionales del poder público. Por ejemplo, en materia de regulación de la televisión el gobierno no puede asignar los espacios ni definir los horarios porque ello se encuentra dentro de la órbita de competencia constitucional de la Comisión Nacional de Televisión (art. 77 de la C.P.) Igualmente, el legislador ordinario no puede atribuir a un ministerio la regulación de la televisión porque el propio constituyente estimó que dicha función debía recaer en una autoridad especializada autónoma (art. 76 de la C.P.). No sólo su perfil, sus funciones y su ubicación institucional han sido precisados por la Constitución, sino que su existencia misma como órganos autónomos no depende de decisiones políticas adoptadas por mayorías coyunturales puesto que sólo mediante una reforma constitucional es posible determinar su desaparición. Tan valiosa es esta autonomía para el constituyente que en el artículo 113 de la Constitución se dice claramente: 'Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado'". Frente a esta posición de la Corte Constitucional, debe señalarse que, como lo hemos expresado en otro estudio, la frase citada del artículo 113 de la Constitución Política no debe ser interpretada en

Cont.

Frente a otros organismos consagrados en la Constitución y a los cuales la misma Carta les reconoce autonomía, como la Comisión Nacional del Servicio Civil, los entes universitarios autónomos y las corporaciones autónomas regionales, debe señalarse que si bien ellos gozan de una autonomía en cierto grado similar a la del Banco de la República y a de la Comisión Nacional de Televisión, no pueden ser considerados como organismos de regulación, toda vez que sus actividades no se refieren a la promoción de la competencia y eficiencia de ciertos sectores económicos, ni a la protección del funcionamiento adecuado del mercado.

A su vez, el segundo grupo de autoridades de regulación son aquellas provenientes de la creación del legislador, concretamente las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT), creadas por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 como unidades administrativas especiales, sin personería jurídica, y la Comisión de Regulación en Salud, creada por el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007, también como una unidad administrativa especial, pero con personalidad jurídica.

Respecto de este segundo grupo de autoridades de regulación, debe señalarse que si bien existe un fundamento constitucional para su existencia, ello no significa que su creación o existencia se encuentren expresamente previstas en la Constitución Política. En efecto, según lo ha resaltado la jurisprudencia citada, el fundamento constitucional de la existencia de estas autoridades radica en la facultad genérica que tiene el Congreso, de una parte, para la creación de entidades del orden nacional (arts. 150-7 y 211) y, de otra, para fijar el régimen de los servicios públicos (arts. 49, 150-23, 365 y 376).

En relación con la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación mencionadas, debe hacerse notar que ellas no pueden ser calificadas como autoridades administrativas independientes bajo el concepto que de esta categoría se ha construido en el derecho comparado, toda vez que se encuentran en el núcleo de la rama ejecutiva del poder público y de la estructura de la

el sentido de que los organismos autónomos e independientes a que hace referencia directa la Constitución poseen igual jerarquía e importancia que las ramas del poder público, sino que dichos organismos forman parte del concepto de administración pública, siguiendo un concepto moderno de la administración pública, en la cual se incluyen no solo los organismos tradicionales, sino todos aquellos que "de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado", como lo expresa el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, y que no correspondan a las otras ramas del poder público, a la organización electoral o a los organismos de control (véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho administrativo – General y colombiano*, 16ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, núms. 201 y 202).

administración pública nacional, como lo reconocen expresamente los artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998[22]. Incluso, debe señalarse que las comisiones de regulación de servicios públicos, al ser unidades administrativas especiales sin personalidad jurídica, pertenecen al sector central de la rama ejecutiva del poder público[23].

Sin embargo, como aspecto particular de las citadas comisiones, debe señalarse que, de acuerdo con su configuración legal, ellas gozan de una importante autonomía en el ejercicio de sus funciones. En efecto, como lo ha expresado la Corte Constitucional en relación con estas comisiones,

> ...el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (*i*) son órganos colegiados; (*ii*) tienen un carácter técnico y especializado; (*iii*) cuentan con independencia patrimonial; (*iv*) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (*v*) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, incompatibilidades e inhabilidades[24].

A su vez, teniendo en cuenta lo dispuesto en su norma de creación, similares características se predican de la Comisión de Regulación en Salud – CRES, la cual, además, exige expresamente una especial preparación académica y profesional como requisitos que deben acreditar quienes aspiren a ser los comisionados expertos que conforman dicha Comisión.

En relación con otros organismos de origen legal respecto de los cuales podría pensarse que cumplen funciones de regulación económica, tales como el Consejo de Ministros, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, el Consejo Superior de Comercio Exterior, el Consejo Superior de Competitividad, el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS, el Consejo Nacional Ambiental, el Consejo Nacional de Estupefacientes, entre otros, debe señalarse que los mismos no se incluyen como organismos de regulación pues las funciones atribuidas a ellos se refieren a la definición de políticas públicas y no a la adopción de medidas de promoción de la competencia y eficiencia de algunos sectores económicos concretos, y de protección del funcionamiento adecuado del mercado, como ocurre con los organismos de regulación.

---

[22] Sobre la negación del carácter de autoridades administrativas independientes de las comisiones de regulación de servicios públicos, véase a MONTAÑA PLATA, A.: "Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos", en *Revista de Jurisprudencia Administrativa*, n° 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio de 2001, págs. 68 y sigs.

[23] En relación con el régimen de las unidades administrativas especiales en el derecho colombiano, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho administrativo – General y colombiano*, cit., núms. 160 y sigs.

[24] Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

En conclusión, podemos afirmar que las autoridades de regulación en el derecho colombiano son, de una parte y con origen constitucional, la Comisión Nacional de Televisión y el Banco de la República, y de otra y con origen legal, las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT) y la Comisión de Regulación en Salud – CRES[25].

IV. Naturaleza jurídica y eficacia normativa de las decisiones de los organismos de regulación

Para establecer la naturaleza jurídica de las decisiones de los organismos de regulación en el derecho colombiano, así como su posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, debemos analizar dichas decisiones a la luz de los diferentes criterios que la doctrina ha adoptado para definir la naturaleza jurídica de los actos de las autoridades públicas[26].

Así, desde el punto de vista orgánico o subjetivo, esto es, atendiendo al autor del acto, no hay duda de que las decisiones de la mayoría de los organismos de regulación son actos administrativos, en la medida en que dichos organismos pertenecen a la administración pública. En efecto, como lo expresamos en el acápite anterior, tanto las comisiones de regulación de servicios públicos como la Comisión de Regulación en Salud tienen la categoría de unidades administrativas especiales que, de conformidad con los artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998, pertenecen a la rama ejecutiva del poder pública y a la administración pública nacional.

Por su parte, en relación con el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que éstos no forman parte de la rama ejecutiva del poder público ni de la administración pública, sino de los llamados "organismos autónomos e independientes" a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución Política, con igual jerarquía e importancia que las ramas del poder público, por haber sido previstos expresamente en la misma, el primero en el artículo 371 y siguientes, y la segunda en el artículo 76[27]. Dentro de esta perspectiva, en

[25] A idéntica conclusión ha llegado la doctrina colombiana, aunque sin incluir a la Comisión de Regulación en Salud – CRES, por ser ésta de reciente creación. Al respecto, véase a DUSSÁN HITSCHERICH: *Las agencias de regulación en Colombia*..., págs. 6 y 7.

[26] Sobre la aplicación de estos criterios o puntos de vista para calificar los actos de las autoridades públicas en Colombia, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Derecho administrativo – General y colombiano*... Núms. 345 y sigs.

[27] Véanse Corte Constitucional, sentencias C-529 de 1993, C-050 de 1994, C-310 de 1996, C-341 de 1996, C-350 de 1997, C-445 de 1997, C-275 de 1998, C-208 de 2000, C-401 de 2001, C-560 de 2001, C-827 de 2001 y C-351 de 2004.

aplicación del punto de vista subjetivo, los actos de estas entidades no podrían ser calificados como administrativos, sino de una categoría especial, que sería la de "actos de organismos autónomos e independientes".

No obstante esa posición de la jurisprudencia constitucional, para nosotros, como lo hemos sustentado en otro estudio, el reconocimiento de autonomía y de sus aspectos básicos directamente por parte de la Constitución Política no significa que dichos organismos sean de los reconocidos por el artículo 113 de la Carta como "organismos autónomos e independientes" de las ramas del poder público, pues dentro de un concepto moderno y ampliado de administración pública deben incluirse no solo los organismos tradicionales, sino todos aquellos que "de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado", como lo expresa el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, y que no correspondan a las otras ramas del poder público, a la organización electoral o a los organismos de control que, de acuerdo con el capítulo 1 del título V de la Constitución Política, forman la estructura básica del Estado colombiano[28]. En consecuencia, a nuestro juicio, los actos del Banco de la República y de la Comisión Nacional de Televisión, desde el punto de vista subjetivo, son actos administrativos, como lo confirma la aplicación de los demás criterios según lo veremos a continuación.

De otra parte, desde el punto de vista material, según el cual el contenido del acto en cuanto a la clase de situación jurídica regulada por el mismo determina su naturaleza, de tal manera que serían actos de contenido legislativo aquellos que regulen situaciones generales y actos administrativos aquellos dirigidos a regular situaciones particulares o individuales, las decisiones de los organismos de regulación podrán ser tanto actos de contenido legislativo como actos administrativos, según que el alcance de la decisión sea general o individual. Sin embargo, este no es el criterio que predomina en Colombia para calificar la naturaleza jurídica de los actos de las autoridades públicas.

Así, desde otra perspectiva del mismo punto de vista material, que hace referencia a la clase de función pública que se ejerce con el respectivo acto, en cuanto a que sea expresión de la función legislativa, judicial o administrativa, las decisiones de los organismos de regulación también pueden ser calificadas como actos administrativos. Lo anterior, toda vez que la regulación económica, de acuerdo con el concepto esbozado en el acápite anterior, debe ser considerada como una expresión de la función administrativa, entendida esta

[28] Sobre la concepción moderna de la administración pública en la Constitución Política de Colombia, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Estructura del poder público en Colombia*, 11ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2009, págs. 128 y sigs.

función desde un punto de vista negativo, en cuanto se trata de una actividad del Estado que no corresponde al concepto de legislación ni de jurisdicción[29].

En efecto, la regulación económica no es una expresión de función legislativa, toda vez que, como lo veremos al analizar el punto de vista jerárquico, los actos que se profieren en ejercicio de esta actividad se encuentran subordinados a la ley y deben respetarla, de tal manera que resulta evidente que son distintos de los actos que son producto del ejercicio de la función legislativa. De esta manera, debe señalarse que a pesar de que en ocasiones las decisiones de regulación tengan contenido general, ello no significa que sea una actividad legislativa en estricto sentido, toda vez que la evolución propia de la administración pública le ha permitido adoptar esta clase de decisiones, desde su propio ámbito de competencias y sin que ello signifique la ejecución de una función legislativa.

Además, debe señalarse que a pesar de que comúnmente se exprese que algunos de los actos de los organismos de regulación económica representan el ejercicio de actividades "cuasi-judiciales", en tanto que resuelven conflictos entre los sujetos regulados[30], ello no significa que se trate de actos jurisdiccionales. En efecto, cuando las autoridades de regulación aparentemente resuelven conflictos entre particulares que forman parte de los sujetos regulados, ello no significa necesariamente que se ejerza función judicial, pues para el efecto se requeriría de habilitación legal específica en ese sentido. En esos casos, lo que ocurre es que los organismos de regulación cumplen funciones arbitrales y desarrollan procedimientos administrativos triangulares y no lineales, pero el resultado de dicha actividad arbitral es la expedición de actos administrativos, los cuales se encuentran sometidos al control por parte de la jurisdicción administrativa y, por lo mismo, no hacen tránsito a cosa juzgada como lo hacen las decisiones propias de los jueces o de la administración cuando excepcionalmente actúa en ejercicio de funciones judiciales[31].

[29] Sobre el concepto negativo de administración y función administrativa, véase a MERKL, A.: *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, págs. 7 y sigs. Una exposición sistemática de este concepto, incluyendo sus principales expositores, puede verse en PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, págs. 121 y sigs.

[30] Véase a ARIÑO: *Economía y Estado...*, págs. 465, y a GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho...*, pág. 82.

[31] En relación con los procedimientos administrativos triangulares y su diferencia con los lineales, véase a GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, págs. 48 y sigs. Al respecto, debe hacerse notar que la doctrina ha definido la actividad administrativa arbitral como "aquella que realiza la Administración pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos" (PARADA VÁZQUEZ, J. R.: "La actividad administrativa arbitral", en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo xx. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. ii, Madrid, Editorial Complutense, 1992, págs. 1173 y sigs).

Sobre el particular, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que las facultades de las comisiones de regulación de servicios públicos de "resolver tanto los conflictos por razón de contratos o servidumbres como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos" son funciones de regulación y "las decisiones que deben adoptar las comisiones de regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos"[32].

Para concluir el análisis de este punto de vista, debe señalarse que ni siquiera respecto de los actos expedidos por la junta directiva del Banco de la República en cumplimiento de su cometido constitucional, que se podrían calificar como expresión de una función pública especial (la función de regulación monetaria, crediticia y cambiaria, o función de banca central), se ha considerado que dicha función corresponda realmente a una nueva y especial función del Estado, sino que forma parte del concepto amplio de función administrativa, así sea ejercida con un grado especial de autonomía, como lo veremos más adelante. Igualmente ocurre con la función de regulación del servicio público de la televisión por parte de la Comisión Nacional de Televisión, la cual, si bien es ejercida con una importante autonomía, no implica la aparición de una nueva forma de función pública, sino que ella forma parte del concepto amplio de función administrativa.

En tercer lugar, desde el punto de vista jurisdiccional, esto es, tomando en consideración la jurisdicción competente para conocer sobre la legalidad de los actos, como lo veremos detenidamente en el literal B del punto V de este estudio y con base en el texto vigente del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, el juzgamiento de las decisiones de los organismos de regulación, en tanto se trata de decisiones emitidas por entidades y organismos públicos en ejercicio de funciones administrativas, es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, por lo mismo, pueden ser calificadas como actos administrativos.

Finalmente, desde el punto de vista jerárquico, es decir, atendiendo la posición del acto dentro de la jerarquía normativa, los actos proferidos por los organismos de regulación son actos administrativos en la medida en que, como pasamos a explicarlo respecto de cada uno de los organismos de regulación, siempre se encuentran sometidos a la ley y, en ocasiones, igualmente a los reglamentos dictados por el presidente de la república.

Respecto de los actos dictados por la Junta Directiva del *Banco de la República*, debemos comenzar por señalar que el artículo 372 de la Constitución Política dispone que dicha Junta "será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley", y que el "Congreso dictará la

[32] Corte Constitucional, sentencia C-1120 de 2005.

ley a la cual debe ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones", lo cual permite inferir claramente que los actos de la Junta se encuentran subordinados a la ley, subordinación que ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado[33].

En particular, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

> El Banco de la República es una entidad estatal que goza de autonomía para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ello no significa ausencia de controles, ni se trata de una independencia absoluta, ni puede ser entendida como si el Constituyente lo hubiere exonerado de todo punto de contacto con el Estado y concebido como una isla ubicada por fuera de los ámbitos constitucionales de actuación de sus órganos y autoridades [...] Así las cosas, la autonomía constitucionalmente atribuida a la Junta del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia no es absoluta sino relativa, en el sentido de que debe ejercerse dentro de los términos de la Constitución y de la ley[34].

Ahora bien, debe precisarse que en relación con el ejercicio de las funciones de regulación del Banco de la República, éstas sólo se encuentran subordinadas a la Constitución y la ley, pero no a los reglamentos del presidente de la república, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, al señalar que "en el actual régimen constitucional el Banco no está sujeto a la intervención del presidente de la república, sino a la regulación que de sus funciones haga directamente el legislador y al control político que realice el Congreso sobre la ejecución de las políticas a su cargo, con base en los informes que el banco rinda"[35].

De otra parte, respecto de la *Comisión Nacional de Televisión*, la jurisprudencia constitucional y administrativa colombiana, con base en lo dispuesto por los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, que consagran la existencia

[33] Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 22 de agosto de 1995, radicación 717, y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias de 25 de noviembre de 2004, expediente 13.347, y de 6 de abril de 2006, expediente 14.378.

[34] Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1999. Sobre las competencias normativas del Banco de la República, véanse igualmente Corte Constitucional, sentencias C-021 de 1994, C-489 de 1994, C-208 de 2000, C-566 de 2000 y C-827 de 2001.

[35] Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994. Igualmente, puede verse Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1994: "Las 'regulaciones' de que trata el artículo 371, son, en principio, normas de carácter general, y su formulación, en lo que atañe con el manejo monetario y crediticio, constituye una atribución exclusiva de la Junta Directiva del Banco, porque la Carta no autorizó compartir tales facultades, ni con el Presidente, ni con ninguna otra autoridad u organismo del Estado. Tanto es así, que ni el artículo 189 (atribuciones del Presidente de la República), ni en las disposiciones que regulan las funciones de la Banca Central (Arts. 371 a 373), se establecen otros niveles de competencia en las materias indicadas".

y funciones de la misma, han concluido que los actos de regulación que ésta profiera son jerárquicamente inferiores a la ley, pero no se encuentran sometidos a los reglamentos expedidos por el presidente de la república. En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado:

> Para esta Corte, la potestad regulativa de que es titular la Comisión Nacional de Televisión es una competencia desplazante de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, que permite, como ya se adelantó, garantizar la independencia del manejo del servicio público de televisión. [...] De lo anterior se tiene entonces que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es un atributo constitucional que se refleja en la no sujeción de la Comisión a las disposiciones de autoridades estatales diferentes al legislador, y en la potestad que le confiere la Carta de dictar la regulación normativa pertinente en el campo del manejo de la televisión[36].

Como complemento a lo anterior, el Consejo de Estado ha precisado que las facultades de regulación de la Comisión Nacional de Televisión son amplias y que, en un sentido constitucional, corresponden a la figura de reglamentaciones de leyes marco, pues lo cierto es que las competencias del legislador en materia de televisión se limitan a fijar las políticas, directrices y criterios generales para que la Comisión desarrolle sus competencias normativas, de tal manera que esta entidad no tendrá más límites que la Constitución y esas reglas generales fijados por la ley[37].

De acuerdo con lo expresado, puede concluirse que los actos que profieren el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, en su calidad de organismos de regulación, jerárquicamente son actos administrativos en la medida en que se encuentran sometidos a las disposiciones de la Constitución y la ley.

[36] Corte Constitucional, sentencia C-351 de 2004. En relación con las competencias de regulación de la Comisión Nacional de Televisión, véase Corte Constitucional, sentencias C-564 de 1995, C-226 de 1996, C-711 de 1996, C-445 de 1997 C-200 de 1998, C-917 de 2002 y C-532 de 2006.

[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16.230: "Los reglamentos expedidos por la CNTV *son reglamentos de desarrollo de leyes marco*, como quiera que es ésta y solamente ésta la naturaleza del contenido que, por expreso y prístino mandato constitucional, pueden tener las leyes mediante las cuales se determina la política en materia de televisión, de suerte que la dirección de la ejecución de dicha política concierne, en exclusiva, al órgano autónomo e independiente que el Constituyente quiso que se ocupara de la materia, como igualmente se refirió, con el propósito de que la regulación correspondiente fuese aprobada con suficiente autonomía respecto de las mayorías políticas predominantes en cada momento, de manera "neutral", alejada de las tensiones partidistas o de la presión de grupos de interés, como garantía del pluralismo, del derecho a la cultura, a la información transparente y objetiva y al acceso a los medios de comunicación en condiciones de igualdad, pilares sobre los cuales debe estructurarse la prestación del servicio público televisivo en un Estado constitucional como el colombiano". En sentido similar, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2001, expediente 5.908.

En relación con los actos de regulación proferidos por las *comisiones de regulación de servicios públicos*, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 dispone que para el ejercicio de las funciones señaladas por la misma ley a cargo de dichas entidades, referidas a la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, es necesario que el presidente de la república decida delegarlas. En otras palabras, las comisiones de regulación ejercen funciones propias del presidente de la república por virtud de delegación, lo cual implicaría que sus actos tendrían la misma eficacia normativa que los actos de aquél, de tal manera que estarían subordinados a la ley.

Frente a esta interpretación, en una primera etapa el Consejo de Estado consideró que, a pesar de que las competencias de regulación propias de estas comisiones habían sido recibidas del presidente de la república en aplicación del mecanismo de la delegación, dichas competencias no eran susceptibles de la aplicación de la figura de la delegación, toda vez que dichas funciones suponen una responsabilidad política que no es susceptible de ser delegada. De esta manera, las decisiones de estas comisiones estarían viciadas por falta de competencia, toda vez que la delegación, fuente de las funciones de las comisiones de regulación, resultaba inconstitucional[38].

Posteriormente, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la norma citada, para lo cual expresó que como el artículo 370 de la Constitución Política señala que es competencia del presidente de la república fijar las políticas de administración y control de eficiencia en materia de servicios públicos domiciliarios, "con sujeción a la ley", bien podía la ley autorizar la delegación de funciones a las comisiones de regulación, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un asunto "delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional"[39].

Lo anterior, en el entendido de la doctrina, implica que las competencias de las comisiones de regulación de servicios públicos recibidas por delegación del presidente de la república, "son competencias administrativas subordinadas a la ley"[40] y, por lo mismo, los actos expedidos son actos administrativos.

[38] Véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 25 de septiembre de 1997, expediente 11.857 y de 10 de noviembre de 1997, expediente 11.977.
[39] Véase Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998.
[40] SARRIA OLCOS, C.: "Naturaleza de las competencias de las comisiones de regulación de los servicios públicos", en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 913. En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha señalado que "las competencias de las comisiones de regulación de servicios públicos,... también son de carácter técnico, operativo y administrativo" (Corte Constitucional, sentencia C-444 de 1998).

Más adelante, la misma Corte Constitucional aclaró que las facultades de regulación delegadas a las comisiones de regulación no son equiparables a la potestad reglamentaria que constitucionalmente ostenta el presidente de la república y mucho menos a las potestades legislativas propias del Congreso, de tal manera que la función de regulación es diferente a la expedición de la ley y de la reglamentación de la misma. De esta manera, la regulación

> ...es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias[41].

Concluye entonces la Corte, que los actos dictados en desarrollo de competencias de regulación se encuentran subordinados a la ley y a sus reglamentos, lo cual coincide con la definición de regulación consagrada en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, citado atrás en el punto I de este estudio.

Con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, esta interpretación de la jerarquía de los actos de regulación proferidos por las comisiones de regulación de servicios públicos ha sido confirmada por la jurisprudencia del Consejo de Estado[42].

Desde los diversos puntos de vista puede concluirse, entonces, que las decisiones de los organismos de regulación en Colombia son actos administrativos, los cuales unas veces se encuentran subordinados simplemente a la Constitución y a la ley, mientras que en otras, también a la reglamentación de la ley, conclusión que es igualmente aplicable en otros ordenamientos jurídicos[43].

V. Forma y procedimiento de expedición de las decisiones de los organismos de regulación

De acuerdo con lo expresado en el punto I de este estudio, la actividad administrativa de regulación económica se concreta en la expedición de actos tanto de contenido general como de contenido particular. Cada uno de estos grupos de actos está sometido a formas y procedimientos de expedición diferentes, por lo cual deben ser estudiados por separado.

[41] Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000.

[42] Véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 14 de marzo de 2002, expediente 6.637; de 17 de septiembre de 2004, expediente 1997-4490, y de 4 de agosto de 2005, expediente 2002-0242, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 16.257.

[43] Véase a BRAIBANT y STIRN: *Le droit administratif français*..., págs. 84 y 85, y a CASSAGNE: *La intervención administrativa*..., págs. 156 y 157.

A. Actos de regulación económica de contenido general

Como regla general, en el derecho colombiano no existe un procedimiento legalmente previsto para la expedición de los actos administrativos de contenido general, lo cual implica que para su expedición basta con la adopción de la decisión por parte de la autoridad competente.

Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho administrativo contemporáneo busca dar mayor participación a los ciudadanos en la adopción de las decisiones que los afectan, para lo cual cada vez más se crean espacios a través de los cuales los ciudadanos pueden intervenir y formular sus posiciones, de manera previa a la adopción de decisiones administrativas de alcance general[44].

De otra parte, igualmente de acuerdo con lo expresado anteriormente, una de las características fundamentales de los organismos de regulación, además de su independencia política, es el carácter técnico y altamente especializado de sus miembros. Estas situaciones aparejan como consecuencia que frecuentemente se critique a los órganos de regulación por la ausencia de legitimación democrática en la adopción de sus decisiones, lo cual se suma a otros potenciales vicios de la regulación, como la que se ha denominado "captura del regulador" por parte del regulado o de instancias políticas[45], para expresar la preocupación sobre la influencia excesiva de estos últimos en la adopción de las decisiones del primero.

Para dar respuesta al problema de legitimación democrática, las diversas legislaciones han avanzado hacia la idea de que el órgano regulador, de manera previa a la adopción de una decisión regulatoria general, como podría ser la fijación de una tarifa o una fórmula tarifaria en materia de servicios públicos, deba consultar a los destinatarios de la decisión, esto es, en el ejemplo, tanto a los usuarios del servicio público como a los prestadores. En otras palabras, la respuesta a la falta de legitimación democrática de los organismos reguladores consiste en permitir la intervención de los ciudadanos y empresas potencialmente afectados, de manera previa a la adopción de la decisión regulatoria[46].

[44] Sobre la importancia de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública, véase a BERMEJO VERA, J.: "La participación de los administrados en los órganos de la administración pública", en *La protección jurídica al ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. i, Madrid, Editorial Civitas, 1993, págs. 639 y sigs. En particular, respecto de la participación ciudadana en las decisiones reglamentarias, véase a LÓPEZ OLVERA, M. A.: *Tratado de la facultad reglamentaria*, México, Editorial Porrúa, 2007, págs. 219 y sigs.

[45] Véase a ARIÑO: *Principios de derecho público económico*..., págs. 591 y sigs

[46] En relación con la participación ciudadana como respuesta a la ausencia de legitimación democrática de los organismos de regulación, véase a BERMEJO VERA: *La participación de los administrados en los órganos de la administración pública*..., pág. 640, y a DUSSÁN

Cont.

Ahora bien, la doctrina ha señalado que, en materia de decisiones de los organismos de regulación, la participación ciudadana no sólo es importante desde el punto de vista del fortalecimiento del principio democrático, sino que también constituye una herramienta para contribuir a mejorar y dar transparencia a dichas decisiones[47].

En particular, en el derecho colombiano, el procedimiento que debe seguirse para la adopción de las decisiones regulatorias de alcance general por parte de los organismos reguladores depende de la reglamentación aplicable a cada uno de ellos.

Así, en relación con el Banco de la República, los artículos 50 y 51 de la Ley 31 de 1992, en concordancia con el artículo 64 del Decreto 2520 de 1993, que contiene los estatutos de dicha entidad, simplemente señalan que los actos administrativos de contenido general expedidos por la Junta Directiva del Banco de la República, "deberán ser firmados por el Presidente y el Secretario de la Junta" y "publicarse en el Boletín que la Junta Directiva autorice para este objeto". Además, el artículo 35 del Decreto 2520 de 1993 señala que, como se trata de un organismo plural, para su deliberación se requiere de la presencia de cinco de sus miembros y para la adopción de sus decisiones debe existir el voto favorable de cuatro de ellos. De esta manera, por fuera de la mayoría señalada, no se prevé ningún procedimiento particular para la expedición de decisiones generales de regulación por parte de este organismo.

A su vez, sobre los actos de contenido general proferidos por la Comisión Nacional de Televisión, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 dispone que la adopción de dichas decisiones de carácter general debe hacerse a través de "acuerdos", cuyo procedimiento de expedición se encuentra en el artículo 13 de la misma ley.

Según esta norma, debe existir una cierta participación ciudadana previa a la expedición de un acuerdo. Al respecto, el procedimiento que debe seguirse comprende los siguientes pasos: a) la junta directiva debe comunicar, a través de medios de comunicación de amplia difusión, la materia que se propone reglamentar; b) esta comunicación busca que en un término no mayor de dos meses, los interesados puedan presentar las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación; c) habiendo dado oportunidad

HITSCHERICH, J. y ROLDÁN PEREA, J. M.: "Diseño institucional del ente regulador para América Latina y el Caribe", en *Pobreza digital: las perspectivas para América Latina y el Caribe*, Bogotá, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006, págs. 9 y sigs.

[47] En este sentido, véase a CASSAGNE, J. C.: *Derecho administrativo*, t. i, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2006, pág. 390, y a GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, La defensa del usuario y el administrado, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, págs. X-10 y sigs.

a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, la Comisión procederá a adoptar la regulación que se estime más conveniente, y d) para su vigencia, dicha regulación deberá ser publicada en el Diario Oficial.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que según los estatutos de la Comisión Nacional de Televisión, contenidos en la Resolución 185 de 1996 de la Junta Directiva, para que dicha Junta pueda sesionar y deliberar válidamente es necesaria la presencia de tres de sus miembros (art. 19). Además, el artículo 21 señala que, como regla general, las decisiones de la Junta deben ser adoptadas con el voto afirmativo o negativo de la mayoría simple de sus miembros, esto es, de tres de ellos, salvo en algunos casos especiales señalados en el artículo 22, que requieren del voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, es decir, de cuatro de ellos.

Por su parte, en relación con las comisiones de regulación de servicios públicos, debe señalarse que el capítulo III del Decreto 2696 de 2004 establece el procedimiento que debe seguirse previamente a la adopción de las decisiones de alcance general, el cual incluye una importante participación ciudadana. De conformidad con estas normas, siempre que una comisión pretenda expedir un acto de regulación de contenido general, deberá seguir este procedimiento: a) en primer lugar, debe publicar en su página web el proyecto de acto administrativo con una anterioridad, como mínimo, de treinta días a su expedición; b) una vez recibidos los comentarios de los interesados sobre el proyecto de acto administrativo, podrá adoptar la decisión que considere conveniente, y c) esta decisión deberá ser publicada en el Diario Oficial.

Además, debe tenerse en cuenta que si el acto administrativo que pretende expedir la respectiva comisión de regulación de servicios públicos es referente a la fijación de la metodología y fórmula tarifarias, dicho acto requiere un procedimiento mucho más detallado, que comprende la publicación de las bases de la reforma a la metodología y fórmula tarifarias con una antelación superior a doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de la metodología y fórmula a modificar; la publicación en su página web del proyecto de acto administrativo, por lo menos, tres meses antes de su expedición, y la realización de consultas públicas en entidades territoriales durante un período de dos meses. Estas publicaciones y consultas tienen como objetivo recibir las observaciones de otras autoridades y de los ciudadanos. Una vez cumplido ese procedimiento, la respectiva comisión debe elaborar y publicar un documento donde se resuman y analicen las diversas observaciones recibidas, luego de lo cual podrá expedirse el acto que contiene la fórmula y metodología tarifarias, el cual debe ser publicado en el Diario Oficial.

En particular, respecto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, el artículo 8.2.3 de la Resolución CRT 087 de 1995 dispone que los actos que este organismo de regulación profiera se denominarán "resoluciones" y deberán ser numeradas de forma consecutiva. Además, el artículo 8.2.6 de la misma Resolución señala que la CRT solo podrá sesionar con la presencia de la mayoría de sus miembros, y que las decisiones se adoptarán con el voto favorable de la mayoría de los asistentes.

Por su parte, en relación con la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, la Resolución CRA 414 de 2006, que contiene los estatutos de la Comisión, en su artículo 8º dispone que la CRT sesionará válidamente con la presencia de la mitad más uno de sus miembros y que para la adopción de las decisiones será necesario el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes. De igual manera, según el artículo 12 de la citada Resolución 414 de 2006, los actos proferidos por la CRA se denominarán "resoluciones" y deberán ser numeradas de forma consecutiva.

A su vez, en cuanto hace a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, el artículo 2º de la Resolución CREG 070 de 2005 señala que la Comisión podrá sesionar con la presencia de seis de sus integrantes y sus decisiones se tomarán por la mayoría de los asistentes. Además, el artículo 9º de la Resolución CREG 063 de 1999 señala que los actos proferidos por la CREG se denominarán "resoluciones" y deberán ser numeradas de forma consecutiva.

Finalmente, en relación con los actos de contenido general de la Comisión de Regulación en Salud, las normas que reglamentan sus actividades no prevén procedimiento especial alguno para la expedición de los mismos, de tal manera que mientras no existan normas especiales que establezcan procedimiento, quórum y mayoría, debe entenderse que bastará con que las decisiones se adopten en sesiones a las cuales asista la mayoría de los miembros de la Comisión, que sean aprobadas por la mayoría simple de los asistentes, y que sean publicadas en el Diario Oficial para su vigencia.

Como puede verse, en el derecho colombiano las normas que regulan el procedimiento de expedición de las decisiones de regulación con alcance general obligan, en muchos casos, a hacer consultas a los destinatarios de las normas, y hacen imperativa la publicación de los proyectos de actos administrativos, con la finalidad de recibir observaciones de los interesados, las cuales, en ocasiones, deben ser contestadas de manera obligatoria por parte de los organismos, previamente a la adopción definitiva de las decisiones.

B. Actos de regulación económica de contenido particular

Por su parte, en relación con los actos de contenido particular, la doctrina es unánime en señalar que a los mismos se les deben aplicar los principios propios de los procedimientos administrativos. Además, la misma doctrina ha señalado en particular, respecto de los rigorismos que deben seguirse para su expedición, que en caso de que no exista un procedimiento administrativo especial, deberá seguirse el procedimiento administrativo general[48].

Esta tendencia es confirmada por el derecho positivo colombiano en relación con los procedimientos de los diversos organismos reguladores. Así, respecto del Banco de República, el artículo 51 de la Ley 31 de 1992 señala que los mismos se sujetan al régimen general de los procedimientos administrativos contenido en el Código Contencioso Administrativo, salvo en materia de recursos en la vía gubernativa, en cuanto éstos no se otorgan en el efecto suspensivo, sino en el efecto devolutivo[49].

Por su parte, en relación con la Comisión Nacional de Televisión, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 señala que los actos administrativos de contenido particular se denominan resoluciones y que para su adopción, se observarán las "normas generales del procedimiento administrativo, siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad". Es decir, que la expedición de los actos de contenido particular siguen el procedimiento administrativo general contenido en la primera parte del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto hace a las decisiones individuales de las comisiones de regulación de servicios públicos, el título VII de la Ley 142 de 1994 trae algunas reglas especiales en materia de procedimiento, sin que exista realmente un procedimiento administrativo especial como tal, sino que apenas se consagran algunas particularidades frente al régimen general del Código Contencioso Administrativo, especialmente en materia de práctica de pruebas, términos para la adopción de decisiones y notificaciones.

A su vez, respecto de la Comisión de Regulación en Salud, si bien la ley prevé facultades para la expedición de actos de contenido individual, ella no fija procedimientos específicos para la adopción de esta clase de decisiones, por lo cual respecto de ellos también debe entenderse que el procedimiento

[48] Al respecto, véase a TORNOS MAS: *La actividad de regulación*..., págs. 1335 y sigs. Para conocer el procedimiento administrativo general de expedición de los actos administrativos de contenido particular en Colombia, véase a SANTOFIMIO GAMBOA, J. O.: *Tratado de derecho administrativo*, t. ii, Acto administrativo, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 171 y sigs.

[49] Véase Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1997.

administrativo aplicable es el general consagrado en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 1º de este último.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que los actos administrativos particulares expedidos por las autoridades de regulación en Colombia, como regla general, se encuentran sometidos a los principios y ritualidades del procedimiento administrativo general consagrado en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, con ciertas particularidades previstas para la expedición de los actos de algunas de dichas autoridades.

VI. El control de las decisiones de los organismos de regulación

En materia de control de las decisiones adoptadas por los organismos de regulación, debe analizarse el control en sede administrativa, el control judicial y el control político.

A. El control en sede administrativa

El control en sede administrativa de los actos y actuaciones de los organismos administrativos en el derecho colombiano puede ejercerse a través de diversos mecanismos, entre los cuales se encuentran los siguientes, que son los que interesan para efectos del presente estudio: los recursos propios de la vía gubernativa[50], la revocación directa de los actos administrativos (de oficio o a solicitud de parte)[51] y el control administrativo propiamente dicho (que incluye el control jerárquico y el control de tutela)[52].

En relación con la posibilidad de ejercer el control en sede administrativa por medio de los recursos en la vía gubernativa, debemos comenzar por hacer notar que, independientemente del organismo de regulación que adopte la decisión, dichos recursos no proceden si se trata de una decisión de regulación de contenido general, según lo dispuesto expresamente por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que no existen para dichos organismos normas especiales que consagren esos recursos para las decisiones generales, lo cual es corroborado respecto de la Comisión Nacional

[50] Sobre la impugnación de los actos administrativos a través de la vía gubernativa, véase a VIDAL PERDOMO, J.: *Derecho administrativo*, 12ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2004, págs. 443 y sigs, y a SANTOFIMIO GAMBOA: *Tratado de derecho administrativo*..., págs. 281 y sigs.

[51] Sobre la revocación directa de los actos administrativos, véase a SANTOS RODRÍGUEZ, J. E.: *Construcción doctrinaria de la revocación de los actos administrativos ilegales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

[52] En relación con esta clase de controles, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho administrativo – General y colombiano*, cit., núms. 77 y sigs, y a YOUNES MORENO, D.: *Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, págs. 388 y sigs.

de Televisión y las comisiones de regulaciones de servicios públicos, por sus respectivos estatutos internos.

Ahora bien, cuando se trata de actos de contenido particular, el Código Contencioso Administrativo consagra la existencia de los recursos de reposición, ante el mismo funcionario que adoptó la decisión; de apelación, que será resuelto por el superior administrativo (jerárquico o funcional) y el de queja, cuando se rechace el de apelación. Teniendo en cuenta la posibilidad de que existan normas especiales, la procedencia de los recursos debe estudiarse respecto de cada uno de los organismos de regulación analizados en este estudio.

Así, en relación con el Banco de la República, debe señalarse que respecto de los actos de regulación de contenido particular proferidos por su Junta Directiva sólo procede el recurso de reposición ante la misma Junta, toda vez que dicho órgano no tiene un superior administrativo como consecuencia de su naturaleza de autoridad administrativa independiente. Respecto de este recurso, debe señalarse que, según el literal b) del artículo 51 de la Ley 31 de 1992, el mismo no se otorga en el efecto suspensivo, como es la regla general en materia de recursos en la vía gubernativa, sino en el efecto devolutivo, lo cual implica que el acto puede ejecutarse sin importar que existan recursos pendientes de ser resueltos, solución que obedece a la especial función que ejerce el Banco de la República, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional[53].

En cuanto a las decisiones particulares de la Comisión Nacional de Televisión, debe señalarse que si bien ellas se encuentran sometidas a las normas sobre procedimiento administrativo general, según se desprende del parágrafo del artículo 12 de la Ley 182 de 1994, en la medida en que, por su caracterización como autoridad administrativa independiente, dicha comisión no tiene un superior administrativo, contra sus actos sólo resulta procedente el recurso de reposición.

A su vez, en relación con las decisiones individuales de las comisiones de regulación de servicios públicos, a pesar de que, como quedó dicho, no constituyen por sí solas una entidad sino que, al ser unidades administrativas especiales sin personalidad jurídica, hacen parte de un ministerio, por lo cual podría pensarse que el ministro es el superior administrativo, para garantizar el grado de autonomía que caracteriza a los organismos de regulación el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 dispone que contra las decisiones que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo procede el recurso de reposición.

[53] Véase Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1997.

Por último, respecto de las decisiones de regulación de contenido individual adoptadas por la Comisión de Regulación en Salud, debe señalarse que contra ellas sólo procede el recurso de reposición en la medida en que, para garantizar su autonomía, la ley no prevé la existencia de un superior administrativo y, además, porque como se trata una unidad administrativa especial con personalidad jurídica, como lo expresamos atrás, según el literal b) del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo contra sus decisiones no procede el recurso de apelación.

De otra parte, en relación con la posibilidad de ejercer el control en sede administrativa por medio de la revocación directa de los actos administrativos, debe señalarse que si bien se parte de la idea de que la revocación sólo procede respecto de los actos individuales, pues los generales deben ser retirados del ordenamiento a través de la derogación[54], lo cierto es que la jurisprudencia administrativa colombiana ha admitido la procedencia de este especial mecanismo de control en sede administrativa también frente a decisiones de alcance general[55].

Teniendo en cuenta que las normas que gobiernan las actuaciones de los diversos organismos de regulación no consagran disposiciones especiales en materia de revocación, en aplicación de las reglas generales de los procedimientos administrativos en el derecho colombiano se acepta la posibilidad de revocar estos actos, siempre y cuando se cumplan los requisitos sustanciales y formales señalados para el efecto en el Código Contencioso Administrativo. Entre estos requisitos se encuentran los referentes a que no se hayan ejercido recursos en la vía gubernativa; que no se haya dictado auto admisorio de la demanda contra el acto objeto de revocación, y que el acto no haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría. En relación con este último requisito, se exceptúan los casos en que se obtenga el consentimiento expreso y por escrito del respectivo titular; que el acto haya sido obtenido por medios ilegales, o que se trate de un acto presunto producto del silencio administrativo positivo respecto del cual se configure una causal de revocación[56].

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como lo expresamos a propósito de los recursos en la vía gubernativa, para efectos de garantizar la necesaria autonomía de los organismos de regulación no se prevé la existencia de un

[54] Véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Derecho administrativo – General y colombiano*, cit., núm. 399.

[55] Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 23 de noviembre de 1992, expediente 1.856, y de de 13 de abril de 2000, expediente 5.363.

[56] Sobre los diversos requisitos para la revocación de los actos administrativos, véase a SANTOS RODRÍGUEZ: *Construcción doctrinaria de la revocación de los actos administrativos ilegales...*, págs. 119 y sigs.

superior administrativo de los mismos, de conformidad con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo la revocación directa de los actos de regulación de estos organismos será competencia exclusiva de la autoridad que los profirió.

Finalmente, desde la perspectiva del control administrativo propiamente dicho sobre los actos y las actividades de los organismos de regulación, debe señalarse que a pesar de la autonomía que por principio se predica de estos organismos, la Constitución Política y la ley señalan, respecto de cada uno de ellos, diversos mecanismos por medio de los cuales el ejecutivo ejerce un cierto control.

En primer lugar, en relación con el Banco de la República, el inciso final del artículo 372 de la Constitución Política señala que el presidente de la república debe ejercer la inspección, vigilancia y control del Banco en cuanto al cumplimiento de las exigencias impuestas por la ley para el ejercicio de sus funciones. Esta inspección, vigilancia y control, según los artículos 46 a 48 de la Ley 31 de 1992, es ejercida por el presidente de la república a través de la Superintendencia Financiera y la Auditoría del Banco[57].

Igualmente, debe señalarse que el mecanismo de designación de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República también constituye una especie de control sobre este organismo de regulación por parte del ejecutivo pues, de conformidad con los artículos 28 y 34 de la Ley 31 de 1992, cinco de los siete miembros son nombrados por el presidente de la república para períodos fijos de cuatro años, con excepción del Gerente General del Banco, que es designado por la Junta Directiva, según el artículo 37 ibídem, y del Ministro de Hacienda y Crédito Público que, como ocurre con los demás ministros, es de libre nombramiento y remoción del presidente del república. Además, la presencia del Ministro de Hacienda y Crédito Público dentro de la Junta Directiva del Banco de la República, como lo ordena el artículo 28 de la Ley 31 de 1992, también constituye otra manera de que el ejecutivo ejerza control sobre los actos y actuaciones de dicho organismo de regulación.

En todo caso, debe señalarse que para garantizar la independencia del Banco, si bien parte de los miembros de la Junta Directiva son de libre nombramiento por parte del presidente, no ocurre lo mismo con su remoción, en la medida en que para reemplazar a dichos miembros no basta la voluntad del ejecutivo, sino que es necesario que ocurra, según el artículo 35 de la Ley 31 de 1992, uno de los siguientes eventos: la muerte, la renuncia aceptada, la destitución

[57] En relación con la inspección, vigilancia y control del presidente de la república sobre el Banco de la República, véase a IBÁÑEZ NÁJAR, J. E.: *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores y Universidad Sergio Arboleda, 2007, págs. 155 y sigs.

decretada por sentencia proferida por autoridad competente y la ausencia injustificada a más de dos sesiones continuas.

Respecto de la Comisión Nacional de Televisión, ni la Constitución ni la ley han previsto sistemas especiales de control administrativo distintos a los recursos en la vía gubernativa y la revocación directa. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que a dicha entidad no se le aplican los controles administrativos ordinarios a los cuales se encuentran sometidas las entidades descentralizadas[58].

Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre con la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con el literal a) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996, el gobierno nacional debe designar a dos de los cinco miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para períodos fijos de dos años, lo cual constituye también un mecanismo de control sobre sus decisiones y actuaciones. No obstante, para garantizar la independencia y autonomía en su funcionamiento, el artículo 7º de la Ley 182 de 1994 prevé que el reemplazo de los miembros de la Junta Directiva de la citada Comisión únicamente procede por la muerte, la renuncia aceptada, la destitución por autoridad competente y la ausencia injustificada por más de cuatro sesiones continuas.

A su vez, en relación con el control administrativo sobre los actos y las actuaciones de las comisiones de regulación de servicios públicos, debe señalarse que como se trata de unidades administrativas especiales sin personalidad jurídica, por fuera de los controles propios de los recursos en la vía gubernativa y de la revocación directa, el control administrativo se somete a las reglas que el capítulo xv de la Ley 489 de 1998 consagra para dicho control sobre las autoridades del sector central de la administración.

Además, debe señalarse que uno de los mecanismos más claros de control sobre estas comisiones se encuentra en la forma de realizar la designación de sus miembros, pues según el Decreto 2474 de 1999, las comisiones de regulación de servicios públicos están integradas por varios funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, como son el ministro del ramo respectivo, el director del Departamento Nacional de Planeación y número expertos comisionados que varía en cada una de las comisiones de regulación.

[58] Véase Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995: "la autonomía, como rasgo funcional del ente televisivo,...(iii) no lo homologa a una entidad descentralizada del orden nacional, toda vez que su autonomía respecto de éstas tiene un 'plus' que la sustrae del control de tutela ordinario y cuyo alcance es el necesario para cumplir de manera independiente su función constitucional y legal".

Sin embargo, para garantizar en parte la autonomía en el ejercicio de sus funciones, los expertos comisionados son funcionarios de libre nombramiento por parte del presidente de la república, pero no de libre remoción, pues son servidores públicos sometidos a período fijo, de tal manera que su reemplazo sólo puede ser consecuencia del vencimiento del período, la renuncia aceptada o la muerte, como se desprende del artículo 4º del Decreto 2474 de 1999, así como de la destitución por autoridad competente.

Finalmente, en cuanto hace a la Comisión de Regulación en Salud, ocurre algo similar a lo expresado en relación con las comisiones de regulación de servicios públicos, toda vez que dicha Comisión es una unidad administrativa especial que, aunque tiene el reconocimiento de personalidad jurídica propia, forma parte de la rama ejecutiva del poder público, de tal manera que, independientemente de los controles derivados de los recursos en la vía gubernativa y de la revocación directa, el control administrativo se somete a las reglas que el capítulo xv de la Ley 489 de 1998 consagra para dicho control sobre las autoridades del sector descentralizado de la administración.

De otra parte, sobre la composición de la citada Comisión y la designación de sus miembros, debe señalarse que la misma, según el artículo 4º de la Ley 1122 de 2007, está conformada por los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción del presidente de la república, y por cinco comisionados expertos designados por el presidente de la república para un período fijo de tres años.

No obstante lo anterior, con la finalidad de garantizar cierto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones, el citado artículo 4º, reglamentado por el Decreto 2277 de 2008, prevé que la designación de los comisionados expertos no es absolutamente libre por parte del presidente de la república, sino que éste debe escogerlos de ternas elaboradas por la Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizadas y registradas ante el Ministerio de la Protección Social. Estas ternas, según el mismo Decreto 2277 de 2008, deben ser elaboradas a partir de listas de elegibles conformadas de acuerdo con los resultados de concursos públicos de méritos convocados por las mismas entidades citadas.

Además, el reemplazo de los expertos comisionados solo puede ser consecuencia de las casuales de vacancia definitiva señaladas por las disposiciones aplicables a los servidores públicos de período fijo, como serían el vencimiento del período, la renuncia aceptada, la muerte y la destitución por autoridad competente.

B. El control judicial

Uno de los aspectos que más controversia produjo en los orígenes de la actividad de regulación económica, dado el carácter altamente técnico y discrecional de la misma, fue la posibilidad de que existiera un control judicial sobre las decisiones resultantes de esa actividad, sin que a través de dicho control el poder judicial resultara invadiendo el ámbito de competencias propio de la administración pública y, en particular, de los organismos de regulación[59].

En particular, en el derecho colombiano las decisiones que adoptan los organismos de regulación, tanto de alcance general como particular, en tanto tienen la naturaleza de actos administrativos y provienen de una entidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo caen dentro del ámbito del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es decir, no cabe duda de la posibilidad de control judicial.

Ahora bien, como ya lo expresamos, dado el carácter fundamentalmente discrecional de muchas de las decisiones de regulación, el aspecto más controversial se refiere al alcance del control judicial sobre las mismas y, en particular, a la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad y legalidad sobre la parte discrecional de esas decisiones.

Al respecto, con base en la concepción tradicional del principio de separación de poderes, durante una buena parte del siglo xx la jurisprudencia se había negado a realizar un control de fondo sobre los actos administrativos discrecionales, en la medida en que se ha considerado que el hecho de que las normas que consagran las potestades de la administración dejaran espacio para la adopción de decisiones discrecionales, significaba que era ésta quien tenía la competencia para determinar el contenido de la decisión, de tal manera que un control del juez sobre dicho contenido implicaría una sustitución de la administración por el juez, lo cual resultaba contrario al citado principio[60].

No obstante esa idea inicial de imposibilidad general de control judicial de las decisiones administrativas discrecionales, la jurisprudencia evolucionó en el

[59] Sobre la importancia del control judicial de los actos proferidos por las autoridades administrativas independientes, véase a FAVOREU, L.: "Le droit constitutionnel jurisprudentiel", en *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, lgdj, mars-avril 1989, págs. 466 y sigs, y a BRAIBANT y STIRN: *Le droit administratif français*..., pág. 85. Igualmente, desde una perspectiva histórica del control judicial de las decisiones de las autoridades administrativas independientes, véase a GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho*..., págs. 79 y sigs.

[60] Al respecto, con cita de las diversas jurisprudencias colombianas que aplicaron este criterio, véase a MARÍN HERNÁNDEZ, H. A.: *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 872 y sigs.

sentido de señalar que, en todo caso, sería posible realizar un control sobre los aspectos reglados de la decisión discrecional y, en relación con los aspectos discrecionales, aplicar la técnica de la desviación de poder y examinar la proporcionalidad entre los hechos que justificaban la decisión y el contenido mismo de la decisión y la adecuación de la misma a los fines de la norma que consagra la potestad discrecional[61].

Además de ese control judicial limitado sobre los aspectos discrecionales de las decisiones administrativas, la jurisprudencia ha ideado nuevas técnicas para ampliar dicho control, de tal manera que no sólo sea con base en la tradicional técnica de la desviación de poder o con fundamento en la aplicación de los principios de adecuación y proporcionalidad, sin que ello implique una invasión por parte del juez en la esfera de competencia propia de la administración pública y, en el caso del presente estudio, de los organismos de regulación.

Así, para este propósito, con base en las nuevas tendencias de la interpretación constitucional, la jurisprudencia ha venido utilizando nuevas técnicas como el control sobre la existencia y valoración de los hechos determinantes de la decisión; el control basado en los principios generales del derecho, en el principio de igualdad, en los principios de racionalidad y razonabilidad, en el principio de proporcionalidad entre los derechos e intereses comprometidos en la decisión, y el control a través del principio de interdicción de la arbitrariedad[62], las cuales son aplicables a las decisiones discrecionales, sin perjuicio de que también lo sean para las decisiones regladas.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que las decisiones de los organismos de regulación en el derecho colombiano se encuentran plenamente sometidas a control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero que, no obstante, cuando se trata de decisiones discrecionales, que resultan ser la mayoría en materia de regulación, dicho control será realizado con base en las especiales técnicas que la jurisprudencia ha elaborado para el efecto.

[61] Sobre estos mecanismos de control de las decisiones discrecionales, véase a PRAT, J. A.: "La discrecionalidad administrativa", en *El derecho administrativo en Latinoamérica II*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986, págs. 163 y sigs.

[62] Un análisis detallado y sistemático de las diversas técnicas para el control de las decisiones administrativas discrecionales, así como su aplicación por parte de la jurisprudencia colombiana, puede verse en MARÍN HERNÁNDEZ: *Discrecionalidad administrativa*..., págs. 289 y sigs. De manera general, sobre el debate en torno al control judicial de las facultades discrecionales y las diversas técnicas para el efecto, véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2000; a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la administración*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1999; a PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, y a SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

En particular, en el derecho colombiano el control judicial sobre las decisiones de los organismos de regulación se realiza a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, respectivamente, según se trate de pretensiones de contenido objetivo o subjetivo[63].

Así mismo, para realizar dicho control judicial, también es posible utilizar otras acciones consagradas en la Constitución Política, como son la acción de tutela, establecida en el artículo 86 de la Carta, cuando la decisión vulnere derechos fundamentales, y la acción popular, consagrada en el artículo 88 ibídem, cuando se busque la protección de un derecho o interés colectivo vulnerado con la decisión[64].

C. Control político

La Constitución Política y la ley prevén diferentes mecanismos para el ejercicio de control político sobre los diversos organismos de regulación. Así, en primer lugar, el inciso final del artículo 208 de la Carta dispone que las comisiones permanentes del Congreso de la República pueden requerir la asistencia, entre otros funcionarios, del "gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público".

Con base en la anterior norma, es perfectamente posible que el Congreso de la República cite al gerente del Banco de la República, a los miembros de las comisiones de regulación de servicios públicos y de la Comisión de Regulación en Salud, a fin de que rindan los informes y proporcionen las explicaciones solicitadas por los miembros del legislativo.

En particular, respecto del Banco de la República, el inciso final del artículo 371 de la Constitución Política consagra el deber de rendir informes como expresión del control político a sus actividades. Específicamente la citada norma señala que "el Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten".

Por su parte, según el parágrafo del artículo 3º de la Ley 182 de 1994, el cual se refiere al control político sobre la Comisión Nacional de Televisión, ésta "será responsable ante el Congreso de la República y deberá atender los requerimientos y citaciones que éste le solicite a través de las plenarias o las Comisiones".

[63] En relación con estas acciones, véase a BETANCUR JARAMILLO, C.: *Derecho procesal administrativo*, 7ª ed., Medellín, Señal Editora, 2009, págs. 40 y sigs.
[64] Sobre estas acciones, véase a ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C.: *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis Editores, 2004, págs. 98 y sigs, y 106 y sigs.

De manera similar, el numeral 9 del artículo 7º de la Ley 1122 de 2007 señala que es función de la Comisión de Regulación en Salud, "presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del sistema general de seguridad social en salud y las recomendaciones para mejorarlo".

En suma, puede afirmarse que constitucional y legalmente el Congreso de la República tiene la posibilidad de ejercer control político sobre los organismos de regulación, a través de la citación de sus directivos y por medio de la presentación de informes sobre sus actividades.

VII. Conclusiones

Como resultado de los análisis y comentarios expresados en las páginas anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Dentro del contexto de las transformaciones que ha sufrido el Estado en los últimos tiempos, aparece el llamado "Estado regulador", en el cual, para configurar el papel del Estado en la economía, se parte de la idea de que debe existir un cierto equilibrio entre la libre fuerza del mercado y la participación del Estado, de tal manera que la regulación por parte de este último debe orientarse simplemente a garantizar el buen funcionamiento del mercado y, especialmente, de la competencia, pero no extender su participación como principal agente de la economía.

2. Desde mucho tiempo atrás el Estado ha tenido la potestad de expedir normas en materias económicas, especialmente con ocasión de la aparición del Estado intervencionista, y esas normas han sido tanto de carácter constitucional, como legal y administrativo. Sin embargo, la actividad que se conoce en la actualidad como "regulación económica" sólo aparece en las últimas décadas del siglo xx y se refiere a una de las funciones que debe llevar a cabo la administración pública, consistente en la adopción de decisiones, generales y particulares, que buscan lograr un adecuado y eficiente funcionamiento del mercado en sectores económicos de especial trascendencia para la sociedad y, en particular, la promoción de la competencia y el respeto de los derechos de los actores de los mercados de esos sectores económicos.

3. Los organismos de regulación suelen ser autoridades administrativas independientes y, como consecuencia de ello y de las exigencias propias de la actividad reguladora, su composición es plural, sus miembros son personas altamente calificadas, con alta consideración y respeto profesional en el medio en que habrá de realizarse la regulación, y quienes no pueden ser removidas libremente por el órgano nominador.

4. En Colombia, las autoridades de regulación son, de una parte y con origen constitucional, la Comisión Nacional de Televisión y el Banco de la República, que constituyen autoridades administrativas independientes, y de otra y con origen legal, las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT) y la Comisión de Regulación en Salud – CRES.

5. Como resultado de la aplicación de los diferentes criterios utilizados por la doctrina para determinar la naturaleza jurídica de los actos de las autoridades públicas, se puede concluir que en el derecho colombiano las decisiones de los organismos de regulación son actos administrativos, unas veces sometidos sólo a la Constitución y a la ley, y otras adicionalmente a los reglamentos del presidente de la república.

6. Los actos de regulación económica de contenido general, si bien no están sometidos a una forma y procedimientos comunes, en buena parte de los casos su procedimiento de expedición comprende la realización de consultas con los destinatarios de las normas y la publicación imperativa de los proyectos de actos administrativos con la finalidad de recibir observaciones de los interesados, las cuales, en algunos casos, deben ser contestadas de manera obligatoria por parte de los organismos previamente a la adopción definitiva de las decisiones.

7. Los actos administrativos particulares expedidos por las autoridades de regulación en Colombia, como regla general, se encuentran sometidos a los principios y ritualidades del procedimiento administrativo general consagrado en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, con ciertas particularidades previstas para la expedición de los actos de algunas de dichas autoridades.

8. Desde el punto de vista del control administrativo, según la naturaleza y el contenido de los actos de regulación, en Colombia dichos actos se encuentran sometidos a los controles administrativos propios de los actos administrativos, específicamente a través del recurso de reposición por la vía gubernativa y la revocación directa (de oficio o a solicitud de parte). Además, el ejecutivo ejerce una especie de control difuso sobre las actuaciones de dichos organismos por medio de la presencia de algunos ministros o directores de departamento administrativo como miembros de los organismos, y de la designación de algunos otros miembros.

9. Las decisiones de los organismos de regulación en el derecho colombiano se encuentran plenamente sometidas a control judicial por medio de las acciones

contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como de las acciones constitucionales de tutela y populares, para lo cual se aplican las especiales técnicas que la jurisprudencia ha elaborado para el control de las decisiones discrecionales, sin perjuicio de que estas mismas técnicas sean aplicables a las decisiones regladas.

10. El Congreso de la República ejerce control político sobre los organismos de regulación por medio de la citación de sus directivos y de la presentación de informes sobre sus actividades.

ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CREADOR DE DERECHOS, EN EL DERECHO COLOMBIANO

Consuelo Sarria Olcos

"¿Puede el acto administrativo reclamar para sí, la estabilidad de la sentencia judicial? ¿Sería esto compatible con la necesaria movilidad de la Administración?"[1]

Los interrogantes trascritos, constituyen una muestra de la preocupación de la doctrina, desde la primera mitad del Siglo XX, por el tema de la estabilidad de los actos administrativos y por establecer el equilibrio, necesario en todo Estado de Derecho, entre el Estado y los administrados y, específicamente, entre las prerrogativas que implica el ejercicio de la función administrativa para el logro de los fines propios del Estado y la seguridad jurídica necesaria para la estabilidad de los derechos de los particulares, enfrente a quien se los ha otorgado o reconocido: el Estado.

Por ello, dicha estabilidad tiene que analizarse en relación con la posibilidad para las autoridades administrativas de extinguir sus propias decisiones, y, en especial, aquellas mediante las cuales se han reconocido derechos a los administrados, y así se plantea uno de los temas del Derecho Administrativo que ha generado una gran elaboración doctrinaria, el de la revocación de los actos administrativos, tema que se ha llegado a calificar como "...el más complejo de cuantos a su estudio se refieren"[2].

I. Precisiones conceptuales sobre la revocación de los actos administrativos

Antes de abordar el estudio del tema específico de la estabilidad de los actos administrativos que reconocen derechos, es preciso mencionar algunos aspectos generales sobre la revocación de los actos administrativos, especialmente, aquellos que permitirán establecer los límites a la competencia revocatoria de la administración, para luego hacer referencia específica al régimen del derecho positivo colombiano sobre la materia.

---

[1] SARRÍA, F.: *Derecho Administrativo,* Tercera Edición, Editorial Peuser S.A., 1946, Tomo 1°, pág. 122.
[2] Ibidem, pág. 122.

A. Los actos administrativos se expiden para que produzcan efectos jurídicos

Los actos administrativos, como actos jurídicos que son, constituyen manifestaciones de voluntad que hace quien ejerce la función administrativa, para que se produzcan unos efectos en derecho y con la finalidad de "lograr un cometido"[3].

Ello significa que los actos administrativos se profieren para que produzcan unos efectos jurídicos, y, por lo tanto, *la decisión de la propia administración para que terminen dichos efectos, implica una situación de excepción,* y como tal se ha considerado, siempre, la figura de la revocación de los actos administrativos.

En efecto, la extinción de los actos administrativos, se presenta, normalmente, a través de su expiración una vez que ya se han producido los efectos buscados con su expedición, o cuando se cumple el término o la condición en él incluidos, es decir cuando ya han "logrado su cometido", ya sea que se trate de efectos de ejecución instantánea o de efectos de ejecución sucesiva.

Pero también sus efectos se extinguen, cuando la propia administración así lo decide mediante la derogación de los actos de contenido general[4], o la revocación de los de contenido particular.

Y también, cuando el juez competente declara su nulidad.

En estos últimos eventos se presenta la extinción de los actos administrativos, de manera anormal por cuanto se extinguen, no en razón de su propio contenido sino por otra decisión expresa de la misma administración o del juez competente para establecer su sometimiento al orden jurídico preestablecido.

Los anteriores conceptos, si bien permiten esquematizar lo relacionado con la extinción de los actos administrativos, también han sido objeto de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en diferentes sentidos, en algunos aspectos contradictorios, y por ello en las legislaciones positivas se encuentra su consagración con diferentes alcances, que no permiten uniformidad conceptual y terminológica[5].

[3] MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II, pág. 581. TAFUR GALVIS, Á.: *Teoría del acto administrativo,* Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1975, pág. 31. BANDEIRA DE MELLO, C. A.: *Curso de Derecho Administrativo,* Primera Edición en Español, Editorial Porruá, México y Universidad Autónoma de México, 2006, pág. 386.
[4] En el derecho francés también se habla de abrogación de los actos administrativos generales.
[5] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo,* Tomo II, Octava Edición Actualizada, Lexis Nexos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 359.

B. La facultad de la administración para extinguir sus propios actos

Para efectos del desarrollo del tema de la estabilidad de los actos administrativos, otro aspecto que debe precisarse es el relativo a que la posibilidad de que la Administración deje sin efectos sus propios actos es un tema que tiene que ver con los poderes y facultades que tienen los titulares y quienes ejercen la función administrativa, más que, con las características propias del acto administrativo.

En efecto, mucho se ha escrito sobre si la revocabilidad es de la esencia del acto administrativo, y un amplio sector doctrinario así lo ha sostenido[6], en oposición a lo que consideran otros tratadistas, para quienes la posibilidad de extinguir los actos administrativos por la propia administración puede darse o no, según la regulación del tema, como una forma anormal de terminar sus efectos por su propia decisión, cuando ese acto administrativo no está conforme con el ordenamiento jurídico o resulta inconveniente o inoportuno para el interés público[7].

Y la tendencia mayoritaria es la de considerarla una manifestación de las prerrogativas que le corresponden al Estado, lo cual lleva a la conclusión de que el acto administrativo no es esencialmente revocable o irrevocable, pues el concepto de su revocabilidad o irrevocabilidad hace referencia no al acto mismo, sino a una manifestación del poder público que se concreta específicamente en una competencia administrativa que será la que en concreto permita a una autoridad estatal, cuando la detecte, extinguir los efectos del acto administrativo[8] y esto es así, porque lo natural, lo normal, lo corriente es que el acto administrativo produzca los efectos jurídicos buscados por la administración al expedirlo y lo anormal, lo excepcional, es que la administración, deba extinguir esos efectos, ya sea porque no están de acuerdo con el interés colectivo, por el que debe propender en todas sus actuaciones o porque no se ajustan al ordenamiento jurídico, y para hacerlo contará entonces con la competencia para revocarlos.

---

[6] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1974, Tomo 1°, pág. 257.
REAL, A. R.: "Extinción del acto administrativo creador de derechos", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1960, págs. 79-94.

[7] LAUBADERE, A. De: *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, Tomo 1º, París, 1963, págs. 272-273.
MARIENHOFF, M. S.: Opus cit., pág. 579.

[8] GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1970, Volumen I, Quinta Edición, pág. 562.
MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 581. ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Bosch, Tomo I, Barcelona, 1970, pág. 346. BANDEIRA DE MELLO, C. A.: Opus cit., pág. 391.

En este sentido, el Profesor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO afirma que: "Como cualquier acto administrativo, la revocación se tiene que basar en una regla de derecho que habilita a la autoridad a actuar..."[9]

Por ello, normalmente, la facultad para extinguir los efectos de un acto administrativo está en la misma regla de competencia que habilita al agente para la expedición del acto anterior que se va a extinguir.

C. Extinción de los actos administrativos de contenido general y los de contenido particular

Al analizar las diferentes clasificaciones que de acto administrativo se han precisado, pueden establecerse algunas conclusiones con relación a su extinción por decisión de la propia administración.

Aunque mucho se ha discutido respecto de la existencia de actos administrativos de contenido general, la doctrina predominante acepta esa posibilidad[10], en cuanto los titulares de la función administrativa en ejercicio de la misma pueden expedir actos abstractos en los cuales se contiene su voluntad y que producen efectos jurídicos, es el caso de los reglamentos que puede expedir el titular de la función administrativa, en ejercicio de las potestades que le son propias, acto que como administrativo que es, se presume expedido de acuerdo con la legalidad y es obligatorio para los asociados.

También existen actos administrativos de contenido concreto, individual o particular que para algunos son los únicos y verdaderos actos administrativos[11] que, como su nombre lo indica, siendo expedidos por los titulares de la función administrativa contienen decisiones específicas que afectan situaciones jurídicas subjetivas o particulares.

En cuanto a su extinción por decisión de la propia administración, la tendencia generalizada es la de considerar que los actos administrativos de contenido general, pueden extinguirse por decisión de la propia administración, a través de su derogación, mientras que los de contenido particular se extinguen por su revocación.

La derogación de los actos administrativos, la decide, normalmente, la misma autoridad administrativa, que expidió el acto general o reglamentario de que

[9] BANDEIRA DE MELLO, C. A.: Opus cit., pág. 391.
[10] MARIENHOFF, M. S.: Opus cit., Tomo II, pág. 223. FIORINI, B. A.: *Teoría jurídica del acto administrativo,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 29. MERKL, A.: *Teoría general del Derecho Administrativo.* Editora Nacional, Méjico, 1975, pág. 234.
[11] GORDILLO, A.: *El acto administrativo,* Buenos Aires, 1963. págs. 67-74.

se trata, es procedente en cualquier tiempo, produce efectos hacia el futuro y surge como una figura jurídica que permite a la Administración, expedir los reglamentos que sean necesarios, adecuando oportunamente el marco jurídico respecto del cual tiene competencia, y responder así, en forma eficaz al cumplimiento de la función administrativa a su cargo.

Y por ello es posible afirmar que los particulares no tienen derecho a que se mantengan vigentes los actos administrativos generales, y entre ellos los reglamentos, por cuanto como afirma el Profesor CASSAGNE, ello equivaldría a sostener la inderogabilidad de las leyes[12].

Los actos administrativos de contenido particular, o sea aquellos que crean una situación jurídica subjetiva, pueden extinguirse a través de su revocación, es decir de acuerdo con lo arriba anotado, a través de aquella decisión que puede tomar la misma autoridad que lo expidió o su superior jerárquico, de oficio o a petición de parte, y ya sea por razones de ilegalidad o de mérito u oportunidad.

Si bien en Colombia, en la doctrina y en la jurisprudencia se acepta dicho planteamiento conceptual, en la legislación positiva como se anotará más adelante, las normas que se refieren a la figura especial de la revocatoria directa, incluye tanto los actos generales, como los actos particulares y precisa los límites de dicha competencia de revocatoria de la que es titular la Administración.

D. Revocación y anulación de los actos administrativos

Aunque tal como ya se precisó se considera que tanto la revocación como la anulación constituyen mecanismos anormales de extinción de los actos administrativos, no existe uniformidad en relación con su concepto[13].

Y sobre ellos se hacen distinciones con diferentes criterios, en efecto, un primer criterio es el de los motivos que originan la extinción; así para algunos cuanto el acto administrativo se extingue por motivos de ilegalidad se trata de su anulación, mientras que si se presenta por razón de su inconveniencia e inoportunidad el acto se extingue por su revocación[14].

El otro criterio de distinción hace referencia a la autoridad competente para extinguir el acto administrativo y si lo es la administración, se presentará la figura de la revocación, ya sea por razones de oportunidad y conveniencia o

[12] CASSAGNE, J. C. Opus cit., pág. 369.
[13] GARRIDO FALLA, F.: Opus cit., págs. 557 y 558.
[14] BANDEIRA DE MELLO, C. A.: Opus cit., pág. 393.

por razones de ilegalidad, mientras que si lo son los tribunales administrativos en ejercicio del control de legalidad, se tratará de la anulación del acto. Este es el alcance que dichos términos tienen en el derecho colombiano.

E. Actos administrativos que emanan de una competencia discrecional y actos administrativos que emanan de una competencia reglada

Según el principio de legalidad que enmarca el ejercicio de la función administrativa, todas las decisiones de quienes ejercen la función administrativa estarán sujetas a normas y leyes que conforman jerárquicamente, el ordenamiento jurídico propio de un Estado de Derecho, en aplicación del principio de legalidad, pero las diferentes competencias administrativas, no tienen el mismo grado de sujeción a las normas superiores, lo que ha hecho surgir la distinción entre competencias regladas y competencias discrecionales[15], según que la autoridad administrativa en el ejercicio de las funciones que le son propias se encuentre que la norma superior predetermine cual debe ser su decisión, ante una situación de hecho, o que por el contrario pueda la autoridad administrativa ante determinadas circunstancias, entrar a analizar y valorar las circunstancias que rodean su decisión, y según su criterio, aunque siempre dentro del marco de la legalidad, puede resolver si decide o no, y si decide, hacerlo en uno o en otro sentido, teniendo como límite el fin que establezca la norma superior.

Por esto se afirma que en ejercicio de la actividad reglada, la administración actúa de acuerdo con normas legislativas, y que en ejercicio de la actividad discrecional, lo hace teniendo en cuenta criterios técnicos, políticos, de conveniencia, mérito u oportunidad aunque siempre dentro del ámbito demarcado por el orden jurídico vigente[16].

Debe entonces precisarse si la revocación de los actos administrativos, como decisión de la Administración para dejar sin efectos sus propios actos procede tanto con relación a aquellos que concretan una competencia discrecional, como en relación con los que emanan de una competencia reglada.

Al respecto, debe mencionarse que dicha clasificación de los actos administrativos no incide en la posibilidad o no de ser revocados, ya que a través de los dos pueden reconocerse derechos a los particulares que es lo que hay que tener en cuenta para precisar si el acto puede revocarse o no[17].

[15] FIORINI, B.: *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948, pág. 41.
[16] MARIENHOFF, M. S.: Opus cit., Tomo II, pág. 413 y sigs.
[17] TAFUR GALVIS, Á.: Opus cit., pág. 103.

Además, si la revocación del acto administrativo, hace referencia, tal como se anotó desde el principio, a la posibilidad de que la misma administración extinga sus propias decisiones ya sea por razones de ilegalidad o de mérito u oportunidad respetando los derechos de los particulares, realmente será esto último, lo que haga que un acto administrativo pueda o no revocarse y no la naturaleza de la competencia ejercida, pues la administración aunque tenga discrecionalidad en los términos ya anotados, no puede desconocer los derechos subjetivos que un acto emanado de esa competencia discrecional haya reconocido a un particular y es por esto que como lo afirma, el Profesor Marienhoff la revocación y discrecionalidad son cosas absolutamente distintas, como lo son las nociones de potestad reglada y revocación[18].

Por otra parte, en este aspecto, es necesario precisar que tanto los actos que emanan de competencias regladas, como los que provienen de una competencia discrecional, pueden ser revocados por razones de mérito o por razones de ilegalidad, pues tanto los unos como los otros pueden resultar en un momento dado inoportunos o inconvenientes o pueden presentar vicios de ilegalidad, caso en el cual si se reúnen los otros requisitos legales podrán ser extinguidos por la propia administración, a través de su revocación.

II. La estabilidad de los actos administrativos y la cosa juzgada administrativa

El tema de la estabilidad de los actos administrativos tiene como fundamento la necesidad de que exista la seguridad jurídica, y eliminar la incertidumbre que implica la existencia de las facultades de la autoridad administrativa, en relación con una competencia administrativa específica, para dejar sin efectos sus propios actos.

Y esa estabilidad necesariamente está vinculada con el tema de la revocación de los actos administrativos y ha sido objeto de amplios desarrollos doctrinarios, a través de los conceptos de la *inmutabilidad de los actos administrativos* y de la denominada *cosa juzgada administrativa*.

La primera precisión que debe hacerse en el tema, es la relativa a que la inmutabilidad se predica de los actos administrativos particulares y no de los actos administrativos generales, tal como ya se precisó en apartes anteriores.

En materia procesal la inmutabilidad se concreta en la cosa juzgada y en materia administrativa en la irrevocabilidad del acto, y encuentra su origen en el concepto mismo de Estado de Derecho, en el cual necesariamente hay un ordenamiento positivo conformado por normas que deben ser respetadas y las

[18] MARIENHOFF, M. S.: Opus cit., Tomo II, págs. 434 y 435.

cuales, al producir efectos, crean situaciones jurídicas que originan derechos para los administrados.

El acto administrativo expedido conforme a ese ordenamiento jurídico adquiere su propia fuerza jurídica, se separa de la competencia de su autor y se incorpora al patrimonio jurídico de los administrados; es por ello que su modificación o revocación solo es posible si, expresamente, se halla prevista en ese mismo ordenamiento jurídico.

La noción de cosa juzgada tiene su origen en el Derecho Procesal, surge como una creación del ordenamiento jurídico y se entiende como la cuestión que ha constituido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales para aplicar la norma general a un caso concreto.

La cosa juzgada tiene una naturaleza netamente jurídica y procesal, ya que no transforma la situación jurídica material existente antes de la decisión del proceso sino que hace surgir una especial eficacia procesal.

En otros términos, es la "fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales"[19].

La justificación de la noción de cosa juzgada se encuentra en la necesidad de certeza en las relaciones jurídicas : en efecto todo litigio va a ser resuelto mediante una sentencia, la cual tiene el riesgo de ser injusta y siempre dejara a un litigante inconforme y, ante esto, teóricamente, existiría la posibilidad de su impugnación, lo que haría que otras autoridades judiciales conocieran de dicha sentencia, lo cual llevaría a un permanente estado de incertidumbre en los derechos de los particulares.

Es entonces necesario, dar a la sentencia el carácter de inmutable e irrevocable garantizando así la certeza en las relaciones jurídicas, y por ello se ha dicho que: "una decisión, cualquiera que sea, es para las partes preferible a una incertidumbre perpetua".

El anterior concepto de cosa juzgada que se aplicaba a las decisiones de quienes ejercían la función jurisdiccional del Estado, se extendió a todos los actos del Estado y entre ellos, a los actos administrativos para hacer referencia a su inmutabilidad[20].

[19] GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, Tomo I, pág. 548.
[20] MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo,* Editora Nacional, México D.F., 1975, pág. 263.

En efecto, cuando el Estado ejerce su función jurisdiccional a través de actos a los cuales se les reconoce que hacen transito a cosa juzgada: el Estado está aplicando normas de carácter general y obligatorio para resolver controversias en casos concretos, controversias que requieren una solución *definitiva*.

Mientras que cuando el Estado ejerce su función administrativa, a través de actos administrativos, está realizando aquellas actividades que buscan la satisfacción de las necesidades de la comunidad de una manera directa e inmediata. Y de esa diferente naturaleza de la función realizada surgen diferencias también para la aplicación de la noción de la cosa juzgada, pues mientras esa seguridad jurídica es indispensable en todas las decisiones judiciales, ya sea en su alcance formal o material para que las controversias queden decididas definitivamente en un determinado momento, no lo es respecto de todos los actos administrativos, toda vez que tal como se anotó no se aplica a los actos administrativos de contenido general y solamente cobra importancia en aquellos actos que reconocen un derecho subjetivo al particular.

La anterior diferencia en el contenido de las decisiones jurisdiccionales y las administrativas ha sido tenida en cuenta para proponer una denominación diferente para hacer referencia a la inmutabilidad de los actos administrativos, evitando la imprecisión que existe al hablar de cosa *juzgada* cuando se ejerce la función administrativa.

Se ha hablado, fundamentalmente en el Derecho Francés, de la *"autoridad de la cosa decidida"*[21] y estrictamente hablando, es este el fenómeno a que se hace referencia cuando se utiliza el termino cosa *juzgada administrativa*, pues la administración normalmente *no juzga*, sino que *decide* y sus decisiones tendrán un carácter definitivo cuando se reúnan las condiciones indispensables para que puedan ser consideradas inmutables: es la figura de la cosa *decidida*, en razón de la diferente función realizada, ya que no se puede hablar de cosa juzgada, con relación a "...algo que no presupone un juicio"[22].

Ahora bien, esa estabilidad o inmutabilidad del acto administrativo, de acuerdo con la ya anotado en este escrito, dependerá de las regulaciones de cada legislación positiva.

En efecto, ante las diferentes posiciones doctrinarias en relación con los temas de la extinción de los actos administrativos por decisión de la misma

[21] VEDEL, G.: *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Edición Española, Primera Edición, 1980, págs. 165 a 167. SCHWARTZENBERG, R.-G.: *L´autorité de chose decidée*, Bibliothèque de Droit Public, París, Tomo XCIII, 1969.

[22] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho Procesal Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, Tomo II, pág. 907 y sigs.

administración, cada legislación ha precisado sus propios criterios. Así en el derecho francés se hace referencia a la derogación, a la abrogación y a la revocación de los actos administrativos, en el derecho español el tema está regulado como la suspensión de oficio de los actos administrativos[23], en el derecho argentino se habla de la revocación[24] y, también, de la anulación de oficio del acto administrativo[25], y en Colombia se regula la revocatoria directa de los actos administrativos y sus límites, en los términos que se precisarán más adelante.

Pero cualquiera que sea la regulación específica en las legislaciones positivas, esa estabilidad que tienen los actos administrativos, encuentra su fundamento en el principio de legalidad en su manifestación formal, "...de sometimiento de la actuación de la Administración Pública, a normas procedimentales que aseguren a los administrados, un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima..."[26].

III. La estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos en el derecho colombiano

De acuerdo con lo establecido en los apartes anteriores, en Colombia está aceptado tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia que, la revocación es una forma de extinción de los actos administrativos, por decisión de la propia administración, que se aplica a los actos administrativos de carácter particular, toda vez que los de contenido general se extinguen cuando así lo decide la administración, mediante su derogación.

Igualmente se distingue de la anulación, en cuanto se considera que según quien extingue el acto administrativo, la anulación es la figura que aplican los jueces, mientras que si es la administración se hará mediante la derogación de los actos generales y mediante la revocación de los actos de contenido particular.

También está aceptado que la revocatoria de los actos administrativos procede, por razones de ilegalidad y por razones de inoportunidad e inconveniencia, con diferentes efectos, pues, si se trata de una revocación por razones de ilegalidad, sus efectos son ex tunc, mientras que si lo es por razones de inoportunidad sus efectos serán ex nunc.

[23] Sobre el tema ver BOCANEGRA SIERRA, R.: *La revisión de oficio de los actos administrativos,* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.
[24] CASSAGNE, J. C. Opus cit., pág. 359.
[25] COMADIRA, J. R.: *La anulación de oficio del Acto Administrativo, La denominada Cosa Juzgada Administrativa,* Segunda Edición Actualizada, Editorial Ciencias de la Administración División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1998.
[26] BREWER CARÍAS, A.: *Derecho Administrativo,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, Tomo I, pág. 276.

Y esa revocación de los actos administrativos particulares puede presentarse cuando se ejercen por el administrado los recursos propios de la vía gubernativa y cuando se aplica la figura de la revocatoria directa, expresamente consagrada en la legislación positiva colombiana.

A. Revocación de los actos administrativos como consecuencia de la interposición de los recursos de la vía gubernativa

De conformidad con el Código Contencioso Administrativo (Artículos 49 y 50)[27], contra los actos administrativos de contenido particular, que tengan el carácter de definitivos, proceden los recursos de la vía gubernativa, que según el mismo Código son el de *reposición* ante el mismo funcionario que profirió el acto y el de *apelación* ante el inmediato superior; en los dos recursos, con el fin de que se aclare, modifique o *revoque* el acto recurrido.

Lo anterior indica que la revocación de los actos administrativos puede tener su origen en la solicitud hecha por los interesados, para que el acto administrativo se extinga, mediante la interposición de los recursos de la vía gubernativa.

Y en estos casos, no se plantea el cuestionamiento de la estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos, por cuanto, la solicitud de revocatoria proviene de los mismos interesados en que la decisión administrativa se cambie, se modifique, o se deje sin efectos.

B. Revocación de los actos administrativos mediante la aplicación de la revocatoria directa

Adicionalmente a la posibilidad que tiene la administración de revocar actos administrativos al resolver los recursos de la vía gubernativa, desde el año de 1959 se consagró en el derecho positivo colombiano, la denominada *revocatoria directa de los actos administrativos*, figura que con algunas modificaciones se encuentra vigente y que es la que regula el tema de la estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos, por cuanto establece la facultad para la administración de revocar *de oficio* los actos administrativos y las condiciones en que puede hacerlo.

[27] Código Contencioso Administrativo. Artículo 49. No habrá recursos contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.
Artículo 50. Recursos en la vía gubernativa. Por regla general contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión para que la aclare modifique o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

1. Antecedentes

Luego de la reforma constitucional que se hizo mediante un plebiscito en el año de 1957, se expidió la Ley 19 de 1958, la cual en su artículo 1° dispuso:

> Artículo 1°. La reorganización de la administración pública, de acuerdo con las normas de la presente ley, tiene por objeto asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial, conforme a planes de desarrollo progresivo establecidos o que se establezcan por ley; la estabilidad y preparación técnica de los funcionarios y empleados; el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; la simplificación y la economía en los trámites y procedimientos; evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas, y propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo.

Y para lograr ese objetivo la misma ley concedió facultades extraordinarias al ejecutivo.

En ejercicio de dichas facultades y luego de oír el concepto de la Comisión de Reforma Administrativa, que había sido creada mediante el Decreto 517 de 1959, el Gobierno expidió el Decreto Extraordinario 2733 de 1959, en el cual se reglamentaron tres temas a saber:

- El Derecho de Petición
- El Procedimiento Gubernativo, y
- *La Revocación Directa de los Actos Administrativos.*

Dicha norma, luego de reglamentar el derecho de petición, el cual estaba consagrado en la Constitución Nacional, reguló los recursos de la vía gubernativa en términos semejantes a los ya comentados y consagró lo que para algunos es un recurso extraordinario, *la revocación directa de los actos administrativos.*

Según la Comisión Asesora del Gobierno para la reforma administrativa era necesario, para lograr la racionalización de los servicios públicos, consagrar una figura jurídica que *le permitiera a la administración enmendar de manera eficaz y oportuna los errores o agravios en que ella hubiere incurrido, sin que para lograrlo se tuviera que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.*

Según la doctrina de la época, los actos administrativos son, esencialmente, revocables y la revocación directa es un fenómeno propio del derecho administrativo, que no existe en el campo del derecho privado y menos en el campo del derecho procesal civil. Lo anterior, "...porque la misión de la

actividad administrativa no consiste en proporcionar la certidumbre de la cosa juzgada, misión de la sentencia civil, sino en conseguir un resultado, útil para el Estado, dentro de los límites del derecho”[28].

Y se consideraba, entonces, que así como los particulares tienen intereses variables a los cuales adaptan sus decisiones y su gestión, la Administración Pública debe adaptarse a las nuevas necesidades, para lo cual es posible que deba revisar sus actuaciones, toda vez que lo que en un momento determinado es válido para el interés común, puede que se torne inconveniente según las nuevas circunstancias y por ello una decisión administrativa deba dejar de producir efectos y, es que si las autoridades administrativas estuvieren definitivamente ligadas a sus decisiones, no podrían modificarlas, ni aun cuando, por las nuevas circunstancias, resultaren esas decisiones inconvenientes para el interés de la comunidad.

Con esa motivación, regularon al figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, la cual era obligatoria para la administración, cuando fuere manifiesta la oposición del acto administrativo a la Constitución Política o a la Ley; cuando el acto no estuviere conforme con el interés público o social, o atentara contra él y cuando con el acto se causare agravio injustificado a una persona, podría darse de oficio o a solicitud de parte, le correspondía revocar al mismo funcionario que expidió al acto o a su superior inmediato, podría cumplirse en cualquier tiempo, y en relación con actos ejecutoriados o que estuvieren sometidos al control de los Tribunales Administrativos, siempre que no se hubiere dictado sentencia definitiva.

Se estableció, igualmente, que ni la petición de revocación, ni la providencia que sobre ella recaiga reviviría términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

Y, por último, en el mencionado Decreto 2733 de 1959, en su artículo 24 se dispuso que si el acto administrativo había creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, la Administración no podría revocarlos sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Esta previsión tuvo como antecedente la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en dos sentencias: una de 14 de septiembre de 1937 y otra de 4 de octubre de 1940.

[28] SARRIA, E.: *Derecho Administrativo Colombiano general y especial,* 1984, Novena Edición, Colección Pequeño Foro, Dra. María Victoria Córdoba de Gómez, Bogotá, Colombia, págs. 650 y sigs.

En la primera de ellas, el Consejo de Estado había afirmado:

> Una resolución administrativa de esta naturaleza, definitiva y aclaratoria de un derecho, tiene toda la virtud suficiente para causar estado, lo que equivale a decir, que una vez dictada cesa la competencia de la autoridad que la dicta y la Administración ya no puede volver sobre sus propios actos, toda vez que estos confieren derechos a terceros. El gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal, objetiva, es decir, cuando en el campo de las relaciones jurídicas ha surgido un legítimo derecho civil garantizado constitucionalmente por el principio general de la irretroactividad de las leyes.

Y este es el primer antecedente que existe en el derecho colombiano de la regulación de la estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos.

2. Legislación Vigente

Con algunas reformas puntuales[29] que se analizarán en este punto, el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 1 de 1984, regula la figura de *la revocación directa de los actos administrativos* y dentro de ella, la facultad de la Administración de revocar actos administrativos que hayan reconocido derechos, estableciendo unos límites y requisitos, en los siguientes términos:

– La revocación de los actos administrativos es *obligatoria* para los funcionarios que los profirieron y para sus superiores. Así lo establece expresamente el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo[30], el cual dispone que dichos funcionarios "*deberán*" revocar los actos administrativos cuando se presenten las causales previstas en la misma norma, sin hacer distinción alguna.

– En cuanto a los funcionarios que deben revocar los actos administrativos, el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo precisa que, como es lógico, deben hacerlo los mismos funcionarios que los expidieron o sus inmediatos superiores.

[29] Ley 58 de 1982, Artículo 9. Decreto 1 de 1984. Artículo 73. Ley 809 de 2003. Artículo 1°.

[30] Código Contencioso Administrativo. Artículo 69. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores...
Sobre el tema puede consultarse la tesis de grado presentada en la Universidad Externado de Colombia por el Dr. J. E. SANTOS RODRÍGUEZ, titulada *Construcción Doctrinaria de la Revocación del Acto Administrativo Ilegal*, pág. 290 y sigs.

Y este ha sido un tema que ha originado el cuestionamiento sobre si es posible que autoridades diferentes, a quien profirió el acto, o a su superior inmediato deban revocar actos administrativos, cuando se presenten las causales previstas en la ley para tal efecto.

Lo anterior, por cuanto en el ejercicio de las actividades administrativas, respecto de algunos temas específicos, tienen competencias diferentes entidades, así unas son ejecutoras, otras ejercen actividades de control, algunas pueden tener funciones de coordinación u otras competencias específicas en relación con la misma materia, etc.

En otras palabras, si la jerarquía a que se refiere la norma cuando habla de la posibilidad de que la revocación la decrete el "inmediato superior", es, exclusivamente, la jerarquía orgánica o puede tratarse de la jerarquía funcional.

La jurisprudencia se ha ocupado del tema y ha optado por considerar que cuando la ley hace referencia al superior inmediato se trata de la relación de jerarquía orgánica o interna. En efecto, el Consejo de Estado, al decidir un caso específico, en relación con actos de una empresa prestadora de un servicio público domiciliario, consideró que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no podía revocarlos, y afirmó:

> En esas circunstancias, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo será aplicable únicamente en el contexto de la organización y jerarquía internas de las entidades u organismos cuyos actos se rigen por la primera parte de ese código, de allí que en lo atinente a las decisiones en comento de las empresas de servicios públicos domiciliarios se debe atender su jerarquía interna...[31].

Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ante una consulta expresa respecto de si los actos proferidos por los curadores urbanos mediante los cuales resuelven solicitudes de licencias urbanísticas, pueden ser revocados por las oficinas de planeación o los alcaldes, luego de analizar la regulación de las curadurías urbanas concluye que en relación con dichas autoridades el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo debe leerse con sentido funcional, no estructural y por lo tanto concluye que las oficinas de planeación o los alcaldes son competentes para resolver las peticiones de revocatoria directa de los actos administrativos mediante los cuales los curadores urbanos otorguen o nieguen licencias urbanísticas[32], aunque dichas curadurías urbanas no son dependencias subordinadas de las mencionadas oficinas de planeación y de las alcaldías.

[31] Sentencia de 23 de agosto de 2007. Expediente 25000232400020030004602. Actor CODENSA S.A. E.S.P. Ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

[32] Concepto N° 1643 del 2 de junio de 2005. Ministerio del Medio Ambiente. Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

En conclusión, en este tema puede afirmarse que lo normal es que los actos administrativos deben ser revocados por los mismos funcionarios que los profieren o por su superior inmediato, entendiendo por superior inmediato el superior jerárquico dentro de la entidad correspondiente.

Y, solamente, en casos especiales previstos en regulaciones específicas, en las cuales se establezcan recursos para ser ejercidos ante autoridades diferentes y se prevea, también, la procedencia de la revocación directa ante esas mismas entidades, podrá aplicarse el criterio de la jerarquía funcional.

– La revocación de los actos administrativos procede *de oficio* o *a solicitud de parte*.

– La revocación directa de los actos administrativos procede cuando estén incursos en alguna de las siguientes causales:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley;

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

– La revocación directa se aplica a los actos administrativos de contenido general y a los de contenido particular.

Pero dicha afirmación ha sido objeto de cuestionamientos por cuanto, si bien es cierto que el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, al consagrar la revocatoria directa se refiere, de manera general, a "los actos administrativos", sin hacer ninguna distinción, tal como ya se ha precisado en apartes anteriores, desde el punto de vista conceptual los actos administrativos de carácter general se extinguen por decisión de la propia administración mediante la figura de la derogación y los particulares mediante la de la revocación y, por lo tanto, estrictamente, desde el punto de vista jurídico, no debe hablarse de revocación de los actos administrativos generales[33].

Adicionalmente ha considerado la doctrina, que tan cierto es lo anterior, que la regulación de la revocatoria directa prevista en el Código Contencioso Administrativo, se refiere en su mayor parte a actos de contenido particular.

[33] SANTOFIMIO GAMBOA, J. O.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, págs. 302.

Si bien la anterior interpretación es la más ortodoxa, la jurisprudencia nacional no la ha aplicado y, por el contrario, se ha afirmado la procedencia de la revocatoria directa tanto para actos administrativos generales, como para particulares.

Así en la Sentencia T-347 de 1994, la Corte Constitucional afirmó:

> ...Cuando se trate de actos de contenido general es admisible su revocabilidad por la administración, sin ninguna limitación, mediante la invocación de las aludidas causales. ...

Luego, la Ley 809 de 2003 al establecer un límite en el tiempo, para que la administración cumpla con su obligación de revocar los actos administrativos, expresamente, se refirió a "... las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto..."

Y el Consejo de Estado, con posterioridad a la vigencia de dicha ley precisó su posición sobre el tema y afirmó que en el sistema colombiano vigente, la revocatoria directa procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, toda vez que las normas que consagran y regulan la institución no hacen distinción alguna y la misma Ley 809 de 2003, regulatoria de la oportunidad para revocar actos administrativos, así lo reconoce[34].

– La revocación directa no procede en relación con los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa. Así lo dispone, expresamente, el Artículo 70 del Código Contencioso Administrativo en una norma que tiene su origen en el Artículo 9 de la Ley 58 de 1982, mediante la cual el legislador acogió los planteamientos hechos por la doctrina y por el Consejo de Estado[35], en el sentido de que la revocación directa es un recurso extraordinario, en el sentido de excepcional, supletorio de la vía gubernativa, no puede ejercerse ni simultánea, ni, subsidiariamente, con los recursos de la vía gubernativa, y, por lo tanto, la revocatoria directa solo puede solicitarse cuando por alguna razón no se ejercieron los recursos ordinarios y se constituye en el último medio para corregir un error, evitar un agravio, una ilegalidad o inconveniencia de la administración.

[34] Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de diciembre de 2006, Expediente 10.227, Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
[35] Concepto de 14 de noviembre de 1975. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica.

- En relación con la oportunidad para solicitar y decidir la revocatoria directa de un acto administrativo, el Artículo 71 del Código Contencioso Administrativo dispone que la revocación directa puede cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no *se haya dictado auto admisorio de la demanda*.

De acuerdo con la misma redacción del mencionado artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, es claro que esta limitación prevista expresamente en la legislación positiva, es aplicable solamente para aquellos casos en los cuales la revocatoria directa es solicitada por los particulares y no cuando es declarada de oficio por la Administración en ejercicio de sus propias competencias.

Y agrega la norma que, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieren a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.

De acuerdo con dicha norma, la administración de oficio puede revocar cualquier acto administrativo en cualquier tiempo, actos en firme y no, cuestionados ante la jurisdicción o no, siempre y cuando que en éste último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

En las mismas condiciones los particulares pueden solicitar la revocación de los actos administrativos, siempre y cuando no hayan ejercido los recursos de la vía gubernativa, según la exigencia ya anotada del Artículo 70 del Código Contencioso Administrativo.

Y, por su parte, la Administración tendrá tres meses a partir de la solicitud para decidir sobre la petición de revocatoria directa de una acto administrativo.

– El Código Contencioso Administrativo, también dispone que ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revive los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni dan lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Esta norma busca evitar que a través de la revocatoria directa de los actos administrativos, exista la posibilidad indefinida para acudir a la jurisdicción administrativa en ejercicio de las acciones correspondientes, con lo cual,

además de propiciar la inestabilidad jurídica se estarían desconociendo las normas que establecen una oportunidad perentoria para su ejercicio, a través de la caducidad, también prevista en el Código Contencioso Administrativo.

– Y por último, la legislación colombiana consagra la obligación para la Administración de obtener el consentimiento expreso y escrito del particular afectado cuando se trata de revocar actos administrativos de contenido particular.

El Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, consagra una limitación para la Administración en el ejercicio de su competencia para revocar los actos administrativos, limitación que se constituye en el instrumento jurídico que asegura la estabilidad y la seguridad jurídica de los administrados.

Dice textualmente el mencionado artículo 73:

> Código Contencioso Administrativo. Artículo 73. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.
>
> Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.
>
> Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

Según dicha disposición, cuando se trate de actos administrativos que hayan creado o modificado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto o reconocido un derecho particular, es decir si se trata de un acto administrativo favorable[36], la Administración tiene la obligación de obtener el consentimiento *expreso y escrito* del respectivo titular.

Al respecto se ha considerado que son razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, consolidadas en una persona y la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, las que respaldan el principio de inmutabilidad e intangibilidad de los actos administrativos, y por ello si la Administración va a revocar un acto

[36] Sobre la distinción de actos favorables y desfavorables: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 4 de diciembre de 2006, Expediente 10227, Ponente: Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

administrativo particular debe obtener previamente el consentimiento del afectado[37].

Para ello según el Artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, la autoridad administrativa debe cumplir el procedimiento administrativo que garantice el derecho de defensa y el debido proceso del afectado. Dicho procedimiento está previsto en el mismo Código en los Artículos 28 y otros artículos concordantes, según los cuales, la Administración que pretende expedir un acto, y en este caso revocar un acto de contenido particular y concreto debe comunicar directamente al afectado y a los terceros que pudieren resultar afectados, el inicio de la actuación y el objeto de la misma.

Durante el trámite de la mencionada actuación es posible solicitar y decretar pruebas, sin que exista un término especial previsto para tal efecto; dichas pruebas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Y, habiéndole dado oportunidad al afectado y a los terceros para manifestar sus argumentos, la Administración debe resolver mediante acto motivado, de conformidad con los argumentos y pruebas allegadas, y dicho acto deberá ser notificado dando aplicación a las normas contenidas en el mismo Código Contencioso Administrativo, para tal efecto.

Ahora bien, si se trata de revocar un acto presunto resultado de un silencio positivo, la Administración además del procedimiento anterior, debe ordenar la cancelación de la escritura en la cual consta, de conformidad con lo establecido por el mismo Código Contencioso Administrativo y deberá ordenar las respectivas investigaciones penales y disciplinarias, si fuere el caso.

Adicionalmente, el mismo Artículo 73, del Código Contencioso Administrativo, a que se viene haciendo referencia, establece excepciones en relación con dicho requisito previo del consentimiento del afectado para la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular, y al efecto, prevé que habrá lugar a la revocación de dichos actos, sin el consentimiento previo del afectado, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el Artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Y, desde el punto de vista jurídico, es pertinente la consagración de dichas situaciones de excepción, pues no es posible que si el acto administrativo ha sido expedido, incurriendo en medios ilegales que originen algún vicio del mismo, que sea conocido por la Administración, se deba mantener el acto,

[37] Corte Constitucional Sentencia T-347 de 3 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

produciendo efectos jurídicos, cuando no es posible que un acto viciado pueda haber reconocido un derecho subjetivo.

En relación con las mencionadas excepciones también la jurisprudencia colombiana ha evolucionado estableciendo una interpretación, cada vez más amplia a favor de la facultad revocatoria de la administración, siempre que el acto administrativo haya sido expedido por medios ilegales o fraudulentos.

En efecto, inicialmente se consideraba que la excepción se refería, exclusivamente, a actos presuntos originados en la figura del silencio administrativo positivo, en los cuales se configuraran las causales previstas en la ley o que hubieren sido obtenidos por medios ilegales. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se pronunciaron en este sentido[38].

Pero la Corte Constitucional, en la Sentencia C-672/01, con Ponencia del Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS hizo una interpretación más amplia de la norma en comento, por considerar que la Administración puede revocar directamente actos administrativos particulares si presentan una manifiesta ilegalidad, aunque no se trate de actos originados en el silencio administrativo positivo.

Dice la Corte Constitucional en la sentencia citada:

> Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración[39], amen de tener en cuenta razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona mediante decisiones en firme[40], salvo una evidente violación del ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular.
>
> <u>En una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.</u>
>
> El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente

[38] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1° de septiembre de 1998, Expediente S-405, Actor Eliseo Gordillo Torres. Ponente Dr. Javier Díaz Bueno. Corte Constitucional. Sentencia T-336/97 Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
[39] Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
[40] Sentencia T-347/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

la aplicación de un procedimiento que permita a la Administración reunir dichos elementos de juicio.

Al respecto la Corte constata que de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular, ésta está sometida en todo caso al procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo" (Se subraya).

Por su parte el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia de 16 de julio de 2002, Expediente: 23001233100019978732 01 (IJ 029), con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, también afirmó que la interpretación del Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, al regular la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular, y establecer el requisito del consentimiento previo del afectado, al precisar las excepciones y referirse a medios ilegales, no solamente se aplica a los actos originados en el silencio administrativo positivo, sino a todos los actos administrativos ilícitos, lo cual constituye un cambio expreso de su posición jurisprudencial.

Dice el Consejo de Estado:

...
Lo cierto entonces es que tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: Una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales.

Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, **es al acto ilícito**, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley.

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para

> obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.[41].

Debe, entonces, resaltarse que la sentencia trascrita, introduce el concepto de acto ilícito, cuando se refiere a los actos obtenidos por *medios ilegales* y, afirma, que en él la expresión de voluntad nace viciada, bien por violencia, por error o por dolo, distinguiéndolo así de los *actos ilegales o inconstitucionales*.

Según lo anotado, se distingue entre los medios ilegales a través de los cuales se expide el acto y la ilegalidad del acto, por no estar ajustado al ordenamiento jurídico preestablecido, para precisar que el acto que incurre en medios ilegales es ilícito y por estar viciado en su formación, no puede obligar al Estado.

Y con fundamento en dichos planteamientos se afirma que la Administración puede revocar los actos administrativos, *expresos y tácitos*, que se puedan calificar de *ilícitos*, sin el consentimiento del afectado, cuando dicha "ilicitud" esté debidamente probada.

El anterior planteamiento jurisprudencial no ha sido aceptado unánimemente y por el contrario, se ha hecho una interpretación del mencionado Artículo 73 y de otros artículos del Código Contencioso Administrativo, para afirmar que la facultad de la administración para revocar un acto administrativo de contenido particular sin consentimiento del particular afectado, está prevista *solamente para el caso del silencio administrativo positivo,* en dos eventos, a saber: si se dan las causales del Artículo 69 o si el acto ocurrió por medios ilegales.

Es decir que no es aplicable a actos expresos como lo dijeron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las providencias mencionadas y que, además, no es posible hacer la distinción entre actos ilícitos y actos ilegales, por cuanto lleva a situaciones absurdas de que un acto ilícito sea un acto legal[42].

[41] En el mismo sentido ver Sentencia de 22 de junio de 2008 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Expediente Número 760012331000 20050180001(1646-07) Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[42] Salvamento de voto. Dr. Alier Hernández Enríquez. Sentencia de 16 de julio de 2002, Expediente: 23001233100019978732 01 (IJ 029), con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

Al revisar los textos legales a que se ha venido haciendo referencia, evidentemente, se observa que no existe claridad en sus términos, y por ello las diferentes interpretaciones a que se ha hecho referencia.

Pero es claro que resulta de una gran trascendencia, la interpretación hecha por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que indica que la Administración puede revocar sus actos de contenido particular, sin el consentimiento del afectado, si está debidamente probado que se incurrió en un vicio, que lo convierte en ilícito, lo cual indica que no debe permanecer vigente, porque además, tampoco puede haber generado un derecho particular y concreto que deba garantizarse y respetarse[43].

Finalmente, según lo dispone el último inciso del Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, también puede la Administración, siempre, revocar parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho *que no incidan en el sentido de la decisión*.

Respecto de esta norma debe mencionarse que el error que permite a la Administración revocar un acto administrativo de contenido particular, sin contar con el consentimiento del afectado, debe ser aquel que tal como lo dice la norma, no incide en el sentido de la decisión, por ello el Consejo de Estado ha considerado que no es suficiente que la Administración afirme que la decisión administrativa que pretende revocar fue proferida por su error, para que no se requiera el consentimiento del afectado, si al invocarlo y revocar el acto, cambia la decisión jurídica en él contenida[44].

En cuanto a la posibilidad del administrado afectado, de obtener una indemnización por los perjuicios originados en la decisión de la Administración de revocar un acto administrativo que lo beneficia, es pertinente anotar que la legislación colombiana prevé para el caso del beneficiario de un silencio que hubiere obrado de buena fe, el derecho a solicitar esa reparación del daño ante la jurisdicción administrativa, si el acto presunto se revoca. Así lo dispone, expresamente el Artículo 74, Inciso Segundo del Código Contencioso Administrativo que dice, textualmente, en el aparte pertinente:

[43] Sobre el tema de "La Revocación de los Actos Administrativos Ilícitos", puede consultarse la Ponencia presentada con ese título por el Dr. L. RODRÍGUEZ, en el Primer Congreso Mundial de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México en febrero de 2004.

[44] Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 3 de agosto de 2000, Expediente 1137-99. Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

> ...El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir la reparación del daño ante la jurisdicción en los contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.

Ahora bien, si el administrado no otorga el consentimiento, la Administración no puede revocar los actos administrativos que reconocen derechos particulares, si no se configura alguna de las excepciones ya comentadas, y por lo tanto, deberá ejercer la acción contra dicho acto ante la jurisdicción administrativa, la denominada en la doctrina, acción de lesividad, que en el derecho colombiano está reconocida en la legislación vigente, cuando al establecer el término de caducidad para acudir a la citada jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dispone que la Administración tiene un término de 2 años para demandar sus propios actos (Artículo 136, Numeral 7 del Código Contencioso Administrativo).

3. La revocatoria de actos administrativos según algunas regulaciones especiales

Si bien la regulación que se ha analizado en el aparte anterior, es aplicable de manera general a los actos administrativos, el tema de la extinción de los actos administrativos por decisión de la administración ha sido objeto en el derecho colombiano, de regulación en normas especiales, a saber:

En materia contractual, la Ley 80 de 1993, en el parágrafo del Artículo 68, dispone que los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Lo anterior significa una excepción a la norma general ya mencionada prevista en el Código Contencioso Administrativo, Artículo 71, según el cual el límite para dicha revocatoria es que no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

El legislador el año 1993, estableció esta figura especial de la revocación de los actos contractuales, como un mecanismo para solucionar controversias contractuales y por ello lo incluyó en el Capítulo VIII de la mencionada Ley 80 de 1993, sobre utilización de mecanismos de solución directa de dichas controversias.

En materia disciplinaria, el Código Único Disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002, regula, en su Capítulo IV, la Revocatoria Directa de los “fallos sancionatorios”.

Dicha regulación, en buena parte coincide con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, ya analizado. Y trae las siguientes disposiciones especiales:

En relación con las causales que puede invocar la autoridad competente para revocar dichos actos administrativos, (aunque se denominan fallos), la ley dispone que los fallos disciplinarios son revocables si se presenta alguna de las siguientes causales: porque infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deban fundarse o porque vulneren o amenacen manifiestamente derechos fundamentales.

Se agrega, de manera expresa, esta última causal de violación, por vulneración o amenaza, de derechos fundamentales

Los mencionados fallos disciplinarios pueden ser revocados, de oficio por el funcionario que profirió el fallo sancionatorio o por su superior funcional, o puede ser solicitada por el interesado, o por el Procurador General de la Nación (Artículo 122, Ley 734 de 2002).

La solicitud de revocatoria del acto sancionatorio es procedente aun cuando el sancionado haya acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. Si se hubiere proferido sentencia definitiva podrá solicitarse la revocatoria del acto sancionatorio por una causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional (Artículo 125, Ley 734 de 2002).

En materia de Conciliación, el Artículo 62 de la Ley 23 de 1993, mediante la cual se establecieron mecanismos de descongestión judicial, se reguló la conciliación en materia contencioso administrativa, y dispuso que:

> Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultaré necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el Acta de Conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Dicha norma fue modificada por el Artículo 71 de la Ley 446 de 1998, también reguladora de la descongestión judicial, en los siguientes términos:

Artículo 71: Revocatoria Directa. El Artículo 62 de la Ley 23 de 1991, quedará así: Cuando medie acto administrativo de carácter particular podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una

vez aprobada la conciliación se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.

En esta norma especial se establece entonces la aplicación de la revocatoria directa, la cual se entiende ocurrida cuando ha habido un acuerdo conciliatorio respecto de los efectos económicos de un acto administrativo de contenido particular, caso en el cual se aplican las mismas causales previstas en el Código Contencioso Administrativo para la revocatoria directa de los actos administrativos, de manera general.

IV. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en los apartes anteriores pueden precisarse las siguientes conclusiones:

– La doctrina y la jurisprudencia aceptan la revocación de los actos administrativos como mecanismo de extinción de los actos administrativos particulares, por decisión de la propia administración, con lo cual los diferencia de la derogación aplicable a los actos administrativos generales y de la anulación que es la extinción de los actos administrativos por decisión judicial.

– La legislación positiva colombiana regula la revocación de los actos administrativos como consecuencia del ejercicio de los recursos de la vía gubernativa y, además, consagra la revocación directa de dichos actos.

– La revocación directa de los actos administrativos está consagrada como una obligación de la Administración cuando se presentan las causales previstas en la ley y es aplicable a todos los actos administrativos, ya se traten de actos generales o particulares, ya sea de oficio o a petición de parte.

– Así como la regulación de la revocatoria directa de los actos administrativos otorga a la Administración la facultad para la revocación de oficio de los actos administrativos, igualmente, establece los límites a esa competencia de la administración y su obligación de cumplir un procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo para tal efecto.

– En el derecho colombiano, el Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo establece, como requisito indispensable para la revocación de un acto administrativo que ha reconocido derechos individuales o creado una situación jurídica individual, el consentimiento previo, expreso y escrito del titular. Y esta previsión, constituye sin lugar a dudas una garantía para los administrados quienes así, tienen seguridad jurídica en sus derechos, los cuales no están al libre arbitrio de la administración.

– Las únicas excepciones a la exigencia anterior, de acuerdo con la jurisprudencia, son la revocación de actos ilícitos o de actos presuntos originados en el silencio administrativo positivo cuando se configuren las causales previstas en el ordenamiento jurídico, casos en los cuales no se requiere el mencionado consentimiento del afectado.

ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE JURIDICIDAD

José Luis Benavides

La presunción de juridicidad constituye un elemento esencial del acto administrativo. Precisada su noción como la manifestación de la voluntad unilateral de la administración con capacidad de generar efectos jurídicos, incluso en sujetos distintos de ella, el acto administrativo se presume respetuoso del ordenamiento jurídico al que está sujeto. La administración y los particulares investidos de funciones administrativas tienen el enorme privilegio de proferir actos que afectan a terceros, sin fundarse en el acuerdo de voluntades que caracteriza las relaciones contractuales entre particulares. Aunque el acto administrativo incluye la participación de sus destinatarios, cuando se originan en procedimientos administrativos a iniciativa o con participación de terceros, la imposición de la voluntad administrativa constituye su esencia.

Esta fuerza del acto administrativo, debe estar legitimada en el respeto del ordenamiento jurídico al que está sujeta la administración. Como manifestación del principio de legalidad, las autoridades deben fundar su actuación en la competencia específica definida por el derecho y orientar sus decisiones hacia los fines de interés general, igualmente definidos por el derecho. Estos fundamentos democráticos que legitiman las prerrogativas otorgadas a las autoridades administrativas, cuyo control efectivo ha marcado la evolución del derecho administrativo, no pueden ser apreciados en su amplitud sin la conciencia del peso de la presunción de juridicidad.

En efecto, todo acto administrativo goza del privilegio de considerarse ajustado a derecho[1]. El Consejo de Estado nos recuerda las distintas acepciones de este atributo esencial, como sinónimo de *presunción de validez*, *presunción de justicia* y *presunción de legitimidad*[2]. Por consiguiente, no es sino en una segunda etapa, y en consideración justamente de este privilegio, que se puede verificar la correspondencia de este *deber ser* con la realidad. "La presunción de legalidad, torna en demandante a quien quiere controvertir los actos", nos recuerda el profesor JAIME VIDAL[3].

[1] La Corte Constitucional reconoce esta condición, independientemente de la naturaleza de las entidades públicas, centrales o descentralizadas, al origen del acto (sent. C-127/02), a lo que podemos adicionar incluso particulares, cuando ejercen funciones administrativas.
[2] C.E., sec. II, sent. febrero 17 de 1994, exp. 6264.
[3] VIDAL, J.: *Derecho Administrativo*, 11 ed, Temis, Bogotá, 1997, pág. 155.

Apreciar el alcance concreto de la presunción de juridicidad exige analizar sus consecuencias en el administrativo mismo. Pero las prerrogativas de la administración, fruto de la presunción de juridicidad, se han restringido de manera importante por la evolución del derecho administrativo, particularmente marcada por la influencia del derecho constitucional. Por ello es necesario también analizar el alcance de estas restricciones sobre la presunción de juridicidad, aunque debamos dejar de lado la evolución del contencioso administrativo de nulidad de los actos, como mecanismo de control objetivo de la juridicidad real de estos últimos y contrapeso de la presunción de legalidad, que no será abordado en este estudio.

I. Consecuencias de la presunción de juricidad

La presunción está a la base de dos condiciones esenciales del acto administrativo: su ejecutoriedad y ejecutividad, que fundamentan las posibilidades de efectividad del acto, incluso contra la administración.

A. La presunción como fundamento de la ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo

La legalidad presunta de los actos administrativos fundamenta dos de sus características esenciales que permiten apreciar la fuerza y el privilegio particular de la decisión administrativa como fuente de derecho. La presunción hace inmediatamente obligatoria la decisión, razón por la cual el derecho ofrece medios para ejecutarla. Pero estas características esenciales del acto administrativo no necesariamente coexisten simultáneamente.

1. La presunción hace obligatoria la decisión

El profesor LIBARDO RODRÍGUEZ vincula directamente la presunción al carácter obligatorio de la decisión[4], lo que obliga a sus destinatarios a demandar su anulación, en caso de inconformidad, probando su ilicitud en un proceso contencioso administrativo.

1.1 Los privilegios de la decisión previa: ejecutoriedad y ejecutividad

El acto administrativo cambia el ordenamiento jurídico sin intervención del juez. Es un primer efecto de la presunción de legalidad. La certeza jurídica del acto existe antes de cualquier verificación judicial sobre su conformidad con el derecho[5]. Los maestros GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ explican que

[4] RODRÍGUEZ, L.: *Derecho administrativo general y colombiano*, 16 ed., Ed. Temis, Bogotá, 2008, pág. 312.
[5] RIVERO, J.: *Droit administratif*, 13 ed., Dalloz, Paris, 1990, pág. 130.

> La doctrina francesa habla por ello, expresivamente, de un *privilege du préaleable*, privilegio de decidir previamente a toda intervención del juez, en el doble sentido de que para ser obligatoria la decisión administrativa no precisa el previo control judicial y de que ese control sólo es posible cuando la Administración previamente ha decidido de manera ejecutoria[6].

Este carácter ejecutorio del acto se pone de presente en la denominación de *autotutela administrativa* de la doctrina española, utilizada por nuestra jurisprudencia, entre otros eventos, con relación a los poderes de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento de sus contratistas[7].

El Consejo de Estado ha considerado que la presunción existe desde su adopción, "aún cuando no esté en firme"[8], pero la presunción no se extiende a la ejecución del acto, ni a los actos materiales de la administración, entendidos como los hechos involuntarios de la administración, o aquellos que, siendo voluntarios, no persiguen la producción de efectos jurídicos[9].

> La presunción o prerrogativa de legalidad que ostenta todo acto administrativo hace vocación [sic] a sus elementos, valga decir, al sujeto, a la competencia, al objeto, a la forma del mismo, pero no a su realización u operatividad ejecutoria, dado que ésta no es una propiedad esencial suya ni una cualidad inseparable; es algo inductivo y contingente, porque sólo se logra a través de los medios que haya instituido la ley como coadyuvante de su eficacia, cuales son la notificación, la publicación y otros semejantes[10].

Este referente temporal sobre el nacimiento de la presunción es importante, por cuanto, como lo veremos más adelante, la jurisprudencia analiza la legalidad específica del acto, su conformidad con el derecho, al momento de su expedición[11].

---

[6] GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, edit. Civitas, 1993, 4ª ed., págs. 476, 477.
[7] C.E., sec. III, sent. mayo 24 de 2001, exp. 13498
[8] C.E., Sec. IV, sent. septiembre 5 de 1997, exp. 8427
[9] VIDAL: *ob.cit.*, pág. 155
[10] C.E. sec. II, sent. febrero 23 de 1993, exp. 4489. En igual sentido C.C., sent. C-069/95: "La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984 [CCA], cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos".
[11] C.E. Sala Plena, sent., agosto 1º de 2000, exp. S-306: "... tratándose de la acción de nulidad, el examen o confrontación con el ordenamiento jurídico superior ha de ser efectuado al momento en que el acto fue expedido".

No obstante, si la presunción de legalidad del acto justifica el que la administración pueda ejecutarlo de inmediato, presunción de legalidad y ejecutividad del acto no son sinónimos. Para que la Administración pueda ejecutar sus actos, éstos deben estar en firme, lo que exige que previamente haya sido notificados y haber agotado la vía gubernativa, cuando es un acto de carácter particular o publicado, cuando es un acto general (CCA, art. 43 - 63). Los actos administrativos que queden en firme, prescribe el CCA 64, "serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento". Este efecto ejecutivo del acto administrativo complementa entonces, naturalmente, su efecto ejecutorio que hemos visto.

1.2 La legalidad de la decisión no puede ser contestada, salvo por el juez especializado

La ejecutividad del acto administrativo implica la transformación efectiva del ordenamiento jurídico, por consiguiente su fuerza obligatoria es inmediata y los destinatarios del acto no la pueden desconocer.

"Todos los actos administrativos, salvo aquéllos a que expresamente la Ley se lo niegue, son ejecutorios, nos explican los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad"[12]. Nuestro Código Contencioso Administrativo prescribe esta condición esencial del acto administrativo, cuando en su artículo 66 establece cláramente su obligatoriedad, mientras no haya sido suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa, como lo ha ratificado expresamente la Corte Constitucional[13].

La misma Corporación ha explicado incluso el fundamento constitucional de la fuerza vinculante de los actos administrativos (ejecutoriedad), consecuencia de la presuncíon de legalidad: Si el artículo 238 de la Carta establece la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, ello "significa *a contrario sensu* que mientras no se suspendan los efectos de los actos administrativos, son plenamente válidos. [...][14] La Constitución de 1991, en su artículo 238 le dio piso constitucional a los efectos ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos"[15]. Además, la Corte Considera como

[12] GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, edit. Civitas, 1993. 4ª ed., Págs. 672-673.
[13] C.C., sent. C-069/95.
[14] C.N. artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.
[15] C.C., sent. T-445/94. Citada como fundamento de las sentencias C-666/00; T-628/08.

"exclusiva y excluyente" la competencia de la jurisdicción administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos y, por consiguiente, para desvirtuar su presunción de legalidad, lo que le ha permitido afirmar la imposibilidad de arbitrajes sobre la legalidad de los actos contractuales[16].

En estas condiciones, el acto administrativo, aunque esté viciado por errores fundamentales, no puede ser desconocido y sigue siendo vinculante, hasta que sea anulado o suspendido. Es justamente su enorme privilegio. El Consejo de Estado ha considerado incluso que la ausencia de competencia, más allá de sus irregularidades, no desvirtúa la presunción de legalidad. "Los actos administrativos expedidos por los funcionarios de hecho son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, pues se considera como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho". Así, aunque la declaratoria de nulidad de la elección de la mesa directiva de una asamblea departamental transformó a sus integrantes en funcionarios de hecho, sus actos fueron considerados válidos, por cuanto se ejercieron funciones "en la misma forma y apariencia como si las hubiera desempeñado una mesa directiva elegida regularmente y porque para la opinión general del departamento se creía razonablemente, antes de que se produjera la declaratoria de nulidad, que se trataba de funcionarios elegidos válidamente"[17].

Esta formidable fuerza de la presunción permite interrogarse sobre su alcance, con relación a la amplitud de la irregularidad. En este sentido, la jurisprudencia administrativa se ha preguntado recientemente sobre la validez de la presunción en los actos tan irregulares, que podrían considerarse inexistentes, o nulos de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento legal, por cuanto constituyen solo una "apariencia de derecho"[18]. El profesor VIDAL resalta la consagración de esta posibilidad en el derecho francés, aunque de manera restringida, pero considera que la acción pública de nulidad, no sujeta a caducidad, propia de nuestro derecho y ajena al francés, no justifica la figura entre nosotros[19]. Por el contrario, la Corte Constitucional, luego de citar esta doctrina, considera que podría aplicarse en nuestro sistema frente a "la falta de un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto"[20]. En este sentido, recuerda una sentencia del Consejo de Estado de 1983 en la que consideró que el acto inexistente "es emitido sin *sombra de competencia*, es de tal modo nulo que carece de fuerza ejecutoria,

[16] Si la Constitución otorga de manera exclusiva a la jurisdicción administrativa la competencia para supender la ejecución de los actos adminsitrativos, "con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más" (C.C. sent. C-1436/00. En igual sentido, SU174-07).
[17] C.E., sec. I, sent. septiembre 26 de 1991, exp. 1453.
[18] C.E. sec. III, sent. diciembre 3 de 2007, exp. 16503
[19] VIDAL: *ob.cit*. págs. 336-338.
[20] C.C. sent. C-069/95.

y ni siquiera puede reconocérsele la presunción de legalidad que en principio los doctrinantes atribuyen a todo acto administrativo"[21].

No obstante, la jurisprudencia actual del Consejo de Estado resalta que nuestro derecho positivo no distingue nulidad de anulabilidad. El CCA art. 66, obliga al cumplimiento de todos los actos mientras no hayan sido anulados o suspendidos[22]. Solo de manera excepcional, el estatuto contractual prescribe que las disposiciones del pliego de condiciones que sean contrarias a los requisitos esenciales fijados por la ley serán *ineficaces de pleno derecho*[23]. Volveremos sobre esta disposición en la segunda parte, cuando no ocupemos de la excepción de ilegalidad.

1.3 Carga de la prueba que desvirtúe la presunción

Si la presunción parte del supuesto de perfección del acto, corresponde al actor demostrar que ello no es así. La presunción de legalidad materializa la dimensión específica y exigente de justicia rogada que caracteriza el contencioso administrativo de nulidad, que impone al demandante "señalar con toda precisión la norma violatoria y su concepto de violación, para que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa y el juez, dentro del marco constitucional y legal, ejerza el control correspondiente"[24], por lo que el actor no puede

> esperar que el Juez se dedique a suplir las deficiencias del libelo en este sentido, especialmente las que no son del orden constitucional. Al pretender la nulidad de un acto administrativo, es necesario citar las normas que estima como vulneradas, pues estas son fundamento de sus pretensiones y le demarca la decisión al fallador, es sobre ello que versa la contención, en la medida en que el examen de las normas que consagran los derechos invocados es lo que determina si en efecto éstos fueron quebrantados[25].

Esta misma razón hace que la jurisprudencia no admita "acusaciones genéricas en el desarrollo del concepto de violación, pues aquellas no tienen la virtud

[21] C.E. sec. I. sent. febrero 15 de 1983, citado de la Corte.
[22] C.E. sec. III, sent. diciembre 3 de 2007, citada.
[23] Ley 80 de 1993, art. 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: [...] Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.
[24] C.E. sec. II.B. sent. marzo 23 de 2006, exp. 4164-04. En igual sentido: C.E. sec. III, sent. julio 3 de 1992, exp. 5711. El CCA. art. 137, prescribe literalmente: CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: [...]
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
[25] C.E. sent. marzo 23 de 2006 citada.

de enervar la presunción de legalidad[26].La carga de la prueba en cabeza del demandante cubre, entonces, un análisis jurídico tanto de los hechos como del derecho, que lo lleve a demostrar el vicio particular que pueda tener el acto. Las dudas se resolverán a favor de la legalidad del acto.

El significado concreto de esta carga dependerá además del tipo de acto que se impugna. Mientras que la anulación de un acto reglado remite al actor a la norma que establece las condiciones y requisitos específicos que debe tener la administración para adoptarlo, en un acto discrecional el vicio será más teleológico, en la medida en que el demandante debe probar que la libertad de apreciación que tenía la administración para adoptar la decisión demandada estuvo indebidamente utilizada al perseguir fines distintos de los que justifican su autonomía de valoración de situaciones (desviación de poder), que se fundó en erradas valoraciones fácticas (falsa motivación) o que fue desproporcionada frente a las circunstancias (abuso de poder).

Las desvinculaciones de funcionarios de libre nombramiento y remoción son ejemplo de esta dificultad, en la medida en que, al no existir una obligación de motivación por el nominador, el actor debe probar que su fundamento o finalidad no estuvieron inspirados en el buen funcionamiento de la administración, que "el retiro no se dio por razones del servicio"[27]. "El juzgamiento de la arbitrariedad del nominador en el ejercicio de su facultad discrecional, no se concreta en saber si debió o no adelantar acción disciplinaria respecto del declarado insubsistente, sino en determinar si ese poder de remoción no se utilizó en forma legal o arbitraria, y esta carga corresponde al actor"[28], salvo que la persona esté protegida con un estatuto especial, como sucede con las mujeres embarazadas, caso en el cual la jurisprudencia considera, como excepción a la regla general, que existe una presunción de ilegalidad en su desvinculación[29].

Por otro lado, la presunción también cubre la realidad de los hechos y su correcta apreciación, como fundamentos de la decisión. Así, un armador que pudo demostrar la ausencia de nexo causal entre los residuos arrojados al mar por su empresa y la muerte de unos peces, obtuvo la anulación jurisdiccional de la multa que le había impuesto la autoridad ambiental, por cuanto la falsa motivación desvirtuaba la presunción de legalidad, pese al respeto de otras normas de competencia y procedimiento administrativo[30].

[26] C.E. sec. III, sent. marzo 1º de 2006, exp. 15471.
[27] C.E. sec. II.B., sent. mayo 17 de 2007, exp. 0990-05
[28] C.E. sec. II.B., sent. julio 25 de 1996, exp 7909. En igual sentido, sec. II, octubre 8 de 1984, exp. 7610; sec. II, sent. marzo 26 de 1992, exp. 3707; sec. II, sent. febrero 17 de 1994, exp. 6264; sec II, sent. noviembre 14 de 1996, exp. 1996; sec. II.A., sent. febrero 17 de 2005, exp. 1013-04; sec. II.B, sent. agosto 3 de 2006, exp. 0589-05; sec. II, sent. octubre 19 de 2006, exp. 3934-05.
[29] C.E. Sala Plena. Sent del 28 de agosto de 1996. Exp. S-638.
[30] C.E., sec. I, sent. enero 23 de 1085, exp. 4369.

Por el contrario, la presunción de legalidad de la aprobación de un sindicato de trabajadores oficiales no fue desvirtuada por el municipio que demandó el respectivo acto del Ministerio del Trabajo, dado que la lista de miembros aportada al proceso, que incluía funcionarios públicos, era posterior a la fecha de aprobación. El Consejo de Estado consideró que la inscripción de funcionarios en el sindicato de trabajadores oficiales podría ser irregular, pero, no habiendo sido establecido este hecho al momento de creación del sindicato, el acto de su aprobación no podía considerarse viciado de nulidad[31].

La carga de la prueba juega, entonces, a favor de la legalidad del acto. Así, en un proceso en el que el material probatorio

> no arroj[ó] certeza alguna sobre si se cumplieron o no los requisitos consagrados en la legislación vigente para efectos de la expedición del permiso de explotación de recursos naturales renovables de que trata la Ley 99 de 1993, es de entender que la presunción de legalidad o validez de que está revestida la resolución demandada queda incólume[32].

Desde otra perspectiva, la presunción de legalidad se refleja en el soporte eminentemente jurídico del acto. El actor debe, por ello, demostrar la falta o el errado fundamento de la decisión demandada. Además, la irregularidad debe ser trascendente para afectar la decisión. Por ello, el incumplimiento de los términos, expresamente señalados por un decreto para el trámite de una licencia minera, no fue considerado suficientemente significativo para anularla, por cuanto "el carácter de dichos términos no es preclusivo o perentorio, dado que por la naturaleza misma de la materia a que se refiere, pueden presentarse circunstancias de distinto orden físico y técnico, que no permiten someterse rígidamente a los plazos señalados en las normas aludidas"[33].

2. El decaimiento del acto administrativo no desvirtúa la presunción de legalidad

Definido el alcance material de la presunción de legalidad, es necesario definir su alcance temporal. Bien es cierto que el carácter ejecutorio de los actos se fundamenta en su presunción de legalidad, por lo que al desvirtuarse ésta, los actos dejan de ser obligatorios y no pueden ejecutarse. Y en la medida en que la presunción de legalidad, en principio, tan sólo es desvirtuada por la jurisdicción especializada, "los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo" (CCA, art. 66). Sin embargo, existen eventos en los que los actos dejan de ser ejecutorios, sin que ello implique que se ha desvirtuado su

[31] C.E., sec. II, sent. octubre 6 de 1992, exp. 4018.
[32] C.E., sec. I. marzo 5 de 1998, exp. 3499.
[33] C.E., sec. III, sent. abril 28 de 1995, exp. 8557.

presunción de legalidad. Es lo que se conoce como el "decaimiento de los actos administrativos" por la pérdida de su fuerza ejecutoria. El mismo artículo 66 del CCA enuncia los distintos eventos de esta situación, que permiten determinar el momento a partir del cual debe considerarse que el acto no puede ejecutarse más.

En primer lugar, el acto puede dejar de ser ejecutorio porque la jurisdicción administrativa ha declarado su "suspensión provisional". Esta medida, sobre la que volveremos al exponer las restricciones a la presunción de juridicidad, constituye una medida cautelar válida frente a la gran sospecha de ilicitud del acto demandado. El juez la declara al admitir la demanda, cuando de ésta se desprende la alta probabilidad de ilegalidad del acto. Sin embargo, como ello constituye un "prejuicio", en sentido estricto, la medida comporta la suspensión de sus efectos, sin que ello implique la anulación del acto, que sólo será decidida en la sentencia, después del debate jurídico y probatorio que permita desvirtuar o no la presunción de legalidad.

En segundo lugar, los actos pierden su fuerza ejecutoria "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho" (CCA, art. 66.2). El Consejo de Estado explica la causal en razón de circunstancias sobrevinientes como

> a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal [...]; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular[34]; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta[35].

El tercer caso, sanciona la inactividad de la administración cuando, al cabo de 5 años de firmeza del acto, no ha realizado los actos necesarios para su ejecución (CCA, art. 66.3). El legislador concibe así que la prerrogativa de la administración de imponer una decisión a terceros debe tener un límite temporal para su efectiva aplicación.

En cuanto a los numerales 4 y 5 del artículo 66 del CCA, ellos tienen en cuenta los plazos específicamente establecidos por los actos mismos. El primero, por cuanto la ejecutoriedad del acto está ligada a la permanencia de una condición, sin la cual el acto no tiene fundamento (condición resolutoria). En el segundo, el acto establece un término concreto de su vigencia.

[34] Veremos sin embargo, que la jurisprudencia actual considera que el efecto retroactivo de la anulación de los actos generales afecta la validez de los actos particulares derivados, desde el momento de la firmeza de éstos y no desde el momento en que se anula el acto general en el que se fundamentan.

[35] C.E. sec. I, sent. agosto 1º de 1991.

La Corte Constitucional explica que en todos estos eventos de pérdida de ejecutoria no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ello, no exigen una declaración judicial, salvo en el caso de la suspensión provisional. La administración puede y debe considerar, entonces, que el advenimiento de estos eventos le impide ejecutar el acto concernido, en aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209)[36] .

El decaimiento del acto, como lo sugiere esta expresión, tiene un efecto temporal hacia el futuro (*ex nunc*) y no retroactivo (*ex tunc*), como ocurre con su anulación por el juez administrativo, lo que plantea el interrogante sobre los efectos pasados del acto, esto es, antes de su decaimiento. La jurisprudencia explica de manera uniforme y reiterada que la pérdida de ejecutoria no implica la ilegalidad del acto. La presunción de legalidad sigue intacta, no solamente antes del decaimiento del acto, sino también después. El decaimiento no afecta entonces las situaciones generadas durante el tiempo en que el acto fue ejecutorio; por ello, el Consejo de Estado considera necesaria la declaración de nulidad expresa por parte de la jurisdicción administrativa, incluso cuando la administración deroga sus actos por considerarlos ilegales. Pero, en estos eventos, como lo veremos en la segunda parte de este estudio, es necesario distinguir la situación de los actos de carácter general, de los de carácter particular.

Esta concepción no fue formulada desde siempre por el Consejo de Estado. En oportunidades, la Corporación consideró que, en la medida en que el propósito de la acción de la acción de nulidad, como contencioso objetivo, es mantener la legalidad afectada por el acto enjuiciado, no se justifica pronunciarse sobre un acto ya derogado, "en razón de que hay sustracción de materia, y la sentencia carecería de objeto práctico", lo que no sucede en el caso de acción subjetiva de nulidad y restablecimiento, cuando el acto acusado ha causado perjuicios, en donde "debe fallarse la controversia para efectos de la reparación"[37].

Sin embargo, en otros eventos[38] y por jurisprudencia de principio de Sala Plena[39], el Consejo de Estado ha explicado que no debe confundirse *la vigencia*

[36] C.C. sent. C-069/95.

[37] C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. julio 11 de 1962, exp. 929. En el mismo sentido: sec. Febrero 14 de 1979, exp. 994; Sala Plena, marzo 13 de 1979, exp. 518; sec II, julio 12 1988, exp. 387-70861; sec. I, octubre 12 de 1989, exp. (sin número), actor. *Enrique Márquez Díaz*; sec I, noviembre 24 de 1989, exp. 1062.

[38] C.E. sec IV, agosto 17 de 1984, exp. 9524; sec. I, julio 9 de 1987, exp. E-1 02 y más antiguamente, sec. I, octubre 11 de 1968, exp. (sin número), actor: *Jorge Orduz Ardila*.

[39] C.E. Sala Plena, sent enero 14 de 1991, exp. S-157. En el mismo sentido, sec. I, sent. abril 30 de 1993, exp. 2123; sec IV, abril 22 de 1994, exp. 5139; marzo 29 de 1996, exp. 7277; sec. I, sent febrero 16 de 2001, exp. 3531; sec. I, sent. marzo 7 de 2002, exp. 6344-6373-6420; sec. IV, sent.

Cont.

de una disposición con la legalidad de la misma. "La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio,* restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad"[40]. Así, el pronunciamiento específico sobre la legalidad del acto es necesario. El Consejo de Estado considera que "de lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo"[41].

En realidad, la legalidad sí podría controvertirse, por cuanto, como hemos visto, el análisis de legalidad se realiza con relación a la normatividad vigente al momento de su expedición[42]. Por ello, el Consejo de Estado consideró ajustada a derecho la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria a una entidad financiera por un desencaje bancario que superaba los topes establecidos por una resolución del Banco de la República, que luego fue derogada, por cuanto, en el momento de la sanción, la resolución que sirvió de fundamento estaba vigente[43]. Esta misma lógica permitió al Consejo de Estado, por el contrario, anular un decreto nacional que autorizaba a Telecom la suscripción de contratos de asociación (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de telecomunicaciones, al carecer de soporte legal en el momento de su expedición, desechando los argumentos del Gobierno, quien alegaba que en el momento de la sentencia los motivos de ilegalidad del acto estaban saneados con la expedición de normas de alcance legal posteriores al decreto demandado[44].

Con todo, los efectos *ab-inicio* de la derogatoria de actos generales, reseñados por el Consejo de Estado, no son absolutos, en la medida en que la jurisprudencia protege las situaciones individuales consolidadas, pese a la nulidad del acto en que se fundamentan, lo que significa una preservación parcial de su presunción de legalidad.

> En la declaratoria de nulidad los efectos son ex tunc, esto es, que se remontan hasta el momento de expedición del acto anulado, lo que da lugar a que se

mayo 5 de 2003, exp. 13080; sec. I, sent. marzo 27 de 2003, exp. 7095; secc. IV, sent. noviembre 9 de 2006, exp. 14711; sec IV, sent, mayo 10 de 2007, exp. 14385 ; sec. IV, sent. mayo 24 de 2007, exp. 15397.

[40] C.E. Sala Plena, sent enero 14 de 1991, exp. S-157. En igual sentido, sec. I, sent. Abril 30 de 1993, exp. 2123; sec. IV, sent. marzo 29 de 1996, exp. 7277; sec. IV, sent. abril 28 de 2000, exp. 9530 ; sec. I, sent febrero 16 de 2001, exp. 3531 y sec. IV, sent. mayo 5 de 2003, exp. 13080.

[41] C.E. Sala Plena, sent enero 14 de 1991, citada.

[42] C.E. sec. I, sent. marzo 7 de 2002, exp. 6344-6373-6420; sec. I, sent. marzo 7 de 2002, exp. 6344-6373-6420;

[43] C.C. sec. IV, sent. marzo 8 de 1991, exp. 1112 ; sec. IV, sent. julio 15 de 2004, exp. 13088.

[44] C.E. sec. I, sent. abril 30 de 1993, exp. 2123.

> afecten situaciones particulares que se produjeron durante su vigencia y que no estén consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa[45].

Además, en algunos casos excepcionales, expresamente identificados por el legislador, la anulación tiene sólo efectos futuros. Tal es el caso de los actos y contratos relacionados con servicios públicos, sobre los cuáles prescribe el art. 38 de la ley 142 de 1994 que su anulación judicial "solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe"[46].

En fin, en cuanto a los fallos referidos a la exequibilidad constitucional, la ley estatutaria de la administración de justicia establece que las sentencias de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro. Explicando este principio, la Corte pone de presente el que "la inexequibilidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución, para lo cual se requiere que el operador jurídico facultado para ello constate la existencia de esa irregularidad"[47]. Por su parte, el Consejo de Estado ha resaltado "que la declaratoria de inexequibilidad de la norma en que se fundamenta el acto administrativo, no produce la nulidad de este último sino la pérdida de su ejecutoria"[48], aunque la misma Corporación ha considerado en ocasiones que los actos contrarios a la Carta son nulos, aún antes de la declaratoria de inexequibilidad por la Corte, en virtud de la vigencia inmediata de la Constitución de 1991 que generó inconstitucionalidades sobrevinientes[49], o en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad[50].

---

[45] C.E. sec. IV, sent. mayo 5 de 2003, exp. 13080. En el mismo sentido, sec. I. sent. marzo 9 de 1989, exp. 112; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre 21 de 1989; sec.IV, sent. octubre 12 de 1990. Exp. 1846; Sala Plena, sent. noviembre 28 de 1989, exp. A-051.

[46] C.E. sec. I, sent. agosto 16 de 2001, exp. 6315..

[47] C.E. sent. C-619/03. En igual sentido, C-005/96 (modificación del Código Contencioso Administrativo; C017/96 (sanción disciplinaria impuesta por procurador delegado); C-870A/99, ratificada por C-921/99 (inexequibilidad de decreto); C-155/03 (contribución de valorización).

[48] C.E., sec. I, sent. mazo 7 de 2002, exp. 6344-6373-6420.

[49] C.E., sec. I, sent. marzo 19 de 1998, exp. 4764 "Al expedirse la nueva Carta Política, la cual entró a regir el 7 de julio de 1.991, el acto administrativo acusado entró en abierta contradicción con el precepto superior antes transcrito ya que éste es diáfano en prohibir que los diputados puedan hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio, carácter éste que tiene el Instituto Departamental para el Desarrollo de la Microempresa (INDEMIC), conforme se lee en el artículo 1º de la Ordenanza núm. 001 de 1º de febrero de 1.991.

Cabe advertir que la Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4º se impone para el juzgador frente al

Cont.

No obstante, el mismo artículo 45 de la ley estatutaria otorga a la Corte la competencia para definir las excepciones a esta regla general[51]. Es así como la Corporación ha desarrollado la jurisprudencia de modulación del efecto temporal de sus sentencias[52], que le permite analizar las circunstancias particulares del caso y las consecuencias de su decisión, para establecer un efecto diferido de la declaración de inexequiblidad, en razón del traumatismo de una inexequiblidad inmediata[53] o incluso un efecto retroactivo, como en el caso una ley en materia de impuestos, para ordenar la devolución de los pagos realizados por los contribuyentes en aplicación de ella[54]; de la inexequibilidad de leyes derogatorias de otras, que reviven los efectos de las leyes derogadas[55], o la inexequiblidad retroactiva de decretos con fuerza de ley, dictados en desarrollo de estados de excepción declarados inexequibles, como medio de control efectivo de las restricciones impuestas por la Constitución al Gobierno para el uso de las figuras de excepción[56].

Como puede apreciarse, el panorama no es simple y las excepciones a la regla general, sobre los efectos retroactivos de la nulidad y futuros de la inexequibilidad, ponen de presente la dificultad de establecer un equilibrio entre la seguridad jurídica, derivada de la presunciones de legalidad y de constitucionalidad, y la necesidad de restaurar la legalidad o constitucionalidad real de las situaciones. Volveremos sobre esta problemática que determina las restricciones a la presunción de juridicidad tratadas en la segunda parte de este estudio.

fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la nueva normatividad constitucional.

[50] C.E. Sala Plena, sent. agosto 1º de 2000, exp. S-306 Este fallo plantea el problema del conflicto de efectos surgidos de la declaratoria de inexequibilidad y de la excepción de constitucionalidad, sobre el que volveremos en la segunda parte de este estudio. *Infra* nota 104

[51] Ley 270 de 1996, art. 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

[52] C.C. sents. C-737/01; C-113/93, C-131/93, C-226/94, C-055/96, C-037/96, C-221/97, C-442/01, entre otras, citadas por la C-619/03.

[53] C.C. sents C-221/97 (Regalías a favor de los municipios); C-700/99 (Decreto de financiación de vivienda que debía ser objeto de ley). C-737/01, ratificada por C-1211/01, (sobre ley de regalías); C-442/01 (sobre ley orgánica de presupuesto).

[54] C.C., sents. C-149/93

[55] C.C. sents. C-045/94; C-501/01 ; C-427/02 y C-357/03.

[56] C.C. sent. 613/03. Aunque en esto eventos la posición de la Corte no está consolidada. Por una parte, la misma sentencia expone los casos en que la Corte ha restringidos los efectos a partir de la sentencia de inexequibilidad (C-488/95; C-127/97 y C-137/97) y resalta la necesidad de un análisis concreto frente a cada decreto de aplicación. Por otra parte, los 4 salvamentos de voto y las 2 aclaraciones de voto de la sentencia, ponen de presente el alcance relativo de la jurisprudencia.

B. Presunción y ejecución concreta del acto

1. La presunción de legalidad se puede oponer también a la Administración

Habitualmente se expone la presunción de legalidad como un privilegio del acto administrativo a favor de la administración. Pero la administración también está obligada por sus propios actos, por lo que su respeto puede serle exigido por los particulares. Las acciones constitucionales de tutela muestran abundantes ejemplos en este sentido.

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución de 1991 constituye también una manifestación de efectividad concreta de la presunción de legalidad de los actos administrativos[57]. La Corte Constitucional explica que está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, permitiéndoles velar por la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos[58]. El objetivo "se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos" como reflejo de un Estado Social de Derecho[59].

> La naturaleza de la acción de cumplimiento la aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos. Lo que el constituyente quiso fue establecer un mecanismo para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo anterior, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre[60].

El contenido de la norma bebe entonces ser imperativo, inobjetable y expreso, lo cual exige además la identificación clara de la entidad competente y excluye "la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico"[61].

En estas condiciones, la acción de cumplimiento aparece como la consolidación de las consecuencias de la presunción de legalidad. Sin necesidad de proteger derechos fundamentales, como ocurre con la acción de tutela, se puede realizar efectivamente el contenido de un acto administrativo, cuando consagra

[57] CN, Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.
En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.
[58] C.C., sent. ACU-001/92.
[59] C.C., sent. T-157/98.
[60] C.C., sent. C-638/00.
[61] C.C., sent. C-1194/01

deberes claros en cabeza de la administración, que no pueden ser discutidos, en la medida en que está amparados con la presunción de legalidad[62].

2. Jurisprudencia sobre la prejudicialidad en las acciones ejecutivas

La juridicidad presunta de los actos administrativos legitima el que la administración "pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento" (CCA, art. 64), acudiendo incluso a la jurisdicción coactiva, cuando de ellos se deriven créditos a su favor (CCA, art. 79). Y si los actos son obligatorios mientras no se anulen o suspendan (CCA, art. 66), resulta irrelevante cualquier tacha de antijuridicidad del acto durante el trámite de una ejecución, bien sea coactiva o jurisdiccional, a favor de la administración. En este sentido, el Consejo de Estado había considerado que

> la sola circunstancia de que los actos que sirven de fundamento a la orden de pago han sido objeto de demanda ante el Contencioso no implica en manera alguna que dichos actos no se encuentren ejecutoriados y sea ineficaz el mandamiento de pago, porque uno y otro proceso son independientes entre sí, como también son autónomas la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en ejercicio de la cual se discute la validez de los actos, y la acción ejecutiva de cobro que busca recaudar la obligación a cargo del deudor[63].

No obstante, por expresa remisión del procedimiento de jurisdicción coactiva al procedimiento civil (C.C.A, art. 252), extendida por la jurisprudencia al proceso ejecutivo adelantado por la jurisdicción administrativa[64], la ejecución de créditos definidos en actos administrativos debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil:

> Artículo 170.- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, mod. 88. El Juez decretará la suspensión del proceso.
> (...)
> 2º. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

[62] C.E., sec. IV, auto de noviembre 7 de 1997, exp. ACU-011

[63] C.E. sec. V, sent. noviembre 8 de 1991, exp. 0148.

[64] C.E. sec. III, sent. marzo 31 de 2005, exp. 26644: "Ahora, cuando, mediante la ley 80 de 1993 (art. 75), se asignó a esta jurisdicción, Contencioso Administrativa, el conocimiento de los juicios ejecutivos derivados de contratos estatales, el legislador no creó ni procedimientos ni términos de prescripción especiales y, por tanto, debe acudirse, de una parte, al Código de Procedimiento Civil, en virtud del reenvío legal del artículo 267 del C. C. A., que regula integralmente la institución de los procesos ejecutivos..."

Esta previsión no ha tenido sin embargo el mismo alcance en la jurisprudencia. En ocasiones, el Consejo de Estado ha considerado que ella no procede para el mandamiento ejecutivo sino "en el momento de hallarse el proceso en estado de dictar sentencia"[65] Pero en otras oportunidades ha recurrido al CPC, art. 170 para suspender el proceso, considerando que la disposición consagra una prejudicialidad y citando la autorizada opinión del maestro DEVIS ECHANDÍA:

> Para nosotros existe prejudicialidad cuando se trate de una cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio voluntario en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene[66].

Por el contrario, en otras decisiones, inauguradas con la sentencia de septiembre de 2001, el Consejo de Estado no suspendió el proceso ejecutivo al dar aplicación a la excepción consagrada en el mismo artículo 170 del CPC, que, luego de establecer la suspensión transcrita, prescribe:

> No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

La Corporación explica que esta excepción no era aplicable antes de la ley 80, cuando ningún proceso ejecutivo era tramitado ante la jurisdicción administrativa. Existiendo dualidad de jurisdicciones para los procesos de fondo y ejecutivo, no era posible alegar en este último excepciones discutibles en el proceso contra el acto ejecutado. Por el contrario, bajo la vigencia de esta ley que atribuyó al juez administrativo la ejecución de créditos derivados de la actividad contractual (art 75), será posible oponer una excepción de nulidad del acto, si no ha operado la caducidad de esta acción[67].

La posición mayoritaria de la sección fue objeto de recurrentes salvamentos de voto[68], que finalmente se impusieron, logrando el cambio de jurisprudencia. La Sala rechaza hoy la posibilidad de proponer como excepción en el proceso

[65] *Idem*. En igual sentido, auto de 5 de marzo de 1998, expediente No. 14367.
[66] Cita del "Compendio de Derecho Procesal" por C.E. Sec. IV, sent. septiembre 19 de 1986, exp. 1138.
[67] C.E. sec. III, autos de septiembre 13 de 2001, exp. 19704 y exp. 17952. En igual sentido, diciembre 12 de 2001, exp. 21116; mayo 23 de 2002, exp. 22096; diciembre 5 de 2002, exp. 17951; febrero 27 de 2003, exp. 22521; noviembre 4 de 2004, exp. 24350; auto de febrero 10 de 2005, exp. 27399.
[68] Por parte de los consejeros A. HERNÁNDEZ y R. HOYOS y luego también por la consejera R. S. CORREA.

ejecutivo la nulidad del acto que se ejecuta, por cuanto nuestro derecho procesal administrativo no permite esta mezcla de procedimientos. Esta jurisprudencia considera que las decisiones administrativas tienen condición de "providencias", lo que le permite aplicar otra disposición del CPC, que restringe las posibilidades de excepción en las ejecuciones de sentencias al pago, la prescripción y la transacción, por hechos posteriores a la sentencia[69]. La Sala vuelve así a la concepción anterior para suspender el proceso ejecutivo por prejudicialidad, en aplicación del CPC, art. 170.2[70].

Las variadas soluciones de nuestra jurisprudencia, que constituyen un ejemplo de nuestra inseguridad jurídica, no abordan el problema desde la fuerza de la presunción de legalidad del acto administrativo, que cambia tanto el ángulo de análisis como la solución de fondo.

En efecto, los caracteres ejecutorio y ejecutivo del acto se legitiman en su presunción de plena conformidad con el derecho, no sólo con relación a sus elementos constitutivos: competencia, sujeto, objeto, forma, sino también frente a su finalidad, sus fundamentos fácticos y la correcta apreciación de éstos, como hemos visto. Por consiguiente, si la validez del acto no puede ser puesta en duda, a menos que exista sentencia anulatoria o suspensión provisional, es conceptualmente contradictorio ventilar su legalidad en un proceso ejecutivo. Los argumentos transcritos del maestro DEVIS ECHANDÍA, sobre la justificación de la prejudicialidad, no son aplicables frente la decisión ejecutoria, por cuanto no existe *cuestión que sea indispensable resolver* en *proceso separado*, en virtud, justamente, de la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo.

Ventilar la legalidad de un acto administrativo en el proceso que tiene por objeto su ejecución, más que generar el problema procesal reseñado por las últimas decisiones del Consejo de Estado, necesariamente pone en entredicho la presunción de legalidad de la que goza, que se manifiesta justamente en su privilegio de ejecutividad. Decidir sobre la legalidad del acto al momento de resolver el mandamiento de pago o en la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, según las dos primeras variantes de las decisiones del Consejo de Estado, implica necesariamente desconocer la presunción de legalidad del acto, antes de que sea anulado. La única medida posible sería entonces

[69] CPC, art. 509.2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición.

[70] C.E. sec. III, sent. julio 27 de 2005, exp. 23565. En igual sentido, agosto 3 de 2006, exp. 28885; septiembre 3 de 2008, exp. 29784 y sent. septiembre 3 de 2008, exp. 24528.

el decreto de la suspensión provisional por el juez de ejecución, medida que, en la mayoría de casos, tampoco podría adoptarse, por cuanto la ejecución está precedida de la demanda de nulidad, en la que seguramente ya se habrá decidido sobre la suspensión.

Por otra parte, calificar el acto administrativo como "providencia", en virtud de su ejecutoriedad, como lo hacen las últimas decisiones del Consejo de Estado[71], no parece ajustado a las condiciones del acto administrativo. Si bien la doctrina otorga al acto la condición de *cosa decidida*, que lo acerca a la *cosa juzgada* judicial por su ejecutoriedad y ejecutividad, las nociones no son equivalentes[72]. Con todo, la asimilación del Consejo de Estado se inspira en la estabilidad del acto administrativo, fundada en su presunción de legalidad, que restringe sobre manera las posibilidades de evitar su ejecución.

Ventiladas estas objeciones, queda sin embargo la prejudicialidad ordenada por el CPC, art. 170.2 transcrito. Si el artículo 238 de la Carta eleva a rango constitucional la presunción de legalidad y, conforme al entendimiento que le da la Corte, atribuye de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para suspender o anular los actos administrativos, la suspensión de la ejecución de un acto por el simple hecho de haberse impugnado su legalidad en un proceso contencioso administrativo, prevista en últimas por el artículo 170, sería contraria a la Carta.

No existiendo hoy una sentencia sobre la constitucionalidad de este artículo, el mismo goza de la presunción de constitucionalidad de toda ley, lo que en principio obliga a su cumplimiento. Sin embargo, podría ser objeto de una excepción de inconstitucionalidad, institución que, junto con la excepción de ilegalidad, la revocatoria directa y las acciones constitucionales de tutela y popular generan limitaciones importantes al principio de presunción de legalidad, como analizaremos enseguida.

II. Restricciones a la presunción de juricidad

El acto administrativo, como manifestación de la prerrogativa del la administración de imponer sus decisiones unilaterales en aras del interés general, necesita controles efectivos más allá de su sanción *a posteriori* a

[71] "El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en el artículo 64 del C. C. A., expresamente dispone: Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados" (C.E. sent. sec. III, sent. julio 27 de 2005, exp. 23565, citada).

[72] JAIME VIDAL, *ob.cit.*, pág. 160. JEAN RIVERO, *ob.cit.*, pág. 131.

través de su anulación por la jurisdicción administrativa. La necesidad de crear controles eficaces y efectivos que eviten, o por lo menos limiten las consecuencias de la ejecución de actos ilegales, ha auspiciado la formulación de mecanismos tradicionales que encuentran hoy refuerzo con la constitucionalización del derecho administrativo.

A. Controles tradicionales

1. Suspensión provisional

La suspensión provisional es una medida cautelar de las acciones administrativas de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Nuestro CCA la desarrolla en su título XVII (arts. 152-159). Limitándonos a sus relaciones con la presunción de legalidad, recordamos en la primera parte de este estudio su consagración Constitucional (art. 238) y cómo la Corte Constitucional derivó de ella la constitucionalización de la presunción de legalidad de los actos administrativos.

La suspensión provisional constituye una restricción relativa de la presunción de legalidad. Siguiendo la esencia de este principio, la suspensión es decretada por el juez especializado, quien es competente para resolver sobre la legalidad definitiva del acto. La jurisprudencia administrativa considera que "la ilegalidad entre el acto demandado y las normas superiores en lo que concierne con la suspensión provisional, constituye una excepción a la presunción de legalidad del mismo"[73]. Pero, como explica la Corte, la suspensión "no desvirtúa de modo definitivo la presunción de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, pero que lo priva temporalmente de todo efecto jurídico, a la espera del fallo"[74].

El efecto normal de la suspensión es consecuentemente futuro, a partir de su declaratoria, lo que ha permitido a la Corte amparar el reconocimiento y pago de acreencias laborales con fundamento en disposiciones que con posterioridad a la solicitud fueron suspendidas provisionalmente[75]. No obstante, esta protección de la situación consolidada antes de la suspensión, amparada por la presunción de legalidad, constituye al mismo tiempo una fragilidad del

[73] C.E. sec. III, auto enero 25 de 2007, exp. 31101. Nota de Relatoría de la sección del Consejo de Estado: Ver Autos 11.856 y 12.353 de 1997.

[74] C.C., sent. C-600/98. En similar sentido la doctrina resalta que "mediante la suspensión provisional, el juez administrativo, sin alterar las condiciones de existencia del acto administrativo, interrumpe sus efectos" (LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A.: *Anulación de los actos de la administración pública. Doctrina constitucional de la legalidad, motivos de anulación de los actos administrativos, control de legalidad, Jurisprudencia-doctrina.Modelos,* Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, D.C., 1996, pág. 559, citado por C.C., sent. C-803/06).

[75] C.C., sent. T750/06.

dispositivo cuando el acto vulnera derechos, por cuanto, como lo recuerda *el Consejo de Estado,* "los efectos de la suspensión provisional no se pueden cumplir sino previa ejecutoria de la respectiva providencia, como lo previene el artículo 154" del CCA[76]. Y la ejecutoria solo se da cuando se han resuelto los recursos de apelación o reposición contra la decisión de suspensión[77], lo que en la práctica puede tomar un tiempo significativo.

2. Revocatoria directa

El título V del CCA (arts. 69-74) regula la institución de la revocatoria de los actos administrativos sin hacer una clara distinción de tratamiento entre los actos de carácter general y los particulares, creadores de situaciones concretas. Así, las causales de revocatoria enunciadas en el artículo 69 son en principio aplicables a los dos tipos de actos y el artículo 71, sobre la oportunidad de la revocatoria, se refiere expresamente a la de actos generales y particulares. Por el contrario, los artículos 73 y 74 se restringen a los actos de carácter particular y concreto. El profesor VIDAL pone de presente este errado tratamiento promiscuo que no tiene en cuenta la naturaleza diversa de las situaciones jurídicas en uno y otro caso[78].

En efecto, frente a los actos de carácter general, resulta más conveniente hablar de derogatoria o de subrogación[79]. En el primer caso, la administración retira del ordenamiento un acto, mientras que en el segundo lo reemplaza por otro que lo modifica. En ambos casos, el acto deja de tener vigencia, sin que haya un pronunciamiento sobre la validez del antiguo, razón por la cual, como hemos visto, la presunción de legalidad del acto derogado permanece intacta. Por esta misma razón, el efecto de la derogatoria es futuro (*ex nunc*), lo que protege las situaciones y actos proferidos durante su vigencia, que por ello están también amparados por la presunción de legalidad.

En compensación, los actos generales no crean en principio derechos adquiridos por su simple expedición. Su carácter impersonal y abstracto – y frecuente naturaleza de acto reglamentario – hacen que los destinatarios no tengan derecho a exigir su preservación. Por ello, las razones usuales de su derogatoria o subrogación no siempre encajan en los eventos previstos por el artículo 69 sobre *las causales de revocación directa*. En efecto, este artículo

[76] C.E., sec. II.A, sent. septiembre 19 de 2002, exp. 1629-01.

[77] CCA, art. 144. Inadmisión y rechazo de la demanda. (Subrogado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998). [...]
Contra el auto admisorio sólo procederá recurso de reposición, pero si resuelve sobre suspensión provisional procederá el de apelación, cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de reposición, cuando sea dictado por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado en única instancia.

[78] JAIME VIDAL, *ob.cit.*, pág. 159-162

prescribe el deber, y no la simple posibilidad, de revocar los actos en una serie de situaciones anormales, por decir lo menos: manifiesta ilegalidad o inconstitucionalidad (1), disconformidad o atentado con el interés público (2) o el agravio injustificado a una persona (3). Por el contrario, sin perjuicio de la posible motivación en estas razones, el fundamento habitual de la derogatoria o la subrogación de los actos generales es su adaptación a las necesidades del servicio. De hecho, el reglamento, como arquetipo de acto general, tiene por misión la ejecución de la ley, por lo que contiene implícitamente una vocación de adaptación a las circunstancias cambiantes[80].

Estas condiciones del reglamento se ponen de presente en el caso de un decreto que estableció condiciones particulares para que los exfuncionarios crearan empresas de transporte en un tiempo determinado. Antes del vencimiento, previsto por el mismo reglamento, fue derogado por uno que restringió las condiciones, lo que dio lugar a que fuera demandado, alegando la violación del principio de la buena fe. El Consejo de Estado negó la pretensión, por considerar que los dos decretos tenían la misma jerarquía y que el actor no había establecido en qué violaba el principio de buena fe la derogatoria contenida en decreto demandado[81].

Pero, con relación a los actos particulares, la situación es bien diferente, esencialmente por la creación de situaciones concretas que, con frecuencia, comportan derechos a favor de los destinatarios. El respeto a estas situaciones hace que la revocatoria del acto sólo se pueda hacer con el beneplácito del destinatario, a tal punto que la ley exige su "consentimiento expreso y escrito" (CCA, art. 73). Por otra parte, la administración tan sólo podrá revocar directamente los actos fruto del silencio administrativo positivo cuando se presenten las causales generales del artículo 69, o "si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales", expresión que ha permitido a la jurisprudencia reforzar su aplicación doblemente excepcional: por una parte, la habilitación no comprende la valoración de la ilegalidad objetiva del acto, sino su obtención a través de medios fraudulentos y, por otra, este fraude a la ley en la producción del acto revocado debe aparecer de bulto[82]. En estos eventos, la protección de la estabilidad del acto particular, soportada en su presunción de legalidad, se ve desvirtuada por la evidente ilicitud en su obtención, lo que permite así declararlo a la administración, mediante la revocatoria directa, con una particular motivación, en la medida en que la misma autoridad que

[79] LIBARDO RODRÍGUEZ, *ob.cit.* págs. 317 y 318.
[80] JAIME VIDAL, *ob.cit.*, pág. 161.
[81] C.E. sec. I. sent. noviembre 20 de 1996. Exp. 3912.
[82] C.C., sent. T-336/97. "...la revocación unilateral no procede, a menos que se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave o actual quebranto del orden jurídico.

Cont.

ha proferido el acto es la que decide su retiro[83]. Esta decisión gozará a su vez de presunción de legalidad.

Dejando de lado la complejidad de la figura, cuyo análisis profundo escapa al objeto de este estudio, podemos resaltar los efectos sobre la presunción de legalidad del acto. Por una parte, la doctrina recuerda que la primera causal del artículo 69 constituye "un mecanismo evidente de control del principio de legalidad", mientras que las otras dos reflejan un aspecto de conveniencia o de equidad[84]. En estricto sentido, la presunción de legalidad no estaría desvirtuada sino en la primera causal. Por otra parte, el Consejo de Estado ha considerado que la revocatoria directa tiene efectos futuros y sólo el juez puede pronunciarse sobre su retroactividad[85], lo que sugiere una protección parcial de la situación particular, al igual que en la anulación de actos generales[86].

Es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca" La sentencia recuerda la misma concepción en los fallos T-376/96 y T-671/96. En igual sentido, T-436/98 y C-672/01.

Por su parte, el Consejo de Estado considera que la revocatoria sólo procede cuando "se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, que implique grave y actual quebranto del orden jurídico" (C.E. sec. III, sent. febrero 16 de 2001, exp. 12907). En igual sentido, Sala Plena, sent. julio 16 de 2002, exp. IJ-029, que cambia la jurisprudencia anterior que restringía la posibilidad de revocatoria sin el consentimiento del particular a los casos de silencio administrativo positivo (Sala Plena, sent. sep. 1º de 1998, exp. S-405). La sentencia fue objeto de varios salvamentos de voto que defendían la jurisprudencia abandonada, en consideración a la redacción del CCA, art. 73. El fallo fue reiterado sin embargo en sec. III, sent. 2005, agosto 10 de 2005, exp. 13602.

[83] C.E., Sala Plena, sent. julio 16 de 2002, citada.

[84] LIBARDO RODRÍGUEZ, *ob.cit.* pág. 317.

[85] C.E., Sala Plena, sent. julio 16 de 2002, citada. La sentencia, originada en la revocatoria de una pensión de jubilación obtenida irregularmente establece, anula la orden de devolución de las sumas percibidas, contenida en la revocatoria. "Lo anterior, por cuanto el acto de revocación es una decisión administrativa que rige hacia el futuro. En esa medida, la recuperación de los dineros indebidamente pagados sólo es posible lograrlo por conducto del juez, que es el competente para definir bien el restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño o éste solamente, según se trate de la acción contenciosa que sea precisa instaurar".

[86] En sentido contrario, el Profesor L. RODRÍGUEZ considera que "debe tenerse en cuenta la causal que da lugar a ella. Así, si la revocatoria se basa en la causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, sus efectos debe considerarse retroactivos, a semejanza de la declaratoria de nulidad decretada por el juez. A su vez, si la revocación es por razones de oportunidad o inconveniencia, debe considerarse que solo produce efectos hacia el futuro". *Op.cit.*, pág. 320. Cita en respaldo a GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.: *La función pública en Colombia*, 2ª ed. Bogotá, Librería Wilches, 1987, pág. 173 y sigs.

El profesor J. VIDAL también considera los efectos retroactivos de la revocatoria, aunque de manera implícita y sin distinguir su origen. "Debe distinguirse entre la abrogación del acto, con efecto hacia el futuro, equivalente a lo que en el lenguaje corriente se denomina derogación, y el retiro o revocación, que buscando sacar el acto de raíz mira hacia el pasado. Si lo primero ocurre normalmente respecto de actos legales y es el efecto que se conoce con el nombre de *ex nunc*, lo segundo puede presentarse con los efectos de la anulación, y se considera que el acto no ha existido, desde el punto de vista jurídico; la expresión que emplea es *ex tunc*" [negrilla fuera del texto original]. *Ob.cit*, pág. 161.

La administración tendría el poder de retirar su acto ilícito, mas no como lo hace el juez administrativo al declarar su nulidad. Por el contrario, cuando el juez se pronuncia sobre los efectos de la revocatoria realizada, sería posible llevar hasta sus últimas consecuencias el haber desvirtuado la legalidad del acto, esto es, obteniendo el restablecimiento del derecho, como se aprecia en el siguiente ejemplo:

Una caja de compensación familiar solicitó la calificación de egresos ante el Comité de Entidades sin Ánimo de Lucro, para establecer su beneficio contable negativo, lo que reduciría sus impuestos. El Comité declaró extemporánea la solicitud y se abstuvo de calificar el déficit del ejercicio fiscal. La caja presentó declaración con el balance negativo, lo que no generaba impuesto, pero la Administración de Impuestos se apoyó en la resolución del Comité para considerar *no probados* los egresos y determinó el valor del impuesto. El Comité revocó posteriormente su acto por considerarlo ilegal y calificó la totalidad de los egresos presentados por la Caja. Sobre esta base, la Caja demandó el acto de liquidación del Impuesto.

El C.E. tuvo en cuenta el *decaimiento* de la liquidación del impuesto, por cuanto sus fundamentos de derecho desaparecieron con la revocación del 1er acto administrativo de la Caja, en virtud del CCA, art 66, lo que le permitió anular la liquidación efectuada por la Administración[87]. Cabe preguntarse, sin embargo, si estamos frente a un evento de decaimiento del acto. Si atendemos la redacción del artículo 66 y la doctrina expuesta sobre la pérdida de ejecutoria de los actos, ésta tiene siempre efectos futuros, lo que impediría retrotraer los efectos del acto particular, como lo hizo el Consejo de Estado, al anular la liquidación de la Administración de Impuestos y declarar en firme la declaración privada presentada por el demandante. En la misma línea, ya hemos advertido que la Corporación ha incluido, de manera puntual, la *anulación judicial* del acto en el que se sustenta, como uno de los eventos de pérdida de ejecutoria del acto por desaparición de sus fundamentos de derecho (CCA 66.2) (*supra*, nota 34).

Tal vez, en uno y otro caso, no estamos frente a eventos de decaimiento del acto, sino a los efectos retroactivos de la revocatoria directa de un acto particular. La administración no tendría la prerrogativa de retrotraer los efectos de su acto por ella revocado, pero la misma revocatoria permitiría al juez declarar este efecto, lo que implica una combinación de competencias para obtener un resultado completo. La administración retira el acto, con efectos hacia el futuro, y la jurisdicción retrotrae sus efectos.

[87] C.E. sec. IV, sent. noviembre 29 de 1996, exp. 8058.

En realidad, ninguno de estos efectos está consagrado en la ley. El artículo 72 del CCA, que anuncia en su título *los efectos de la revocación de los actos*, tan sólo se limita a consagrar las consecuencias procesales[88]. La reticencia a otorgar pleno poder a la administración para retrotraer los efectos de la revocatoria es jurisprudencial. Esta reticencia también podría explicar la limitación de las causales de revocatoria que el Consejo de Estado ha impuesto en la conciliación relacionada con actos administrativos, prevista por el artículo 71 de la ley 446 de 1998.

En el análisis de la constitucionalidad de esta disposición, la Corte Suprema de Justicia consideró que la administración no puede conciliar sobre la legalidad del acto, y por ello tan sólo puede revocarlo, al reconocer la ocurrencia de una de las causales del CCA, art. 69 que la obligan a hacerlo. Por el contrario, sí es posible conciliar sobre los efectos económicos de esta revocatoria[89], lo que implica, necesariamente, retrotraer los efectos al inicio del acto. No obstante esta caracterización, la jurisprudencia administrativa considera que en materia de conciliación, pese a la enumeración legal de las tres causales antes descritas, que dan origen a la revocatoria directa, siempre debe haber una ilegalidad del acto que permita revocarlo[90].

[88] CCA, art. 72 EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

[89] Ley 446/98, art. 71. Revocatoria directa. El artículo 62 de la Ley 23 de 1991, quedará así:
"Artículo 62. Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."
El texto declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, que fue subrogado por el transcrito era substancialmente similar: "Artículo 62. Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultara necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el Acta de Conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".
Para decidir su exequiblidad la Corte consideró: "Colígese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra en alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación; claro que formal o externamente se seguirá un orden cronológico inverso, pues el acto será revocado como consecuencia de haberse llegado a la conciliación patrimonial, ya que ésta si fracasa por cualquier motivo, aquél continuará firme" (CSJ, sent. diciembre 12 de 1991, exp. 2326).

[90] "... el acto debe repugnar con el ordenamiento jurídico o estar viciado de nulidad; por esa razón, y cuando existan altas probabilidades de ser anulado por el juez natural en sede judicial, la conciliación resultaría oportuna, conveniente y procedente, porque en estos casos de lograrse un acuerdo conciliatorio y luego de ser aprobado por la jurisdicción contenciosa, se entendería revocado el acto y retirado del ordenamiento jurídico por ilegalidad del mismo, por amenazar el interés público o social o por causar un agravio injustificado a una persona" (C.E. sec. III, auto de noviembre 4 de 2004, exp. 24225). En el mismo sentido, autos de diciembre 9 de 2004, exp. 27921; marzo 16 de 2005, exp. 27921.

En realidad, los textos no establecen esta restricción. La jurisprudencia del Consejo de Estado sugiere que las partes no pueden disponer de efectos económicos de la revocación, esto es, de su efecto retroactivo, sino cuando el acto es ilegal, lo que confirmaría una tendencia a la protección de los intereses del particular. La administración no podría desconocer unilateralmente las consecuencias del acto revocado, que fueron favorables al destinatario, (efecto futuro), pero podría reconocerle los perjuicios que le causó, mediante la conciliación (efecto retroactivo). La revocatoria contenida en las dos soluciones, tiene entonces alcances distintos frente a la presunción de legalidad desvirtuada: en el primer caso es parcial, en el segundo es integral.

B. Controles constitucionales

Las limitaciones a la presunción de legalidad surgidas de la teoría misma del acto administrativo se complementan con los controles constitucionales que buscan la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta, tanto desde el punto de vista de la jerarquía normativa, como de las acciones constitucionales.

1. Excepciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad

El principio de legalidad, al que está sujeta la administración en el Estado de Derecho, necesita mecanismos de realización efectiva. Las excepciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad propenden por ella, pese a las diferencias que determinan el alcance de su ejercicio.

1.1 Excepción de inconstitucionalidad

La fuerza vinculante del acto administrativo legitimada en su presunción de legalidad enfrenta un límite esencial cuando el acto es contrario a la Constitución. La Corte Constitucional explica que la Carta de 1991 reforzó la supremacía absoluta de la constitución, que ya había sido afirmada bajo la antigua constitución de 1886[91], al consagrar "la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica"[92], lo que fundamenta la figura de la excepción de inconstitucionalidad, esto es, que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (C.N., art. 4).

[91] El antiguo principio de "la primacía de ley sobre la Constitución-, al tenor de lo consagrado por el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 [...] afortunadamente fue derogado mediante la Reforma Constitucional de 1910" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-556 del 6 de octubre 1998).
[92] C.C., sent. T-614/92.

No obstante, la excepción de inconstitucionalidad no tiene un efecto automático. La *incompatibilidad* entre una norma y la Carta necesita una valoración específica. El principio de presunción de legalidad y de constitucionalidad sería un enunciado sin aplicación práctica si el respeto y la ejecución de los actos administrativos y de las leyes estuviesen subordinados a la subjetiva consideración de su conformidad con la Constitución. En este sentido, la Corte ha dado una importancia capital a esta *incompatibilidad* de las normas frente al texto constitucional. "De no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento". El sentido gramatical dado por la Real Academia de la Lengua a la incompatibilidad, esto es, de "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí", es citado y completado por la jurisprudencia con el sentido jurídico:

> Son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra..." [...] Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe[93].

La Corte ha acudido a las expresiones legales que habilitan la suspensión provisional, como criterio orientador para establecer que la norma cuya aplicación se exceptúa "de manera ostensible, clara e indudable – *prima facie* – viola la Constitución"[94].

Por otra parte, la efectividad de la supremacía absoluta de la carta se garantiza, además, con su aplicación preferente, no sólo por parte de las autoridades jurisdiccionales, sino también por parte de la administración. La generalidad y perentoriedad del artículo 4º: "*en* ***todo caso*** *de incompatibilidad... **se aplicarán** las disposiciones constitucionales*, permite afirmar incluso que el *mandato* constitucional se dirige a cualquier operador jurídico, incluidos los particulares".

En todo caso, la jurisprudencia ratifica reiterada e unívocamente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por parte de la administración, lo que resulta indispensable para poder hacer realidad cotidiana la supremacía constitucional, en cuanto cualquier intervención judicial, por rápida que sea, aplaza la efectiva aplicación de las normas constitucionales. En este sentido, la ley 393 de 1997, sobre la acción de cumplimiento, permitió a la Corte analizar la utilización de la excepción de inconstitucionalidad tanto por la administración como por el juez de cumplimiento[95].

[93] C.C. *Idem*. En este mismo sentido, sents. C-600/98; C.E. sec. I, sent. julio 5 de 2002, exp. 7212.
[94] C.C., sent. T-556/98.
[95] C.C., sent. C-600/98.

El artículo 20 de esta ley plantea que el juez de cumplimiento debe definir si la ausencia de ejecución de la ley o del acto administrativo respectivo por parte de la autoridad administrativa se justifica por el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad[96]. Demandado ante la Corte, por haber atribuido al juez de cumplimiento funciones reservadas por la Constitución a la Corte Constitucional y a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas, la Corte Constitucional precisó el deber de respeto de la primacía de la Constitución por parte de todas las autoridades, incluidas las administrativas (CN, art. 4), lo que permite al juez de cumplimiento definir, en el caso concreto, si la excepción estuvo bien aplicada. Esta explicación llevó a la Corte a concluir sobre la exequibilidad de la disposición demandada.

El análisis de la Corte y el texto de la ley acusada ponen de presente la amplitud y la diversidad del control difuso de constitucionalidad consagrado en nuestra Constitución. En primer lugar, la autoridad administrativa, que tiene el deber de cumplir la ley y los actos administrativos en virtud de la presunción de juridicidad, se abstiene de hacerlo, ejerciendo la excepción de inconstitucionalidad, sobre el fundamento de la primacía absoluta de la Carta (CN, art. 4). Luego, esta decisión puede ser controlada por el juez de cumplimiento, como lo contempla el artículo 20 demandado. Este segundo control de constitucionalidad se complementa con un tercero, que podrían realizar la Corte Constitucional o la jurisdicción contencioso administrativa, para definir la constitucionalidad o la legalidad del acto, de manera general (*erga omnes*) y definitiva, y no restringida al caso concreto, como los dos primeros, que además ofrecen una solución concreta, individual y no trasladable a otras situaciones[97].

Los sistemas son diferenciados así por la jurisprudencia:

> Ante todo, ha de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto -a cargo de esta Corporación (art. 241 C.P.) y residualmente del Consejo de Estado cuando se trata de decretos presidenciales de puro carácter administrativo (art. 237-2 C.P.)- y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4 de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales[98].

[96] Art. 20.- Excepción de inconstitucionalidad. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.
Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.
[97] C.C., sent. C-600/98, citada.
[98] C.C., *idem*.

La garantía de aplicación prioritaria de la Constitución es tan significativa, que la Corte restringe el principio de justicia rogada de las acciones administrativas, que hemos relacionado de manera esencial en la primera parte de este estudio con la presunción de juridicidad de los actos. En efecto, aunque la Corte declara la exequibilidad del artículo 137.4 sobre la necesidad de indicar en la demanda de impugnación de un acto administrativo *las normas que se consideran violadas* y explicar específicamente *el concepto de su violación*, condiciona su conformidad con la Carta a

> que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución[99].

La concepción ha sido integrada por la jurisprudencia administrativa, cuando precisa que el juez no puede aceptar acusaciones genéricas de los actos, salvo

> en aquellos casos de flagrante violación del debido proceso y del derecho de defensa; la Sala se refiere a cuando se trata de quebranto de, una parte, de derechos fundamentales de aplicación inmediata y, de otra parte, de la incompatibilidad entre la Constitución y la norma demandada (art. 4 CN)[100].

En cuanto a la aplicación concreta de la excepción, la Corte ha afirmado su improcedencia para inaplicar actos de contenido particular, individual y concreto, que crean derechos a favor del particular, por su estabilidad jurídica, como lo hemos resaltado al referirnos a la revocatoria directa[101]. La decisión respondería a la lógica de la figura como preservación de derechos fundamentales. No obstante, hemos visto que la jurisprudencia también considera la pertinencia de la revocatoria de los actos que han sido obtenidos por medios fraudulentos, lo que permite concluir sobre la posibilidad de aplicar la excepción en estos casos. Más aún, cabe preguntarse si una abierta *incompatibilidad* entre un acto creador de derechos particulares y una disposición constitucional no permitiría la aplicación de la figura, dada la amplitud de la orden de prevalencia de *las disposiciones constitucionales*, consagrada en su artículo 4º. En este sentido, tendremos la ocasión de analizar un caso significativo al tratar la excepción de ilegalidad, referido a una licencia urbanística otorgada en evidente contradicción con la reglamentación vigente (*infra*, nota 117).

[99] C.C., sent. C-197/99.
[100] C.E. sec. III, sent. marzo 1º de 2006, exp. 15471. En igual sentido, C.E. Sala Plena, sent. noviembre 26 de 2002, exp. S-772; sec. II.A, sent. diciembre 7 de 2005, exp. 2502-04.
[101] C.C., sent. C-069/95.

1.2 Excepción de ilegalidad

La excepción de ilegalidad responde al mismo principio de garantía de respeto de la jerarquía normativa de la excepción de inconstitucionalidad, pero con un alcance distinto. Ella ha estado consagrada en nuestro derecho positivo desde la ley 153 de 1887 que la enunció en su artículo 12 de la siguiente manera:

> Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes ni a la doctrina legal más probable.

La doctrina nacional no tuvo una posición unificada frente a la figura. Así, el profesor RODRÍGUEZ consideró que ella tenía una amplitud de aplicación cercana a la de la excepción de inconstitucionalidad, en la medida en que debía ser aplicada tanto por las autoridades judiciales como administrativas[102], mientras que el profesor VIDAL veía en su aplicación por ésta última el peligro de la discrecionalidad generalizada, que podría anular la presunción de legalidad de los actos administrativos[103]. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado estimó en algunas oportunidades que el artículo debía entenderse derogado con la expedición del Código Contencioso Administrativo, por cuanto resultaba contraria a la presunción de legalidad de los actos mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción especializada del artículo 66, que tanto hemos referido[104].

El estado del arte actual no deja dudas, después de la sentencia de la Corte Constitucional C-037/00, en la que definió la exequibilidad del artículo transcrito frente a la Constitución de 1991. Por lo demás, pese a que la Corte se abstiene de definir la vigencia de la norma frente al CCA, la frecuente remisión de la jurisprudencia administrativa a la sentencia de la Corte permite afirmar la vigencia de la norma de 1887.

La sentencia de la Corte expone que, a diferencia del principio de excepción de inconstitucionalidad, el de ilegalidad no tiene una consagración expresa en la Constitución de 1991. Sin embargo, se puede considerar implícito en la estructura normativa jerarquizada derivada del principio de legalidad.

En segundo lugar, la sentencia clarifica que, a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad, la de ilegalidad no tiene una aplicación generalizada por parte de todas las autoridades. La Corte ve en el artículo 238 de la Carta una

[102] *Ob.cit.*, pg. 314.
[103] *Ob.cit.*, pg. 333.
[104] C.E. sec. IV. Sent. julio 14 de 1995. Exp. 5996. En igual sentido, sec. IV, sent. abril 14 de 1994, Exp. 5218; junio 13 de 1997, Exp. 7985; sec. I, sent. septiembre 16 de 1999, exp. 5246.

restricción a la jurisdicción administrativa. Sabemos que la Corte deduce del artículo el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, así como la competencia del juez administrativo para desvirtuarla. En esta misma lógica, la Corte considera que esta jurisdicción especializada es la única competente para aplicar el principio de excepción de ilegalidad. Por consiguiente, la excepción no solo no es aplicable por las autoridades administrativas[105], sino tampoco por otras autoridades judiciales, distintas de las administrativas[106].

En tercer lugar, la sentencia C-037/00 es significativa en la actualización de las expresiones contenidas en la ley 153 de 1887. Luego de presentar el contexto reglamentario de finales del s. XIX, la Corte considera que a la luz del principio de legalidad y jerarquía normativa, la excepción no puede restringirse a las órdenes y actos ejecutivos del Gobierno nacional *expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria*, por lo que considera inexequible esta última expresión. El principio es, entonces, aplicable no solo frente a los actos reglamentarios, sino frente a todo acto administrativo, sin importar su jerarquía y autoría. Además, la Corte declara inexequible la expresión *doctrina legal más probable* a la que estaría subordinado todo acto administrativo, en atención al valor restringido de la doctrina, como fuente material complementaria del derecho y no como fuente formal (CN, art. 230[107]), aunque la sentencia recuerda la jurisprudencia constitucional que ha elaborado el principio del valor vinculante de los principios constitucionales definidos por la *doctrina constitucional integradora* de su jurisprudencia, que sí constituyen fuente formal del derecho.

El juez administrativo debe, entonces, tener en cuenta estas precisiones al aplicar la excepción de ilegalidad.

[105] C.E. sec. IV, sent. marzo 21 de 1997, exp. 7854. Este caso es significativo en el peligro de la aplicación de la excepción por parte de la Administración. El Consejo de Estado reprocha la excepción aplicada por el Gobierno Nacional al eximir la imposición de un impuesto de timbre a un contrato, al considerar que el reglamento que lo imponía, expedido por el mismo Gobierno, excedió las potestades reglamentarias del Presidente de la República. Ratificando la caracterización de la sentencia C-037/00, el Consejo de Estado proscribe reiteradamente la aplicación de la excepción por parte de la Administración: Sec. IV, sent. mayo 5 de 2003, exp. 13080; sec. I, sent. julio 5 de 2002, exp. 7212), sec. I, sent. marzo 14 de 2002, exp. 6990; sec. I, sent. julio 19 de 2002, exp. 05001-23-31-000-2002-0725-01(AC); Sala Plena, sent. abril 8 de 2003, exp. S-180; sec. I, sent. junio 6 de 2003, exp. 8706; sec. III, sent. junio 24 de 2004, exp. 15235 ; C.E. sec. III, sent. julio 15 de 2004, exp. 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP); sec. I, sent, febrero 22 de 2007, exp. 6139; sec. II.B, sec. III, sent. mayo 16 de 2007, exp. 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP), sec. II.B sent marzo 27 de 2008, exp. 0658-05.

[106] En ese sentido, la misma Corte niega la aplicación de la excepción en los casos de tutela, decididos por jueces distintos al administrativo (Sent. T-564/93).

[107] "..."Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Bajo estas directrices de la Corte, la jurisprudencia administrativa ofrece variados ejemplos de aplicación la excepción, limitante del principio de presunción de legalidad, como la inaplicación de un acuerdo municipal que previó la delegación de la jurisdicción coactiva al secretario de hacienda, por cuanto la ley la autoriza tan sólo al tesorero municipal[108], o la de un decreto que creó una inhabilidad, restricción reservada a la ley[109], la de otro que invadió la autonomía departamental en materia de reglamentación de loterías[110], o la de un decreto que estableció funciones de control y vigilancia a una superintendencia, que son objeto de atribución legal[111], así como la del pliego de condiciones que estableció causales no previstas en la ley para la declaratoria desierta de una licitación[112], o la de una licencia urbanística otorgada con violación de las disposiciones legales ambientales y de planificación[113].

1.3 Efectos de las excepciones

Los efectos de las excepciones son comunes a las figuras de la inconstitucionalidad y la ilegalidad. El más significativo, como lo hemos visto, es el carácter puntual y relativo de la excepción, en la medida en que ella comporta la inaplicación del acto en el caso particular, sin que ello constituya una declaración de inexequibilidad o nulidad[114]. En este sentido, podría considerarse que la figura consagra un evento más de pérdida de ejecutoria de los actos administrativos, descritos en el CCA, art. 66, advirtiendo que tan sólo se refiere al caso en el que se aplica la excepción, por cuanto la medida no deja de ser ejecutoria en otros, independientemente de que en ellos, analizadas las condiciones particulares, se permita una nueva aplicación de la excepción.

Las excepciones, al igual que la suspensión provisional, tienen por consecuencia desvirtuar de manera relativa la presunción de legalidad de los actos administrativos concernidos.

Por otra parte, en la medida en que ellas buscan la aplicación efectiva de la Constitución y el respeto real de la jerarquía normativa, constituyen una herramienta formidable de efectividad del derecho. No obstante, al mismo

[108] C.E., sec. V, auto de mayo 8 de 1997, exp. 0810. Reitera sentencias de agosto 15 de 1996, Exp. 0595 y febrero 13 de 1997, exp. 0795.
[109] C.E., Sala Plena, sent. abril 8 de 2003, exp. S-180.
[110] C.E., sec. I, sent febrero 22 de 2007, exp. 6139.
[111] C.C., sec. I, sent. marzo 14 de 2002, exp. 6990.
[112] C.E., sec. III, sent. junio 24 de 2004, exp. 15235
[113] C.E. sec. I, sent. enero 24 de 2008, exp. 63001-23-31-000-2001-00675-01.
[114] "Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta no queda anulada o declarada inexequible, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)" (C.C., Sent. C-069/95).

tiempo, contrarían el principio de seguridad jurídica a la base de la presunción de legalidad de los actos administrativos, que impone la fuerza vinculante de las decisiones y de las leyes. La excepción deja así la definición final de la aplicación del derecho al operador jurídico, no siempre juez y no siempre juez especializado en la materia.

Frente a este peligro de abuso, resulta importante resaltar el análisis concreto realizado por la jurisprudencia, que pone de presente la delimitación de la figura. La excepción de inconstitucionalidad podría representar un peligro, por cuanto su aplicación generalizada, incluso por las autoridades administrativas, enfrenta la dificultad de determinar tanto el alcance de la Constitución, como de la violación de sus normas por el acto o ley que deja de aplicarse. La Corte Constitucional ha resaltado, en efecto, el cambio fundamental de la Constitución de 1991 frente a la concepción de la jerarquía normativa, explicando que el formalismo de la comparación entre normas se ve hoy enriquecido por un sistema de supremacía de valores y principios que permiten la integración de garantías no incluidas expresamente en los textos constitucionales, pero sí en convenios internacionales y en *derechos inherentes a la persona*[115]. La jurisprudencia constitucional considera que la protección de los derechos fundamentales

> atiende normas constitucionales que consagran principios superiores considerados como piedras angulares del orden social justo. Como todas las normas que expresan principios y valores, las que reconocen los derechos fundamentales no contienen propiamente reglas que deban aplicarse automáticamente. Su finalidad no es la de referir un supuesto de hecho a la previsión general contenida en una norma regulante de la conducta, sino más bien la de irradiar a la realidad los valores contenidos en las normas superiores[116].

La efectividad de los derechos aparece así mejor garantizada, pero ello exige mucho más del juez, quien los define concretamente, al determinar si frente a un caso en particular es pertinente la inaplicación de una ley o de un acto administrativo, por ser violatorios de derechos. Por ello, resulta trascendente estudiar los casos en los que se ha aplicado la excepción por las altas Cortes y cómo, sistemáticamente, corroboran una flagrante contradicción entre la norma exceptuada y la superior a la que está subordinada. Existe, entonces, un principio esencial según el cual la duda favorece a la presunción de legalidad y de constitucionalidad y será necesario demandar el acto o la ley para que el juez especializado defina su validez de manera absoluta y general.

[115] CN, Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.
[116] C.C. sent. 037/00.

Por otra parte, la figura de la excepción ofrece un medio extraordinario para el control de la administración, no sólo a favor del particular a quien se le vulneren derechos, sino también frente a irregularidades graves. Tal es el caso de una licencia urbanística otorgada para la construcción de un vasto proyecto de vivienda de interés social, en contra del concepto técnico de la autoridad ambiental y del POT. Las graves irregularidades llevaron a la administración a revocar unilateralmente la licencia, lo que permitió a la urbanizadora beneficiaria demandar la nulidad de la revocación y solicitar una condena multimillonaria por la inversión realizada y la interrupción del proyecto. El Consejo de Estado tuvo que constatar la evidente violación de las reglas de revocatoria directa de actos particulares que, como hemos visto, impiden el desconocimiento unilateral de los derechos reconocidos por la misma administración. No obstante, la sentencia declara de oficio la excepción de ilegalidad de la licencia otorgada, al constatar las evidentes y graves violaciones de las normas superiores[117].

En contraste, son discutibles algunas decisiones de la jurisprudencia, como lo ponen de presente los salvamentos o aclaraciones de voto de que son objeto, en las que la excepción es aplicada en beneficio del demandante supliendo las falencias de su demanda, en aras del control de legalidad[118], y a través de las cuales se pueden plantear serias dudas sobre la vigencia de las reglas esenciales referidas a la caducidad de acciones contencioso administrativas o incluso, sobre la distribución de competencias jurisdiccionales: El Consejo de Estado, por ejemplo, anuló el nombramiento de un funcionario, sobre la base de la excepción de inconstitucionalidad del decreto-ley que otorgó competencia al nominador para el nombramiento[119]. Existiendo un fallo de inexquibilidad de la Corte Constitucional del decreto ley, posterior al nombramiento pero anterior al fallo del Consejo de Estado, el consejero que salvó su voto consideró que la Sala había dado en realidad un efecto retroactivo a la sentencia de inexequibilidad, sin que ésta lo previera, en ejercicio de su competencia exclusiva para modular los efectos temporales de sus fallos[120].

[117] C.E. sec. I, sent. enero 24 de 2008, citada.

[118] Por ejemplo, la anulación de oficio del acta de liquidación de un contrato durante el trámite del proceso ejecutivo para su cobro, adelantado por la administración contratante contra su contratista. C.E. sec. III, sent. septiembre 13 de 2001. Exp. 17952. Salvamento de voto de los consejeros ALIER HERNÁNDEZ y RICARDO HOYOS.

[119] C.E. Sala Plena, sent. agosto 1º de 2000, exp. S-306.

[120] Salvamento del consejero ALIER HERNÁNDEZ. "La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexequible por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos y que adquieren firmeza con anterioridad al

Cont.

2. Acciones constitucionales

Las acciones constitucionales constituyen medios judiciales de realización efectivos y, en principio, rápidos de los derechos fundamentales y colectivos. Limitándonos a sus implicaciones frente al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, hemos señalado implícitamente varios de sus aspectos relevantes en el acápite precedente. Algunos comentarios complementarios parecen relevantes.

La acción de tutela, que corresponde a la acción de amparo en otros regímenes constitucionales latinoamericanos[121], tiene por objeto la efectiva protección de los derechos fundamentales por medio de un procedimiento sumario y preferente ante cualquier juez, quien puede ordenar variadas medidas de inmediato cumplimiento[122].

La generalidad de la acción y la flexibilidad de las posibles medidas adoptadas por el juez suponen una gran restricción de la presunción de legalidad de los actos. No obstante, la acción tiene un carácter subsidiario, cuando el actor *no disponga de otro medio judicial*. Por ello, la Corte Constitucional niega con frecuencia la pertinencia de la tutela, al resaltar que contra los actos administrativos existe la posibilidad de la suspensión provisional y no se evidencia la gravedad de la violación alegada[123], aunque de ello no pueda deducirse una exclusión general de la tutela, por cuanto las acciones tienen finalidades diferentes.

mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas".

[121] México, Brasil, Argentina, El Salvador, Guatemala, Honduras, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Costa Rica, México, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú y Venezuela.

[122] CN. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

[123] C.C., sents C-210/03; T-450/04; T-609/05; T-575/02; T-383/01; T-962/01; T-383/01; T-151/01; T-1321/01; C-666/00; T-766/06.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que no existe una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela. Como vimos, la primera limita la posibilidad del juez administrativo, quien debe constatar la evidencia de la contradicción entre la norma acusada y la norma superior a la que está subordinada. "En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza, los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado"[124].

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa explica que el juez de tutela no tiene la competencia para suspender los actos administrativos, por la reserva establecida por la misma Constitución a la jurisdicción administrativa (CN, art. 238)[125] y la Corte Constitucional ha definido, en sentencia de unificación, que la excepción de ilegalidad no es procedente en la acción de tutela[126]. Sin embargo, el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la Institución, prevé como medida provisional para proteger un derecho fundamental que el juez, desde la presentación de la solicitud y cuando lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, *suspenda la aplicación del acto concreto* que amenace o vulnere el derecho. Además, la misma reglamentación deja un amplio margen de maniobra al juez, quien "podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante", medida que será ejecutada inmediatamente, sin perjuicio de la apelación concedida en efecto devolutivo, a diferencia de la suspensión provisional.

La Corte Constitucional considera que este artículo no permite la suspensión de los actos administrativos, sino tan sólo la *inaplicación temporal al caso concreto*[127]. Este eufemismo tiene cierta aplicación frente a los actos generales, por cuanto, como hemos visto, la excepción de inconstitucionalidad nunca tiene el carácter general de las decisiones tomadas en la acción contencioso administrativa. Por el contrario, con mucha frecuencia, la tutela se refiere a un acto de carácter particular, cuya *inaplicación al caso concreto* implica en realidad su suspensión, lo que pone de presente una forma complementaria, eficaz y expedita de restricción de la presunción de legalidad, como en realidad lo admite la misma Corte[128], aunque restringido a los casos graves.

[124] C.C., sent. T-609/05.
[125] C.E. Sala Plena, sent. septiembre 6 de 1993, exp. AC-1055; sec. III, sent. octubre 27 de 1995, exp. AC-3097 ; sec. IV, sent. agosto 2 de 2007, exp. 08001-23-31-000-2007-00294-01(AC).
[126] C.C. sent. SU-480/97.
[127] C.C., auto 013/04.
[128] C.C., T397/97: "Si la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede suspender provisionalmente el acto manifiestamente ilegal o inconstitucional y naturalmente decretar su nulidad, la misma facultad, por la vía de la inaplicación por inconstitucional, la debe tener

Cont.

En fin, estas observaciones también son en gran parte pertinentes frente a la acción popular, que tiene por objeto la protección de derechos colectivos[129]. Aquí la restricción del principio de presunción de legalidad es menos significativa que en la tutela, por cuanto el juez de esta acción es el juez administrativo (L-472/98, art. 15). La situación sería, por ello, más cercana a las restricciones del principio de presunción de legalidad derivadas de la suspensión provisional. Pero, en realidad, la acción comparte características de la tutela que la hacen más expedita que la suspensión provisional. El capítulo III de la ley 472, que la regula, establece como principios: la prevalencia del derecho sustancial, la celeridad y eficacia (art. 5), el trámite preferente (art. 6) y, sobre todo, la amplitud de las posibles medidas cautelares que el juez "estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere caudado", incluso de oficio (art. 25), frente a las que los recursos de reposición y apelación se conceden en efecto devolutivo (art. 26).

En cuanto a la decisión de fondo, la acción popular ha sido un medio importante en el que el juez administrativo ha aplicado la excepción de ilegalidad, para garantizar la efectividad de los derechos colectivos. Así, el Consejo de Estado ha exceptuado la aplicación de un decreto que impuso al Ministerio de Protección social solicitar al Ministerio de Hacienda recursos del presupuesto nacional, y obligó al Gobierno Nacional a destinarlos directamente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud[130]. Igualmente la Corporación inaplicó una licencia de construcción otorgada a la Administración Postal Nacional, por cuanto la autorizaba a la construcción de una plazoleta en un área de espacio público que no había sido desafectada previamente por la autoridad competente[131].

* * *

Los alcances de la presunción de juridicidad se anuncian simples, como manifestación de las condiciones del acto administrativo: La actividad administrativa exige que sus decisiones sean cumplidas, por lo que es necesario partir del supuesto de que son legítimas, lo que a su vez les permite modificar

el juez constitucional de la tutela, cuando se den las siguientes condiciones: Que el acto viole manifiestamente, es decir, en forma ostensible y flagrante un derecho constitucional fundamental; Que dicha violación sea permanente y que por lo tanto sea necesaria la inaplicación del acto administrativo particular y concreto para asegurar la vigencia e inmediata efectividad del derecho fundamental".

[129] CN, art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...

[130] C.E., sec. III, sent. mayo 16 de 2007, exp. 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP).

[131] C.E., sec. III, sent. julio 15 de 2004, exp. 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP).

directamente las situaciones jurídicas y garantizar su efectiva realización, inclusive por la coacción directa.

Pero el derecho administrativo se ha estructurado en torno a la configuración de la legitimidad de las órdenes de la administración y, muy particularmente, de los medios para sancionar sus comportamientos ilícitos, desproporcionados o injustificados, lo que implica crear mecanismos que permitan desvirtuar la presunción de juridicidad en tiempo y modalidades útiles.

La seguridad jurídica del acto, a la base de su presunción de juridicidad, se opone a la efectiva realidad de su juridicidad. Privilegiar una, necesariamente va en detrimento de la otra. Este difícil equilibrio se establece mediante fronteras móviles, dependiendo de los valores jurídicos protegidos en un momento y latitud determinados. Así, los medios de control tradicionales configurados por los recursos contencioso administrativos parecen eficaces para sancionar irregularidades, más no para evitarlas o detenerlas. El desarrollo de los derechos fundamentales y la efectividad de las garantías constitucionales han dado a los jueces enormes poderes para frenar, suspender y hasta suprimir situaciones ilícitas, pero estas prerrogativas pueden constituir perversión de algunos principios básicos, como la competencia de las jurisdicciones especializadas administrativa y constitucional o las reglas procesales de las acciones contencioso administrativas. De la prerrogativa reconocida a la administración por la presunción de legalidad de sus actos, nos orientamos a la prerrogativa del juez, quien define situaciones, en ocasiones ajenas a su especialidad y, cada vez con mayor frecuencia, crea el derecho. Los controles básicos del control judicial tradicional, enunciados como contrapeso de la presunción de juridicidad, esto es la anulación y la suspensión de los actos por la jurisdicción especializada, se ven alcanzados, y con frecuencia doblados, por los medios alternos de las acciones constitucionales, en principio previstas como excepcionales.

En medio de esta tensión, la jurisprudencia no se muestra multiforme. En ocasiones, no despliega todas las consecuencias de la presunción de legalidad, como en la prejudicialidad reconocida en los procesos de ejecución de actos. En otras, es prudente ante los poderes reconocidos a la administración y al juez para decidir sobre la legalidad de actos por fuera de los canales normales, como en los casos de las excepciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad y de la revocatoria directa. En fin, existen temas en los cuáles no se pueden decantar soluciones concluyentes, como en los efectos de la anulación de actos, de su revocatoria directa o de las declaraciones de inexequibilidad, incertidumbres que se transmiten necesariamente al alcance de la presunción de juridicidad de los actos administrativos y que ponen de presente la necesidad de desarrollos jurídicos complementarios.

LA INMUTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CREADOR DE DERECHOS SUBJETIVOS ADMINISTRATIVOS FIRMES Y DEFINITIVOS

Enrique Rojas Franco

I. Concepto de acto administrativo

Resulta difícil tener un concepto de acto administrativo determinado como único y válido, por cuanto la noción de acto administrativo admite tantas definiciones como sistemas doctrinarios existen en el derecho público.

En este sentido, podríamos definir elementalmente al acto administrativo como una manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública, destinada a producir un efecto jurídico material que se ejecuta aún contra la voluntad, o sin el consentimiento del destinatario. Es decir, el acto administrativo es por definición unilateral, esto no implica que no existan actos bilaterales como un contrato entre dos entidades de Derecho Público, o entre un particular cocontratante y la Administración.

Asimismo, el jurista don EDUARDO ORTIZ ORTIZ ha definido el acto administrativo en los siguientes términos:

> Suele definirse el acto administrativo como una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente del administración *en uso de una potestad administrativa*[1].

Todo acto de voluntad de la administración debe obedecer a un esquema típico que exige la presencia ordenada y relacionada de varios objetos, necesarios para que aquella conducta se pueda tener como plenamente exteriorizada. El acto administrativo está compuesto por diversos elementos que componen su existencia como acto voluntad o como conducta externa de la administración, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Otras definiciones del acto administrativo tratadas por diversos académicos son las siguientes:

---

[1] ORTIZ ORTIZ, E.: *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II. Editorial Stradtman, Bogotá, Colombia, 2002, pág. 291.

> ... la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa[2].
>
> Cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa[3].
>
> Toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas[4].
>
> Es un acto de autoridad que emana de la Administración que determina frente al súbdito lo que para él debe ser Derecho en el caso individual[5].

Asimismo, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en Res: 00019-99, de las 9:40 horas, del 22 de enero de 1999, con base en lo expuesto por los profesores GARCÍA ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, muy atinadamente ha definido el acto administrativo de la siguiente manera:

> Para la doctrina, acto administrativo es "...la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...dicha declaración intelectual excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal, o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa. Esto teniendo en cuenta que no se admiten ejecuciones materiales limitativas sin un previo acto que, defina lo que es de derecho en el caso concreto, lo cual, viene a excluir la expresión tácita de declaración en cuanto a la esfera jurídica del destinatario...[6]

II. Elementos de validez del acto administrativo

Los elementos de un acto administrativo están reglados cuando el Ordenamiento jurídico los establece expresa o implícitamente. En estos términos, "Los elementos de un acto administrativo son discrecionales cuando aquél no los

[2] GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, 5 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Argentina, 1998, pág. X-11.
[3] Citado por ROMERO PÉREZ, J. E.: "El Acto Administrativo", en *Revista de Ciencias Jurídicas* 45, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1983, pág. 92.
[4] Citado por GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol I, Parte General, 10 Edición, Tecnos, España, 1987, pág. 374.
[5] V. GARRIDO FALLA, F.: Op Cit. pág. 377.
[6] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.-R.: *Curso de derecho administrativo*, 1º. Editorial, Civitas, Madrid, España, 1984, pág. 505.

configura y entonces su autor puede configurarlos dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico. El Ordenamiento jurídico cuando no regula los elementos de un acto, permite implícitamente que la Administración los configure discrecionalmente (...)"[7]

Los elementos de validez del acto administrativo, pese a algunas diferencias entre los autores[8], son los siguientes:

- **Sujeto:** Agente o autoridad que emite el acto, debe tener competencia y una investidura regular que le permita emitir los actos.

- **Motivo:** El motivo es la causa justificante del acto, todo acto debe tener motivo[9]. Es su por qué.

- **Contenido:** Es lo que dispone el acto, lo que manifiesta, dispone u ordena[10]. Debe revelar certeza, ser viable y lícito.

- **Forma:** Es la manera como se expresa el acto jurídico, es el cumplimiento de requisitos formales exigidos por el ordenamiento.

- **Fin:** Es lo que persigue satisfacer el acto, el bien público, el interés general.

---

[7] BOQUERA OLIVER, J. M.: *Estudios sobre el acto administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pág. 96.

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA divide los elementos en *Subjetivos*: Administración, Órgano, Competencia, investidura del titular del órgano. *Objetivos*: Presupuesto de hecho, fin, causa, motivo. *Formales*: Declaración, contenido y objeto. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas España, 1975. GARRIDO FALLA cita los siguientes elementos: sujeto, objeto o contenido, causa, fin y forma. Editorial Civitas. Madrid, España, 1984. Pág. 417. ZANOBINI: Los elementos son sujeto, objeto, voluntad, contenido y forma. ROYO VILLANOVA establece: Competencia, motivos, contenido u objeto, el fin y la forma. Los dos últimos autores son citados por GARRIDO FALLA., F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol I. Parte General, 10a Edición, Tecnos, España. 1987, pág. 416.

[9] El motivo, para el Magistrado Jinesta Lobo es entendido como "... los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo y sobre las cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste." En este mismo sentido ha señalado el magistrado JINESTA LOBO que "... habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes justifican su emisión son falsos, o bien cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe (...). El acto administrativo, sea reglado o discrecional, debe fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes, lo mismo que en el derecho vigente, de lo contrario faltará el motivo." (JINESTA LOBO E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Primera Edición, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2002, pág. 370.)

[10] "El contenido es lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas". JINESTA LOBO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo.* tomo I, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., pág. 524.

III. Clasificación

Son las posibilidades que tiene el acto administrativo de manifestarse según características diferenciadas así, si el acto se dirige a afectar o beneficiar a un sujeto que se encuentra fuera de la organización administrativa, se denominará "externo", o a la inversa, si pretende regular u ordenar la organización interna, se denomina "interno". El interno afecta solamente a los funcionarios o servidores públicos, pero no a los usuarios o administrados del servicio público, por ejemplo, circulares, instrucciones, órdenes de servicio público. Surge la Teoría de las Relaciones Generales o Especiales[11].

En cuanto a los efectos jurídico materiales, si el acto afecta o beneficia a sujetos de derecho (físico o jurídico).

Ahora, si el efecto del acto se dirige a un sujeto determinado en tiempo y espacio, al acto se le denomina "acto concreto", individual o particular; por el contrario, cuando el sujeto es indeterminable, por destinarse a una generalidad de sujetos, al igual que la ley o el Reglamento de contenido no especifico, se denomina acto de contenido general. La identificación precisa o imprecisa, permite diferenciar ambos tipos de actos.

Existen otras clasificaciones del acto administrativo no contempladas en la Ley General de la Administración Pública, (Ley Nº 6227, del 2 de mayo de 1978), así: *El acto preparatorio, acto principal, acto integrativo, acto confirmativo y el reproductivo.*

El acto preparatorio es el que prepara la emisión del acto administrativo final, no produce ningún efecto externo, autónomo e independientemente, sino por medio de éste último. No es impugnable per se, sino posteriormente cuando se produce el acto que produce grief, o sea, es el acto constitutivo. Cuando el acto final se impugna, se impugna el preparatorio.

Si se anula el acto final, se puede anular el acto preparatorio, pero no a la inversa. El acto final es el que termina un procedimiento administrativo que produce el efecto jurídico lesivo o de beneficio. Es el verdadero acto administrativo, el que produce estado.

El acto integrativo es el que interviene en la fase de integración de la eficacia del acto y casi siempre es un acto de control, fiscalización o aprobación.

[11] Al respecto se puede ver, VENTURA RODRÍGUEZ, M.: *La Categoría Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público*, San José, Costa Rica, 2004.

El acto de control es distinto del principal por su contenido, que es influir sobre la eficacia del acto final[12], y por su fin, que es permitir a la Administración cumplir con la Ley o el Reglamento, o bien adaptarse a las reglas de la oportunidad, la conveniencia y la técnica[13].

IV. La invalidez de los actos administrativos

El acto administrativo inválido, es el que no conforma sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta. El artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

> Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.

Aquí lo importante es una confrontación entre el acto y el ordenamiento jurídico, el cual está constituido por normas no escritas y escritas. En cuanto al móvil del funcionario que lo dicta, es jurídicamente irrelevante, el funcionario público puede dictar sus actos, por razones de amistad, de amor, de parentesco, político-electores, etc., lo cual no interesa al Derecho Administrativo, lo que interesa es la confrontación del acto con una norma jurídica. Si la norma jurídica autoriza el acto, éste es válido, sino lo autoriza, o va en contra de sus elementos, sujeto, motivo, contenido y fin, el acto es inválido.

Ahora bien, el artículo 130 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

> 1. El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento.
>
> 2. El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, la ausencia de éstos viciará el acto, de conformidad con esta ley.
>
> 3. El dolo y la violencia viciarán el acto únicamente cuando constituyan desviación de poder.

[12] Artículo 145 Ley General de la Administración Pública
1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.
2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.
3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.
4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

[13] ORTIZ ORTIZ, E.: *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II. Editorial Stradtman, Bogotá, Colombia, pág. 413.

En la normativa anterior encontramos uno de los elementos más importantes del acto administrativo, que es el *fin*. El fin es el que establece el ordenamiento jurídico y no puede ser discrecionalmente por el funcionario. Al ser el acto administrativo una manifestación objetiva, que ordena, manda, por ende, debe ser una manifestación libre y consciente del servidor público de buscar satisfacer el interés público, o sea, producir el efecto jurídico material que el ordenamiento ha establecido, porque todo acto administrativo tiene la presunción o el deber de satisfacer los fines públicos, los fines de interés general, establecidos por las normas jurídicas, que integran el ordenamiento jurídico.

Por ende, las sanciones de invalidez del acto, producen su ineficacia, y la posibilidad de su anulación (primera sanción). La segunda sanción es la posibilidad de responsabilidad por actos ilícitos.

V. Motivación de los actos administrativos

En este punto, debemos hacer la diferencia entre motivo del acto, que siempre debe existir y la motivación, que son consideraciones de hecho y de derecho, respecto de la obligación que tienen determinados actos de expresarse. Motivación es convencer, motivación es indicar los hechos, el derecho, son los considerandos o razones como quieran llamarse, pero por ejemplo, no puede decirse "usted está suspendido por tres días", sin indicar la motivación de la suspensión, verbigracia, la ausencia injustificada al trabajo durante tres días continuos, o porque usted le faltó el respecto a su Superior.

Ahora bien, es obligatorio motivar los actos[14], al menos indicar sus fundamentos jurídicos, de conformidad con el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública que cita expresamente:

> 1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:
>
> a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
> b) Los que resuelvan recursos;
> c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
> d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
> e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
> f) Los que deban serlo en virtud de ley.

[14] Al respecto, la Procuraduría General de la República ha señalado: "Es conveniente, entonces motivar los actos que emite la Administración en los supuestos que la LGAP expresamente no prevé. En los supuestos previstos legalmente, es deber de la Administración motivarlos, y de no proceder así, se podría recurrir en un vicio" (*Manual de procedimiento Administrativo,* PGR, pág. 69).

> 2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia."

En este sentido, el inciso a), hace referencia a los actos ablatorios o ablativos, que la doctrina italiana ha utilizado el vocablo latino "ablatio", que denota la acción de quitar, cortar o eliminar[15] son los actos que eliminan, suspenden, modifican derechos subjetivos, y cuya interpretación debe ser restrictiva y no ampliativa, y deben seguir los *principios del debido proceso*, según jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional de Costa Rica (Votos 1739-1992, 02488-2001, entre otros). Por ende, si se le va a eliminar un derecho subjetivo a una persona, le van a limitar ese derecho, se lo van a suprimir o le van a denegar derechos subjetivos, como el derecho a una pensión, el derecho a gozar de un bien de la vida, a ser usuario de un servicio público, concesionario, necesariamente debe motivarse.

Siempre he manifestado que los actos que declaren la deserción de las licitaciones, tienen un único fundamento, por no interesar al interés público, esto en mi criterio viola la norma de la motivación, por cuanto desde el punto de vista del costo económico y el tiempo invertido por el oferente en preparar un Cartel de Licitación, sino es muy importante para efecto de moralidad o salud pública, saber cuáles fueron los fundamentos de hecho y de Derecho, para que la Administración no anulara todo un procedimiento para adjudicar una obra, un servicio público, adquirir un bien o un servicio. Debe tenerse presente que para iniciar ese procedimiento, tiene que haber cumplido varias etapas, que son los que se denominan los "Antecedentes previos a la Licitación", de modo que tienen que ser hechos sobrevinientes muy importantes, para que se establezca, porque en el fondo significa una revocación.

Empero, puede decirse que se establecen para reforzar la moralidad administrativa, significa que a veces un oferente a quien se pretende ilegítimamente o inválidamente adjudicarle el concurso, ha incumplido con un requisito sustancial e insubsanable, entonces, como no se puede sanear ni convertir el acto adjudicatorio, entonces, simple y llanamente se declara la Nulidad de todo el procedimiento, para que después en el nuevo Concurso Público, el oferente favorecido ilícitamente, pueda llenar y cumplir con el requisito omitido en el anterior Concurso Público. De ahí que es imprescindible y necesario, que se deba motivar como requisito esencial del debido proceso, porque si bien los oferentes tienen una expectativa de derecho (interés legítimo), no un derecho subjetivo, no obstante, simple y llanamente por razones sobre todo de ética

[15] Véase al respecto BREWER CARIAS, A. R.: *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A. 1990, págs. 145-146.

pública, debe decirse las razones o el por qué, de manera fundamentada, no se sigue adelante y no se adjudica un concurso público.

Asimismo, los reglamentos y actos discrecionales de alcance general, deben ser objeto de motivación.

VI. Clasificación por el contenido del acto administrativo

Los actos se pueden clasificar desde el punto de vista del contenido en actos favorables y desfavorables**.** El ius imperium del Estado significa la posibilidad jurídica de dictar actos jurídicos, que pueden ser perjudiciales para el destinatario porque les elimina, les rechaza, les modifica, les suspende derechos subjetivos o se le imponen obligaciones, pero también puede crear situaciones jurídicas de beneficio o utilidad para el administrado. El ius imperium es potestad exclusiva del Estado, por ende, es siempre una potestad pública, para realizar actos unilaterales, que conceden derechos al particular, o que le cercena, modifica, elimina derechos subjetivos (actos ablativos o ablatorios). El típico ejemplo, es el acto expropiatorio, que incluso tiene sustento en la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 45[16].

La "*potestad*" es un poder de realizar actos jurídicos unilaterales frente a cualquier particular. Ahora bien, la situación del sujeto privado, que queda sometido a los efectos de esos actos jurídico-materiales, sin impedir que se puedan realizar y con la obligación más bien de cumplirlos, se llama sujeción. En consecuencia, aquel sujeto, que se encuentra en estado de sujeción frente al Estado, se llama "administrado". Por ende, el administrado es aquel que queda sujeto a los efectos de los actos jurídicos materiales de la Administración sin poder resistir o en términos generales, debe cumplirlo o acatarlo inexorablemente. Es administrado, el propietario de un bien que es expropiado, el contribuyente, el cocontratante de la Administración.

En este mismo sentido, podemos decir que cuando la Administración emite sus actos, produce por lo general una incidencia en la esfera del administrado, la cual no siempre es ablativa o desfavorable, por ende, a través de sus actos administrativos el Estado también reconoce al ciudadano derechos, le otorga beneficios, pone en marcha servicios públicos, autoriza su actuación privada[17].

[16] Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.
Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

[17] Al respecto ver GONZÁLEZ CAMACHO, O.: *La Justicia Administrativa*, Tomo I, 1 ed. IJSA, San José, C.R, 2002, pág. 289.

Por lo tanto, hay actos administrativos favorables al particular, y dentro de ellos, algunos que crean un derecho o posible exigencia de un comportamiento activo de la Administración (material o jurídico), al que no se puede faltar por pasividad injustificada. Se trata de esos actos favorables que declaran o reconocen una situación de ventaja para el administrado (en tanto comprometen al ente público a un dar o hacer, jurídico o material), pero que luego son incumplidos por la inactividad de la propia Administración. Sería el caso por ejemplo de una subvención, una concesión, un reconocimiento de un crédito, etc. En efecto, una vez creada por acto propio la obligación de dar o hacer en favor del administrado, no cabe el incumplimiento por inactividad, pues en tal caso, el afectado puede acudir al Juez solicitando el despliegue de la prestación, fáctica o jurídica, que le fue reconocida o concedida. Claro está, que el acto que crea la obligación debe estar, como regla general, firme, ya que no se podría exigir algo que todavía no está consolidado[18].

De manera muy clara, el Prof. EDUARDO ORTIZ ORTIZ ha señalado que los actos se pueden clasificar de acuerdo con el contenido, en Favorables y Desfavorables, y señala:

Los *actos favorables* se podrían clasificar de la siguiente manera:

– *Admisión*: La admisión es el acto que, según ZANOBINI, tiene "como efecto la incorporación del particular a una institución u organización, o simplemente a una categoría particular de personas con el fin de hacerle participar en algunos derechos o ventaja, o en el goce de algunos servicios administrativos." En este sentido, lo esencial de la admisión es la dicha incorporación del particular a un grupo, institución o servicio público y que siempre que este derecho se produzca se configura la admisión, aunque nazcan simultáneamente otros derechos a favor de la administración. Admisiones típicas son los actos discrecionales que permiten al pobre gozar de asistencia hospitalaria gratuita, o que confieren la nacionalidad costarricense, o reconocen la personalidad de una asociación, etc.

– *Concesión*: la concesión se define como el acto, con el cual la administración pública transfiere a otro un derecho o un poder propios, o, sin transmitirlo pero limitando con base en él, confiere a otro un derecho o poder nuevos.

– *Autorizaciones*: La autorización del acto con el cual la administración confiere la potestad de ejercer derechos que ya existen en cabeza del administrado después de una apreciación discrecionales sobre la oportunidad del ejercicio y su utilidad y de conformidad con el interés público. La autorización, es un medio típico de ejercer la llamada tutela administrativa.

[18] Ibídem. pág. 290.

– *Aprobaciones*: la aprobación es el acto en virtud del cual resulta eficaz y ejecutivo un acto jurídico ya perfecto, que puede no ser válido. La aprobación supone que el acto aprobado ha alcanzado ya su plena su formación pero que no es todavía eficaz ni puede ser llevado a la práctica, por falta de un control confirmativo de su legalidad; como de oportunidad, de oficio o a petición del órgano interesado. La forma principal de la aprobación en Costa Rica es el control ejercido sobre la administración central y descentralizada por parte de la Contraloría General de la República.

Por otra parte, los *actos desfavorables* se podrían clasificar de la siguiente manera:

– *Órdenes*: Son actos con los cuales la administración, sobre la base de su supremacía, hace surgir a cargo de un sujeto un deber positivo (mandato) o pasivo (prohibición), cuya inobservancia da lugar a una sanción de carácter administrativo.

– *Actos de conversión*: son actos que tienen por objeto la supresión total o parcial de la propiedad a cambio de una indemnización, con o sin traspaso de la administración. Su forma típica es la expropiación.

– *Actos extintivos*: son los que tienen como efecto la extinción de un derecho, sin indemnización alguna. Los actos distintivos son los que esencialmente ponen fin a la eficacia del acto administrativo, es decir, la anulación, la declaración de nulidad absoluta.

– *Actos punitivos*: son las sanciones de la conducta antijurídica del administrado. Por ejemplo las multas[19].

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), ley número 8508, a partir del 1 de enero del 2008, en su artículo 176[20] se incorpora la figura de la ejecución forzosa de acto administrativo firme y favorable al administrado, ya existente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública[21], la cual se reiteró en el CPCA, en los supuestos en los que se ha

[19] Al respecto ver ORTIZ ORTIZ, E.: *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Stradtman, Bogotá, Colombia, págs. 399-409

[20] Código Procesal Contencioso Administrativo
Artículo 176.- Cuando la Administración Pública no cumpla sus actos firmes y favorables para el administrado, este podrá hacerlos ejecutar, de conformidad con el presente capítulo.

[21] Ley General de la Administración Pública.
Artículo 228.- La Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes, a cuyo efecto serán aplicables las disposiciones del capítulo de ejecución de sentencias de la Código Procesal Contencioso Administrativo.

conferido un derecho por parte de la administración y ésta no cumpla con su ejecución, en éste caso, el beneficiario puede acudir a la vía directa en sede jurisdiccional de la ejecución para obligar a la administración al cumplimiento efectivo de lo que ella misma otorgó y ahora niega. Los *actos firmes* son aquellos que causan estado, no es posible recurrirlos más, sea porque se dio por agotada la vía administrativa o porque no se ejercieron los recursos correspondientes. En síntesis, los *actos favorables* son aquellos que confieren un derecho subjetivo, es decir, una ventaja –crea una nueva situación o amplía una situación jurídica del administrado en relación con la Administración– a favor de un administrado[22].

VII. La revocación del acto administrativo

En un sentido estricto, la revocación –a diferencia de la revisión– presupone un acto válido al que se priva de efectos por razones de oportunidad, conveniencia o mérito (facultad discrecional) la jurisprudencia utiliza el término en sentido amplio, refiriéndolo a la privación de efectos tanto por razones de legitimidad como por razones de oportunidad[23]. En este mismo sentido, la revocación supone, la destrucción de un previo acto, basada en razones de *estricta legalidad* y, por tanto, potencialmente sólo en motivos de oportunidad relacionados con la valoración del interés público en cada momento[24].

Simplemente hay que diferenciar entre revocar un acto de su anulación. El primero se hace por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, es decir, normalmente en ejercicio de una potestad discrecional que tiene la Administración Pública. La Nulidad se hace por vicios, motivo, en el sujeto, en el procedimiento, en el contenido, o en el fin. En este sentido, el artículo 152 de la Ley General de la Administración Pública establece:

> 1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.
>
> 2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.

[22] JINESTA LOBO, E.; GONZÁLEZ CAMACHO, O.; MILANO SÁNCHEZ, A.; JIMÉNEZ MEZA, M.: *El Nuevo proceso Contencioso-Administrativo. Poder Judicial*, Departamento de artes gráficas. San José, 2006, pág. 607.

[23] V. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *RAP*, núm. 1, págs. 149 y sigs.

[24] V. PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel S.A. 1 edición, 2003, pág. 936.

Esto último significa que no en todos los casos pueden revocarse los actos, es decir, que existen prohibiciones, y que si se hiciera, el acto revocado es nulo.

Básicamente existe una confrontación entre lo que el acto ordena, dispone o ejecuta y el interés público. El tiempo no es un factor para evitar la revocación, menos los derechos creados o la naturaleza o demás circunstancias de la relación jurídico-publica establecida y que se intenta poner fin. Es importante establecer que, normalmente la revocación surge por hechos sobrevinientes, es decir, por antecedentes fácticos o de hecho, que no fueron tomados al inicio, cuando se emitió el acto administrativo.

Posteriormente se llega a una inadecuación con el fin público, y consecuentemente, se establece la inoportunidad de ese acto. Eso es lo que indica el artículo 153 de la LGAP que dice:

> 1. La revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario.
>
> 2. También podrá fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado.

Es decir, de acuerdo a la norma citada ut supra, los hechos sobrevinientes son esencialmente los que establecen que el acto no sea oportuno, no obstante, también puede fundarse la revocación, en una diferente valoración de las mismas circunstancias de hecho, empero, aquí pareciera que lo que se establece es un vicio de exceso de poder, sobre todo que se refiere a una diferente valoración del interés público afectado, o sea, no se busca el interés público querido por el ordenamiento, sino otro diferente y contrario al ordenamiento, lo que produce los vicios de exceso y desviación de poder. En Francia y España, algunos consideran que no es posible, salvo que exista una Ley que establezca la potestad de revocación. En Costa Rica si existe, es la Ley General de la Administración Pública.

En este tema, se aplica el principio de los actos propios[25]. Este principio significa que nadie puede dejar sin efecto las consecuencias de sus propios actos en perjuicio de tercero.

[25] "Según este principio, la Administración está inhibida para anular o dejar sin efecto, total o parcialmente, en sede administrativa, sus actos declaratorios de derechos subjetivos en beneficio de particulares, salvo los casos de excepción contemplados en la ley y conforme a los procedimientos que ella misma señala al efecto". HERNÁNDEZ VALLE, R.: *El Derecho de la Constitución*, Volumen II, Editorial Juricentro, 1993, pág. 637.

El acto administrativo válido y regular, que ha producido derechos subjetivos públicos, sólo puede ser eliminado con el consentimiento del administrado, destinatario de sus efectos jurídico-materiales.

No obstante, la realidad es que la revocación es procedente siempre y cuando se establezca una justa indemnización por los daños y perjuicios que conlleva el eliminar los derechos adquiridos.

El artículo 5º de la Ley General de la Administración Pública establece:

> 1. La aplicación de los principios fundamentales del servicio público a la actividad de los entes públicos no podrá alterar sus contratos ni violar los derechos adquiridos con base en los mismos, salvo razones de urgente necesidad.
>
> 2. En esta última hipótesis el ente público determinante del cambio o alteración será responsable por los daños y perjuicios causados.

Es lo cierto, que esa alteración ni la violación de derechos adquiridos, sólo se puede dar en casos de urgente necesidad, pero en esa última hipótesis el Estado es responsable por los daños y perjuicios causados.

La realidad es que la revocación se da con base en el principio de discrecionalidad, establecido en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública[26], que establece la potestad discrecional. Toda potestad discrecional por el motivo, especialmente, o sea, el por qué del acto, incluye la potestad de revocar el acto que autoriza. La potestad de revocar sirve para cumplir el fin público y permite dictar otro en lugar y distinto al revocado, incluso la de suspenderlo, mientras se establece la oportunidad de definir las consecuencias de dictar el nuevo, conforme al interés público. Todas esas potestades de iniciativa de suspensión, de revocación, de sustitución del acto, emanan de una sola, la de realizar lo expresamente autorizado por la norma. El Principio de Legalidad y de Reserva de Ley, significa que no puede haber revocación si no existe texto legal que lo autorice.

Por otra parte, no solamente puede revocar el acto quien puede dictarlo, sino su superior jerarca, propio, previo dictamen del jerarca impropio. No obstante, se establece por el artículo 155 de la LGAP:

[26] Artículo 16.
1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.
Artículo 160.
El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso.

> 1. La revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo, previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República.
>
> 2. Simultáneamente deberá contener el reconocimiento y si es posible el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta.
>
> 3. En todo caso los daños y perjuicios deberán ser liquidados por la Administración dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado que contenga la liquidación pretendida por éste.

La normativa anterior establece que la revocación deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo, pero como debe pagarse daños y perjuicios, necesita aprobación favorable de la Contraloría General de la República. En este sentido es importante establecer previamente, que al tratarse de eliminar derechos subjetivos públicos, y de acuerdo con la Teoría de los actos propios, y de las normas y principios del debido proceso, debe aplicarse los artículos 214 y 308 de la Ley General de la Administración Pública[27], o sea, debe haber un procedimiento ordinario previo, con un Órgano Director de Procedimiento.

Ahora bien, tal y como se indica en el artículo 155 de la LGAP, cuando se revoca, debe contener el "...reconocimiento y si es posible el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta. En todo caso los daños y perjuicios deberán ser liquidados por la Administración dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado que contenga la liquidación pretendida por éste".

Con base en lo anterior, hay dos aspectos de importancia, o la Administración lo calcula, lo liquida, o el particular presenta el Reclamo correspondiente,

[27] Artículo 214.-
1. El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
2. Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final.
Artículo 308.-
1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:
a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndoles o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.
2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad.

conteniendo la liquidación de daños y perjuicios. Es importante mencionar que, en nuestro criterio puede revocarse el acto, no sólo el superior jerarca, sino el que lo dicta, siempre y cuando conserve potestades para hacerlo.

> ...Cuando como en el caso de los órganos que deciden recursos jerárquicos (Contraloría General de la República, Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal Contencioso Administrativo, en relación con acuerdos municipales), la competencia se agota una vez dictado el acto, el órgano que lo tomó, carece de potestad para revocarlo[28].

Es claro que el superior jerarca puede revocar siempre y cuando el inferior no tenga competencia exclusiva en la materia, en este caso, únicamente podrá hacerlo el superior, el autor del acto y no su superior. Puede revocar también el sustituto legal de los actos del sustituido o a la inversa, y puede el sustituido revocar los actos del sustituto, cuando hay un contralor sustitutivo total por ser reemplazado en los órganos mismos.

Asimismo, el artículo 156 de la LGAP dice:

> 1. No será posible la revocación de actos reglados.
>
> 2. La revocación de actos discrecionales de efecto continuado podrá hacerse de conformidad con los artículos anteriores.
>
> 3. Los actos desfavorables al administrado podrán ser revocados, aun si ya son firmes para el particular, previo dictamen de la Contraloría General de la República.
>
> 4. La potestad de revocación consagrada en el párrafo anterior caducará en cuatro años.

Si el acto tiene que dictarse y su oportunidad está impuesta por ley, por un motivo reglado, no puede ser revocado, en razón de que el juicio de oportunidad, la conveniencia o el mérito, establecido por la Ley, sustituye, elimina el poder discrecional de la Administrador. Por ejemplo, las certificaciones, los atestados, las inscripciones, las comunicaciones, las actas, las declaraciones constitutivas. Son también irrevocables los actos reglados que sirven para declarar a la Administración activa, los términos en que debe resolver, mediante simples declaraciones de conocimiento, como las aprobaciones, autorizaciones, refrendos o los vistos buenos. No obstante, la revocación de actos discrecionales de efecto continuado, no de efecto instantáneo obviamente, podrá hacerse de conformidad con los artículos anteriores.

[28] ORTIZ ORTIZ, E.: *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Stradtman, Bogotá, Colombia, 2002, pág. 501.

Ahora bien, los actos que son desfavorables al administrado, pueden ser revocados en cualquier tiempo, o sea, aún si ya son firmes para el particular, pero aquí se necesita un dictamen previo de la Contraloría General de la República, porque obviamente que aquí también acarrea responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios. No obstante, se establece que el poder de revocar caduca en cuatro años (art. 156 de la LGAP). Si el órgano perdió su competencia con el dictado del acto, no puede revocarlo por falta de competencia ratione temporis.

Los actos puramente negativos, son siempre irrevocables, o sea, los que establezcan deberes en la Administración y no derechos, siempre y cuando reúna los requisitos de discrecionalidad y eficacia. Es importante establecer que, el contenido de la revocación debe estar establecido con el surgimiento de un hecho nuevo que justifique la revocación. Si ese hecho no existe o ha sido indebidamente mal apreciado, violando los límites de la discrecionalidad administrativa, como son la lógica, la justicia y la oportunidad, la revocación será nula.

El simple cambio de criterio de un funcionario no puede ser causa de la revocación, sobre ese fundamento la revocación sería nula.

VIII. El contenido de la revocación

Todo acto administrativo, puede ser revocado. Es la razón de la supremacía del interés público sobre el interés privado. De forma que la Revocación, se supone que es válida y regular, y puede destruir cualquier derecho subjetivo público, siempre y cuando, esa eliminación produzca indemnización de daños y perjuicios. Existen revocaciones normales y anormales, cuya consecuencia es la indemnización o no de los daños y perjuicios. Una licitación para construir una obra pública que es revocada, produce la indemnización de daños y perjuicios, empero, no lo produce, si se refiere a un permiso de uso del dominio público, o bien, los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa o válidamente a título precario (dominio público), pueden ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia, sin responsabilidad de la Administración, lo anterior simple y llanamente porque en un principio se dio un permiso de uso sobre una carretera, ya que no había problemas de tránsito, pero al congestionarse el mismo, puede ser revocado por el interés público.

Lo que existe es la aplicación del artículo 154 de la LGAP[29], ese tipo de revocación de permiso sobre el dominio público, no puede ser ni intempestiva, ni arbitraria

[29] Artículo 154.-
Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de
Cont.

y debe darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación, bajo apercibimiento de nulidad. Finalmente la revocación produce efecto desde que se dicta y hacia el futuro, lo que significa que no extingue el acto desde la fecha original de éste, y que todos los efectos ya producidos se mantienen; aún después de su dictado. Para lo futuro, sin embargo, queda imposibilitada la eficacia del acto y la Administración no puede, a partir de la revocación, fundar nuevos actos en el revocado.

IX. La nulidad relativa y absoluta

La nulidad es el vicio que afecta la aptitud de acto para producir efectos jurídico-materiales, en razón de su disconformidad con el derecho. La nulidad se puede llamar relativa o absoluta, lo anterior, según la gravedad del vicio que la determina. En razón de que el aspecto principal del acto administrativo es su fin y que los vicios serán más o menos importantes, por ende, la invalidez podrá manifestarse como nulidad relativa o absoluta, según el mayor o menor impedimento que representen para lograrlo[30]. Podemos indicar que la diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa es de grado, y el contenido de esta graduación está determinado por la noción de fin público inherente a todo quehacer administrativo.

De conformidad con el artículo 165 de la Ley General de la Administración Pública, "la invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida".

Tomando en cuenta lo anterior, el artículo 166 de la misma LGAP, delimita *la nulidad absoluta* del acto, y señala en qué casos el acto adolece de este tipo de nulidad. Para mejor comprensión se transcribe dicho numeral: "Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente".

Los actos administrativos serán absolutamente nulos, cuando sean disconformes con el ordenamiento en forma grave, sea, que a la vez que quebrantan la legalidad administrativa, impiden la realización de los fines públicos hacia los cuales está encaminada la actuación de la Administración. La misma Sala Primera de Costa Rica, ha reiterado lo señalado por el art. 166 de la LGAP, indicando que la nulidad absoluta se caracteriza por la falta de uno o varios de los elementos del acto administrativo[31].

oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.

[30] V. ORTIZ ORTIZ, E.: *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II. Editorial Stradtman, Bogotá, Colombia, 2002, págs. 417 y 418

[31] Al respecto se puede ver la Resolución No. 91-1995, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica.

Por otra parte, el artículo 167 de la LGAP señala que "Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta".

Para determinar si el vicio que presenta un acto administrativo, produce la nulidad absoluta o relativa de aquél, la doctrina nacional ha señalado que serán *relativamente nulos* aquellos actos que pese a su disconformidad sustancial con el ordenamiento, ésta no es grave ya que permite la realización de los fines previstos normativamente para la función administrativa que se ejerce[32]. Por ende, la nulidad relativa se presenta cuando los elementos del acto administrativo sean imperfectos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, pues en este supuesto también se trataría de una nulidad absoluta.

X. La nulidad absoluta evidente y manifiesta

La nulidad absoluta evidente y manifiesta, es toda aquella que afecte el orden público de la organización y del funcionamiento de la administración y que es, por eso mismo, grave y peligrosa para la colectividad. En este sentido, la Procuraduría General de la República se ha pronunciado acerca de los requisitos que debe presentar una nulidad para considerarse absoluta, "evidente y manifiesta". En este supuesto, ha seguido el criterio expresado por el Tribunal Supremo español, en sentencia del 26 de enero de 1961, en el sentido de que la ilegalidad manifiesta es aquella "... declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis". (Referido por GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, Madrid, centro de Estudios Constitucionales, 1982, pág. 602). La Sala Constitucional de Costa Rica claramente señala la forma en que nuestro medio ha conceptualizado la naturaleza de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

> IV.- La nulidad evidente y manifiesta como presupuesto que habilita a las administraciones públicas para ejercer su potestad de anulación oficiosa de actos administrativos favorables para el administrado. No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurran ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública,

[32] V. SABORIO VALVERDE, R.: *Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo*, Editorial Alma Mater, San José, 1986, pág. 92- 93.

> "evidente y manifiesta". Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna (...)"[33].

Ahora bien, el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública[34]; como manifestación de la autotutela administrativa, autoriza a la Administración a declarar, en vía administrativa, no jurisdiccional, la nulidad de un acto declaratorio de derechos, cuando esa nulidad, es además de absoluta, *evidente y manifiesta*, previo procedimiento ordinario, conforme a los artículos 214, 215, 217, 218, 221, 275 y 308, y previo dictamen de la Procuraduría General de la República (salvo cuando la nulidad evidente y manifiesta se refiere a actos directamente relacionado con la materia presupuestaria o de contratación administrativa, en cuyo caso el dictamen deberá rendirlo la Contraloría General de la República).

[33] Sala Constitucional, Resolución Nº 2003-4369 de las 08:30 horas del 23 de mayo del 2003.

[34] Artículo 173.-

1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante. Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.

En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.

2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.

4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.

5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.

6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.

7) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.

De forma que, de previo a que la Administración decida por cuál vía intentará declarar la nulidad absoluta de un acto creador de derechos subjetivos, es obligatorio que analice y valore detenidamente, si se está realmente ante una nulidad absoluta, "evidente y manifiesta", en los términos anteriormente expuestos. La Sala Constitucional de Costa Rica en Resolución Nº 2004-01003, ha analizado la nulidad evidente y manifiesta, sentenciando lo siguiente:

> IV.- LA NULIDAD EVIDENTE Y MANIFIESTA COMO *PRESUPUESTO QUE HABILITA A LAS ADMINISTRACIONES* PUBLICAS PARA EJERCER SU POTESTAD DE ANULACIÓN OFICIOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO. No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurran ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, "evidente y manifiesta". Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Es menester agregar que el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública no crea una suerte de bipartición de las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas simples y otras evidentes y manifiestas, sino lo que trata de propiciar es que en el supuesto de las segundas sea innecesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo para facilitar su revisión en vía administrativa.

XI. El proceso de lesividad en la legislación procesal contenciosa administrativa de Costa Rica

De conformidad con los principios constitucionales que surgen de los numerales 11 y 34 de Nuestra Norma Fundamental, y a la luz de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional de Costa Rica, a la Administración Pública le está vedada suprimir unilateralmente, aquellos actos que haya emitido en ejercicio de sus competencias, y *que confieran derechos subjetivos a los particulares*, en consecuencia, tales derechos constituyen un límite infranqueable en relación con la posibilidad que tiene la administración pública de anularlo, modificarlo o revocarlo unilateralmente[35]. En consecuencia, cuando la Administración requiera anular

[35] Al respecto ver sentencias números 2169-93 de las 10:09 hrs. del 21 de mayo de 1993, 5541-94 de las 11:27 hrs. del 23 de setiembre de 1994 y 5648-94 de las 17:00 hrs. del 28 de septiembre de 1994.

relativa o absolutamente, un acto declaratorio de derechos, debe ajustar inexorablemente a los procedimientos legales establecidos en la Ley General de la Administración Pública, y en el Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley No. 8508 de 28 de Abril del 2006, con vigencia a partir del 1º de Enero del 2008 (anteriormente dicho proceso estaba regulado por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Nº 3667 del 12 de marzo de 1966, en los artículos 10 inciso 4, 35 inciso 1 y 37 inciso 3).

Como regla general, para que la Administración pueda declarar la nulidad relativa o absoluta de un acto propio creador de derechos subjetivos a favor de los administrados, se cuenta con una presunción iuris tantum de legalidad,por ende, debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa deduciendo una pretensión de lesividad, por parte del jerarca del ente público, que implica una previa declaración de que el acto es lesivo a los intereses públicos, o de otra naturaleza (ver arts. 183.3 de la Ley General de la Administración Pública, y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo[36]); (sin previo proceso, pero motivando el acto). Estos procesos constituyen una garantía para los administrados de que si tienen un derecho derivado de un acto administrativo, éste no será suprimido sin un procedimiento judicial

[36] LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Artículo 183.-
1) La Administración conservará su potestad para anular o declarar de oficio la nulidad del acto –sea absoluta o relativa– aunque el administrado haya dejado caducar los recursos administrativos y acciones procedentes, siempre y cuando dicha revisión se dé en beneficio del administrado y sus derechos.
2) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo no estará sujeta al plazo de caducidad y podrá ser ejercida por la Administración, previo dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República.
3) Fuera de los casos previstos en el artículo 173 de este Código, la Administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos en favor del administrado y para obtener su eliminación deberá acudir al proceso de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo.
CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Artículo 34.-
1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura.
2) La lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo.
3) Corresponderá al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado. En tales supuestos, no podrán ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.
4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, será emitida por el superior jerárquico supremo.
5) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.

previo y con todas las garantías procesales. Es una protección en virtud de la cual debemos entender, en principio, proscrita la posibilidad de que la Administración pueda declarar y suprimir unilateralmente, por sí misma, en sede administrativa (doctrina de los actos propios, los actos favorables otorgados por acto firme y definitivo).

Es importante indicar lo expuesto por el Profesor Don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en cuanto a la declaración de lesividad, al definirla como,

> ... un acto administrativo discrecional, presupuesto del proceso de lesividad, por el que una entidad administrativa declara lesivo a sus intereses un acto anterior dictado por la misma."[37] Partiendo de lo anterior, la declaración de lesividad es el "presupuesto del proceso administrativo incoado por un administración pública para anular uno de sus actos favorables para los interesados es la llamada "declaración de lesividad", que es un acto administrativo con una finalidad puramente procesal: abrir la vía procesal[38].

El proceso judicial de lesividad[39] se constituye en la vía legítima que puede llevar a la declaratoria de nulidad del acto declarativo de derechos por el órgano jurisdiccional. En efecto, el proceso de lesividad está concebido en nuestro ordenamiento como un proceso de carácter especial, con trámites y características propios, que lo diferencian de otros procesos en los que se manifiesta la potestad de autotutela administrativa. En el tanto que la declaratoria de lesividad, no se pronuncie, no afecta en su ejecución jurídico material el acto cuya nulidad se pretende; incluso en este caso no debe ir precedido por un procedimiento administrativo ordinario, sino que basta la declaratoria de lesividad por parte del órgano superior de la jerarquía administrativa correspondiente, ya que será el Juez, quien con los elementos que se hagan llegar al proceso, determine finalmente con carácter de cosa juzgada, si el acto se encuentra viciado de Nulidad Relativa o Absoluta (actualmente el Código Procesal Contencioso Administrativo lo regula de acuerdo a los artículos 10 inc.) 5, 34 y 41. En este sentido, de conformidad con el artículo 34 del CPCA (transcrito anteriormente), la Administración tiene un (1) año, contado a partir del día siguiente en que hubiese sido dictado el acto para declararlo lesivo; salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en

[37] GONZALEZ PEREZ, J.: "La declaración de lesividad", en *Revista de Administración Pública*,(Madrid), 1950 MAY-AGO; I (2), pág. 57

[38] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación con la Ley 30/1992*, Editorial Civitas, Primera Edición, 1999, pág. 418.

[39] Debemos señalar que en materia de contratación administrativa no cabe la lesividad, por no ser actos unilaterales, son bilaterales. Al respecto a señalado Don Jesús González Pérez lo siguiente: "En cuanto a qué actos pueden declararse lesivos, hemos de decir que, (...) A) Por no ser propiamente actos administrativos, no podrán impugnarse: a') las operaciones materiales; b) los reglamentos y c) los contratos administrativos". GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Op Cit. pág 68.

cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras *perduren sus efectos*. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura[40].

[40] Al respecto del proceso de lesividad, la Sala Constitucional en Resolución Nº 2004-01003 ha indicado:"III.- LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS PARA EL ADMINISTRADO. Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos.2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 delas 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995). La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el Voto Nº 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que "... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, alemitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la PGR de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto". A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad normado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República –acto preparatorio del acto anulatorio final–. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre acto administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en el Voto Nº 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que "... Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.". Se trata de un dictamen de carácter vinculante –del que no puede apartarse el órgano o ente consultante–, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la PGR de

Cont.

XII. Diferencia entre actos de efecto continuado y actos de efecto instantáneo

Conforme a lo expuesto, la anulación o revocación de oficio o a petición de parte de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado, constituyen una garantía procesal, en los que la regla general es que la Administración Pública observe los requisitos formales y sustanciales establecidos en el procedimiento de lesividad del Código Procesal Contencioso Administrativo y excepcionalmente, en la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, de la Ley General de la Administración Pública, puesto que ello es una garantía legal y constitucional para el administrado.

Debe resaltarse que si la Administración decide iniciar el procedimiento regulado en el artículo 173 LGAP, debe seguir obligatoriamente el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública y deberá indicar expresamente en la resolución inicial que dicho procedimiento tiende a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de determinado acto (s) o contrato (s), según proceda. Asimismo, tanto en dicha resolución, como en la que declare la nulidad, debe hacerse un análisis de los elementos del acto que se consideran que están viciados y las razones en que la Administración así lo fundamenta.

En conclusión el acto administrativo favorable al particular, por acto firme y definitivo, no puede ser eliminado de la vida jurídica, sin seguir los procedimientos legales que establece nuestro ordenamiento, so pena de invalidez, nulidad y responsabilidad administrativa, civil, personal y penal.

---

la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infraconstitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado PGR de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica Nº 7428 del 7 de septiembre de 1994.

REGLAMENTO, CIRCULARES E INSTRUCCIONES: COMO FUENTE DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

Ernesto Jinesta Lobo

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico costarricense el concepto jurídico-positivo de acto administrativo, a la luz de la Ley General de la Administración Pública de 1978, comprende a los reglamentos, por cuanto, a tenor del artículo 120 de ese cuerpo normativo los actos administrativos se clasifican en externos e internos y en concretos o generales según que tenga o no por destinatario un sujeto identificado. Por su parte, el artículo 121, párrafos 1° y 2°, preceptúa que el acto administrativo se denominará decreto cuando sea de alcance general y reglamento o decreto reglamentario cuando posee efecto normativo. Es preciso señalar que el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública al efectuar el elenco de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, en su párrafo final estatuye que "En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos".

En el caso de las circulares e instrucciones, se les reputa como actos internos que carecen, por principio, de eficacia externa, salvo que sea en beneficio del administrado, en cuyo caso puede invocarlos ante los Tribunales (artículo 122 Ley General de la Administración Pública). Adicionalmente, las circulares e instrucciones, en tantos actos internos, también, tienen relevancia y eficacia externa cuando afecten a los funcionarios públicos en su relación estatutaria.

La presente contribución pretende efectuar un estudio del Reglamento y de las circulares administrativas como fuente del Derecho Administrativo en Costa Rica, de acuerdo con sus coordenadas jurídico-positivas particulares.

A. Reglamento[1]

1. Concepto de reglamento

El reglamento es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual radica en el poder que emana de la Constitución o la ley por cuya virtud las

[1] V. JINESTA LOBO. E.: *Tratado de Derecho Administrativo–Parte General*, San José, Editorial Jurídica Continental IUSconsultec S.A., 2ª. Edición, 2009, págs. 257-283.

administraciones públicas pueden dictar normas con eficacia jurídica inferior a la ley.

El reglamento es, simultáneamente, acto administrativo y norma jurídica. Como acto administrativo está regulado por la Constitución y la ley en cuanto a los elementos constitutivos materiales y formales. Como norma, es susceptible de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones –eficacia erga omnnes–.

2. Fundamento y justificación potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria constituye una de las manifestaciones típicas de la función administrativa y está, por consecuencia, sometida al principio de legalidad (en su sentido de vinculación positiva). Por lo anterior, su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por lo menos de rango legal, que la autorice de forma explícita o razonablemente implícita.

Modernamente, su fundamento está en razones técnicas y políticas. En efecto, las Administración Pública debe contar con poderes suficientes que le permitan la gobernabilidad, asumir el reto de la complejidad técnica de los cometidos públicos que debe satisfacer y solventar el carácter de foro político que tiene la Asamblea Legislativa, sin mayor experiencia e infraestructura técnica para satisfacer los fines e intereses públicos.

De otra parte, la producción reglamentaria tiene una virtud frente a la legislación, puesto que, es habitual, rápida, continua, y enfrenta los problemas cotidianos con mayor eficacia. Otra ventaja significativa es que el rango formal del reglamento permite su derogación conforme con las exigencias del momento, sin necesidad de acudir al engorroso y prolongado procedimiento legislativo. Debe tomarse en cuenta que el legislador no puede regular todas las materias detalladamente, además existen ámbitos que parecen propios o estar reservados al reglamento (v. gr. la organización interna de un órgano y la prestación de servicios).

Modernamente, se sostiene que la Administración tiene la potestad reglamentaria porque la Constitución se la otorga. Esto es, le reconoce a la Administración Pública esa potestad por considerarla normal para su funcionamiento ordinario y para el cumplimiento de sus fines.

3. Relación reglamento-ley

Como normas generales que son los reglamentos están sujetos a una serie de principios comunes a la ley, tales como la eficacia erga omnes, los principios

de igualdad, irretroactividad y aplicación por parte de los tribunales. Se diferencian, por su valor jurídico y rango jerárquico, la ley es una norma primaria, en tanto que el reglamento es secundaria. El objeto del reglamento es el permitido o habilitado expresamente por la ley.

La Sala Constitucional ha señalado que el Poder Ejecutivo sólo está obligado a reglamentar la ley cuando ésta lo ordene expresamente, sin poder invocarse válidamente que la potestad reglamentaria deriva directamente de la ley (Voto No. 1463-90).

Así, sobre el particular, dicha jurisdicción constitucional, en el Voto No. 10029-04 de las 8:55 hrs. de 10 de septiembre de 2004, dispuso, en lo conducente:

> ...Cuando se requiere reglamentar una ley, el Poder Ejecutivo debe utilizar plazos razonables, todo con el fin de no perjudicar intereses de terceros, y cumplir con su obligación de regular materias que –como la laboral– son propias de la función social del Estado. No se justifica en lo absoluto, y más bien resulta abusivo, que el Estado, en un plazo de quince años aún no haya procedido a realizar la reglamentación requerida por una ley, sea cual sea el objeto de su regulación, pues si el legislador al crear la ley consideró necesaria su reglamentación, y ello fue aprobado por el Poder Ejecutivo, éste debe proceder como la misma ley prevé, de lo contrario estaría incumpliendo una obligación que él mismo aceptó adquirir. Así las cosas, lo procedente es declarar con lugar el recurso y conceder al Poder Ejecutivo el plazo de un mes para que cumpla con la reglamentación requerida por el artículo 300 del Código de Trabajo.
>
> En el caso concreto, la omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar la Ley 7946, equivale en la práctica a no poder aplicar el beneficio previsto por la legislación y la cual dispuso expresamente la necesidad de su reglamentación, pues no está definido el mecanismo por el cual se regula y se aplica. Bajo ese marco fáctico, los amparados no pueden solicitar la aplicación de dicho beneficio, a falta de un mecanismo jurídico que lo regule. Esa situación a parte de constituir una violación al Derecho de la Constitución en los términos de la sentencia parcialmente trascrita, equivale a una situación de inseguridad jurídica para los amparados, los cuales no pueden solicitar un beneficio de índole social y patrimonial a su favor, por la excesiva inercia en la que ha incurrido el Poder Ejecutivo al cumplir con las obligaciones encomendadas en la legislación y la Carta Política. Por lo anterior, el amparo resulta procedente con las consecuencias que se disponen en la parte dispositiva de esta sentencia...
>
> (Véase en similar sentido los Votos Nos. 4394-02 de 14 de mayo de 2002, 6319-03 de 3 de julio de 2003, 8942-05 de 6 de julio de 2005, 11545-05 de 26 de agosto de 2005 y 14522-05 de 21 de octubre de 2005).

4. Límites del reglamento

4.1 Formales

Competencia

Sólo los órganos autorizados de forma expresa o razonablemente implícitos por la Constitución Política, están dotados de la potestad reglamentaria. La del Poder Ejecutivo deriva de los artículos 140, incisos 3° y 18, de la Constitución Política; la de la Asamblea Legislativa está consagrada en el artículo 121, inciso 22, ibidem. En lo atinente al Poder Judicial y al Tribunal Supremo de Elecciones, su potestad reglamentaria deriva del principio de separación de funciones. Esa potestad reglamentaria abarca su régimen interno y su actividad administrativa externa.

La potestad de los Poderes del Estado para dictar reglamentos, encuentra fundamento, igualmente, en el artículo 6°, inciso d), LGAP, puesto que, al determinar los escalones que integran la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo enuncia en cuarto lugar "Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia...".

El inciso e) del mismo numeral citado se refiere, en quinto lugar, a los "... reglamentos de los entes descentralizados...".

El párrafo 2° del artículo 6° ibidem hace referencia explícita a los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y de los entes públicos menores descentralizados.

Jerarquía normativa

La potestad reglamentaria debe respetar la pirámide jerárquica del ordenamiento jurídico administrativo, razón por la cual, como se indicó supra, debe estar autorizada, de forma expresa o razonablemente implícita, por una norma de jerarquía superior.

Procedimiento de emanación

El procedimiento para dictar un reglamento tiene carácter "ad solemnitatem", por lo que si no es debidamente observado y cumplido, el reglamento deviene en absolutamente nulo.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos es, en tesis de principio, el mismo sancionado para dictar los actos administrativos, dado que, el legislador del 78 dispuso, meridianamente, en el artículo 6, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública que "En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos." No obstante, los artículos 361 a 363 de la Ley General de la Administración Pública consagran un procedimiento especial "De elaboración de las Disposiciones de Carácter General". Por tanto, cuando una disposición general pueda afectar a entidades descentralizadas o representativas de intereses de carácter general o corporativo, se les debe conceder audiencia sobre el proyecto de reglamento para que expongan su parecer. Se prevé, también, la posibilidad de someter a información pública, durante el plazo señalado "Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje..." (artículo 361, párrafo 3°, LGAP). De igual forma, el reglamento debe consignar, expresamente, las disposiciones anteriores que quedan total o parcialmente reformadas o derogadas (artículo 362 ibidem). Finalmente, el artículo 363 ibidem, establece una norma específica para las disposiciones que deben aprobarse por el Consejo de Gobierno (remitir el proyecto con 8 días de antelación a los demás Ministros convocados para que formulen observaciones).

Otras leyes sectoriales establecen requisitos específicos para la aprobación de ciertos reglamentos. Así, la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 del 15 de noviembre de 1968 y sus reformas) establece que los planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (reglamentos de zonificación, de fraccionamiento y urbanización, de construcciones) que son competencia de la Municipalidades –más concretamente de los Concejos Municipales– elaborarlos, aprobarlos y promulgarlos (artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana) deben ser, previamente, sometidos a la convocatoria de una audiencia pública para que todos los munícipes –vecinos del cantón– formulen las objeciones y observaciones escritas o verbales a los proyectos (artículos 17, párrafo 1°, inciso 1°, y 23 de la Ley de Planificación Urbana). Igual formalidad debe observarse cuando se trata de modificar, suspender, derogar –total o parcialmente– el plan o cualquiera de sus reglamentos anexos (artículo 17, párrafo 2°, ibidem).

4.2 Sustanciales

Principios generales del derecho

Los principios generales son los que expresan los valores materiales básicos del ordenamiento jurídico. A tenor de los artículos 7°, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública y 5°, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, los principios generales de derecho son normas no escritas y sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. De igual forma, las normas no escritas prevalecen sobre las escritas de rango inferior (artículo 7, párrafo 3°, de la LGAP). Por consecuencia, los principios generales de valor constitucional o legal prevalecen sobre las normas reglamentarias.

Técnicas de control de la discrecionalidad

La potestad reglamentaria es de ejercicio discrecional, siendo controlable mediante las técnicas de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho.

En el artículo 15, párrafo 1°, de la LGAP se establece que la discrecionalidad podrá darse, incluso, en ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida a los límites que le impone el ordenamiento jurídico de forma expresa o implícita, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable. La norma anterior, debe ser concordada con el ordinal 216, párrafo 1°, ibidem al estipular que la Administración Pública al realizar una actuación discrecional debe hacerlo con estricto apego a los "límites de racionalidad y razonabilidad" implícitos en el ordenamiento escrito. Por su parte, los artículos 16, párrafo 1°, y 17 de la LGAP, en concordancia con el 160 ibidem, disponen que en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a las reglas de sentido unívoco o de aplicación exacta de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de la justicia, la lógica o la conveniencia y a los derechos del administrado. Así, sobre el particular, puede consultarse el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-175-98 del 20 de agosto de 1998.

Materia reglamentaria

La materia objeto del reglamento, por antonomasia, es la organizativa, es decir, el ámbito interno y propio de la Administración Pública, lo que incluye su organización interna, la relación de servicio y la prestación de los servicios públicos. El otro campo fértil de regulación reglamentaria es el de la ejecución, complementación e interpretación de lo dispuesto en la ley.

Ahora bien, debe advertirse que por vía de reglamento no pueden regularse las materias reservada a la ley (v. gr. el régimen de los derechos fundamentales –artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública–; el establecimiento, modificación y extinción de tributos –artículos 121, inciso 13, de la Constitución Política y 124 de la Ley General de la Administración Pública–; la creación de delitos y penas –artículo

39 de la Constitución Política–; las limitaciones a la propiedad privada por razones de interés social –artículo 45 de la Constitución Política–; la creación de órganos para el servicio nacional –artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política–; la conformación de nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades –artículo 46 de la Constitución Política–; y la formación de nuevas instituciones autónomas –artículo 189 de la Constitución Política–).

Principio de irretroactividad

El reglamento no puede ser retroactivo. No puede modificar o eliminar situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos válidamente bajo el imperio de una normativa derogada (artículo 34 de la Constitución Política, en todo caso el artículo 142 de la Ley General de la Administración Pública establece como regla general –aplicable al reglamento por lo dispuesto en el artículo 6°, párrafo 3° de esa ley– que el acto administrativo producirá efecto en contra del administrado, únicamente, para el futuro...”). Por el contrario, los reglamentos suelen tener ultra-actividad, pese a su derogación expresa o tácita; la Sala Constitucional en el Voto No. 79 de las 14:30 hrs. del 20 de octubre de 1989 sostuvo que “es procedente en Derecho considerar que las leyes y reglamentos continúan produciendo efectos jurídicos aún después de modificados o derogados, para regular aquellas situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia y que han dado derechos subjetivos o intereses legítimos del particular interesado”.

Principio de inderogabilidad singular del reglamento

Este postulado deriva, a su vez, del principio de legalidad, que le impone límites internos a la potestad reglamentaria. La Administración Pública está, también, sometida a las disposiciones generales que emanan de ella. Este principio significa que toda decisión individual debe conformarse con las reglas generales previamente establecidas. El aserto anterior tiene una serie de consecuencias importantes por examinar, veamos:

a) Todo acto administrativo concreto y singular –v. gr. acuerdos, resoluciones– debe conformarse con los reglamentos dictados por una autoridad jerárquica superior.

b) El acto administrativo singular y concreto debe conformarse con el reglamento, cuando ambos han sido dictados por la misma autoridad administrativa. Lo anterior implica que el órgano administrativo puede reformar y derogar sus propios reglamentos, pero está inhibido para emitir decisiones individuales que los contradigan.

c) El acto administrativo concreto y singular debe adecuarse al reglamento, cuando éste ha sido dictado, dentro de los límites de su competencia, por una autoridad jerárquicamente inferior a la que toma el acto individual de aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo, tal principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 13 LGAP, al estatuir lo siguiente:

> 1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo...sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.
>
> 2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.

El fundamento constitucional último del principio de la inderogabilidad singular del reglamento está en los principios constitucionales de legalidad (artículos 11 y 28 de la Constitución Política) y de igualdad (artículo 33 ibidem), puesto que, si la Administración Pública puede realizar, únicamente, aquellas conductas autorizadas por el ordenamiento jurídico (vinculación positiva) y debe otorgar igual tratamiento a todos los administrados que se encuentran en idéntica situación de hecho y de derecho, no puede desaplicar el reglamento para un caso concreto.

De igual forma, la Procuraduría General de la República, en los dictámenes Nos. C-018-94 del 27 de enero de 1994; C-045-94 del 16 de marzo de 1994; C-104-96 del 27 de junio de 1996 y C-175-98 del 20 de agosto de 1998, se ha pronunciado sobre el tema en particular.

5. Clases de reglamentos

5.1 Reglamentos ejecutivos

Concepto y fundamento

El reglamento ejecutivo responde al principio secundum legem, puesto que, la desarrolla, complementa y ejecuta, dentro de los parámetros y límites fijados por la propia ley. El reglamento ejecutivo regula las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para hacer posible la ejecución de la ley dentro del margen de los presupuestos y condiciones que ella fija.

Su fundamento está en la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública y en la propia ley reglamentada que, en ocasiones, habilita expresamente al Poder Ejecutivo para su dictado o le fija un plazo. La ley ejecutada o reglamentada determina el contenido del reglamento, del cual puede apartarse única y exclusivamente en lo estrictamente necesario.

Objeto

Su objeto es aclarar, precisar o complementar la ley. Mediante el reglamento ejecutivo se da una suerte de interpretación y precisión de la ley, sobre todo de las potestades de ejercicio discrecional de la Administración Pública. La complementación de la ley hace posible su ejecución o aplicación y su exacta observancia. Asimismo, la abstracción y generalidad de la ley debe ser concretada y particularizada. El reglamento ejecutivo define y determina los elementos conexos o las circunstancias específicas que hacen posible la aplicación concreta de la ley.

Límites

El reglamento ejecutivo desarrolla los términos de la ley, de lo que derivan límites precisos al ámbito de su regulación. Así, por ejemplo, no puede regularse por vía de reglamento ejecutivo alguna de las materias que la Constitución Política ha reservado exclusivamente a la ley, salvo que exista una norma de rango legal anterior y con el fin de aclararla.

Esta clase de reglamentos debe respetar, también, la jerarquía normativa, los principios generales del Derecho, y más concretamente los principios constitucionales de igualdad e irretroactividad.

El reglamento ejecutivo no puede innovar el ordenamiento jurídico, reformando o derogando normas superiores o interpretando auténticamente normas legales. En esa misma línea de argumentación, no puede quebrantar la ley, esto es, permitir lo que ella prohíbe, crear obligaciones, deberes o requisitos nuevos o suprimir derechos contenidos en la ley objeto de ejecución.

Extinción

Por su subordinación a la ley, cuando ésta es derogada o modificada el reglamento ejecutivo sigue la misma suerte, todo en aplicación del postulado jurídico según el cual lo accesorio sigue a lo principal. Al derogarse la ley que lo fundamenta carece de cobertura normativa quedando, consecuentemente, derogado. Cuando se modifica la ley, el reglamento ejecutivo queda modificado

o derogado en lo conducente. Obviamente, el reglamento ejecutivo desaparece del mundo jurídico –por una nulidad absoluta sobreviniente– si la ley ejecutada es declarada inconstitucional al desaparecer el motivo que justifica su existencia.

5.2 Reglamentos dictados por los órganos constitucionales y los entes públicos descentralizados en materia de su competencia para ejecutar una ley (tertium genus)

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de ciertas leyes sectoriales y especiales es competencia, por disposición de ley, sea de alguno de los supremos poderes del la República, órganos constitucionales (v. gr. Contraloría General de la República) o de ciertos entes descentralizados, lo anterior en virtud de las particulares competencias que se les asignan a esos órganos o entes públicos menores, lo que provoca que tengan la especialidad técnica, la experiencia y los conocimientos requeridos para la debida ejecución del texto legislativo respectivo.

Esta potestad reglamentaria ejecutiva, desde el prisma del Derecho de la Constitución, puede ser discutible, por cuanto, el artículo 140, inciso 3°, CP, le atribuye la competencia la Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes. No obstante, si se parte de una interpretación sistemática del ordenamiento constitucional, resulta claro que esa competencia no se le confiere de manera exclusiva y excluyente al Poder Ejecutivo, por lo que no puede estimarse que se produce una delegación de funciones inconstitucional (artículo 9° CP). De otra parte, esa potestad reglamentaria ejecutiva suele reconocérsele –por el legislador ordinario– a los órganos constitucionales dotados de una clara e inequívoca independencia (artículo 9° de la Constitución) y a los entes públicos descentralizados que cuentan con una autonomía política o de gobierno que se ocupan de ciertos servicios públicos de carácter especializados o territorialmente acotados, siendo que el texto fundamental no prohíbe expresamente la atribución de esa potestad reglamentaria ejecutiva. Bajo esa inteligencia las leyes que habilitan a un supremo poder distinto al Ejecutivo o a un ente público menor, para reglamentar una ley, no son inconstitucionales.

Puede concluirse, entonces, que este tipo de reglamentos ejecutivos de una ley dictados por otros poderes de la República –distintos al Poder Ejecutivo–, órganos constitucionales y ciertos entes públicos menores, constituye un verdadero “tertium genus” de los reglamentos en Costa Rica.

La habilitación general para emitir este tipo de reglamento se encuentra en la LGAP, cuyo artículo 6°, incisos d) y e), al establecer la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo indica, respectivamente,

"Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia" y "Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados..." . Desde luego, que las leyes sectoriales también habilitan expresamente a los otros supremos poderes y a los entes públicos menores para reglamentar las leyes, tenemos así el caso del Poder Judicial –a través de su órgano de gobierno la Corte Plena– el cual ha emitido diversos reglamentos para ejecutar la Ley de Notificaciones citaciones y otras comunicaciones judiciales (No. 7637 del 21 de octubre de 1996)[2], siendo que el artículo 3°, párrafo in fine, faculta a la Corte Suprema de Justicia para reglamentar la práctica de determinas notificaciones; lo mismo ha sucedido con la mayoría de los códigos procesales (v. gr. Código Procesal Civil –artículo 952– y Código Procesal Penal –artículo 469–) que autorizan a la Corte Plena para dictar reglamentos o "normas prácticas" para su debida aplicación o ejecución.

En el supuesto del TSE, el Código Electoral en su artículo 19, inciso f), lo faculta para dictar los reglamentos de las leyes que regulan materia electoral (v. gr. Reglamento sobre el pago de los Gastos de los Partidos Políticos).

En el caso de las municipalidades o corporaciones territoriales, al encontrarse constitucionalmente encargadas de la administración de los intereses y servicios locales o cantonales (artículo 169 CP), el propio Código Municipal las habilita expresamente –por medio del órgano de gobierno que es el Concejo Municipal– para dictar los reglamentos requeridos para ejecutar ese cuerpo normativo (artículo 13, inciso c), en igual sentido la Ley de Planificación Urbana (artículos 15 y 19) le confiere a las municipalidades la potestad de emitir los diversos reglamentos que forman parte del plan regulador urbano local (v. gr. reglamentos de zonificación, de fraccionamiento y urbanización, de construcciones, de vialidad, etc.) que ejecutan ese texto legislativo.

Tratándose de la CGR, los artículos 19, 20, 37, párrafo 4°, y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República la habilitan, respectivamente, para dictar un reglamento para efectuar modificaciones a los presupuestos conforme el artículo 184 constitucional, establecer reglamentariamente contratos administrativos que por su origen, naturaleza o cuantía se excluyen de su aprobación, determinar por vía de reglamento las categorías de funcionarios o empleados sujetos pasivos que deben rendir garantía, su naturaleza, monto y forma y establecer reglamentariamente procedimientos administrativos. Por

[2] V. gr. reglamentos "para el uso de fax como medio de notificación en los Despachos Judiciales" (Sesión No. 2796 del 11 de noviembre de 1996), "para el uso de casillero como medio de notificación en el Segundo Circuito" (Sesión No. 27-96 del 11 de noviembre de 1996), "de Notificaciones por medio de Notario" (Sesión No. 32-97 del 6 de octubre de 1997).

su parte, la Ley de Contratación Administrativa faculta a la CGR para, por ejemplo, dictar un reglamento de compras por caja chica (artículo 22, inciso e) y para levantar incompatibilidades (artículo 23, inciso c).

Para el caso de la CCSS el artículo 3°, párrafo 5°, de la Ley Constitutiva (No. 17 de 22 de octubre de 1943), dispone de manera general que "La Caja determinará reglamentariamente los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que éstos se otorgarán" para los seguros a su cargo, el párrafo 2° de ese mismo numeral compele a esa institución autónoma para dictar la "reglamentación pertinente" sobre el seguro social de los trabajadores independientes. Con fundamento en esa habilitación legislativa la CCSS ha dictado disposiciones generales de carácter ejecutivo como el "Reglamento para la afiliación de trabajadores independientes", el "Reglamento de Invalidez, vejez y muerte", el "Reglamento de Seguro Voluntario", el "Reglamento del programa del régimen no contributivo de pensiones", etc. La Sala Constitucional ha admitido la potestad reglamentaria de la CCSS, en desarrollo de la Ley Constitutiva, con fundamento en el artículo 73, párrafo 2°, de la Constitución Política que le otorga a esa entidad "La administración y gobierno de los seguros sociales..." (Votos de la Sala Constitucional Nos. 1059-94 de las 15:39 hrs. de 22 de febrero de 1994, 9734-01 de las 14:23 hrs. de 26 de septiembre de 2001 y 2355-03 de las 14:48 hrs. de 19 de febrero de 2003). Específicamente en el Voto No. 378-01 de las 14:37 hrs. de 16 de enero de 2001, la Sala Constitucional indicó lo siguiente:

> ...el artículo 73 de la Constitución Política confía la administración y el gobierno de los seguros sociales a la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social, por lo que la Constitución establece a favor de esta institución autónoma, un grado de autonomía –administrativa y de gobierno– que le permite regular, por vía de reglamento lo relativo a los seguros sociales. Dicha norma constitucional es desarrollada en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social, es especial en los artículos 1, 2, y 3, que disponen (...) Las normas transcritas confieren a la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social la potestad de administrar todo lo referente a seguros sociales, lo que implica determinar reglamentariamente los requisitos de ingreso de cada régimen de protección, sus beneficios y condiciones, por lo que el Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte emitido por la Junta Directiva, así como sus reformas lo ha sido en ejercicio de esta competencia, derivada del numeral 73 constitucional. En consecuencia, el artículo 9 inciso a) del Reglamento de Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social no viola el principio de reserva legal. (Véase en igual sentido Votos Nos. 3853-93, 3403-94, 7393-98, 2571-00, 5505-00, 9580-01, 10546-01 y 4881-02).

En el supuesto de la ARESEP, su ley, en su artículo 25, la habilita para emitir y publicar los reglamentos técnicos que especifiquen las condiciones de calidad,

cantidad, contabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima que deben suministrar los servicios públicos. Asimismo, el ordinal 53, inciso n), establece como deber o atribución de la Junta Directiva de la ARESEP dictar los reglamentos técnicos que se requieren para la correcta aplicación del marco regulatorio de los servicios públicos establecidos en la ley.

Cabe advertir que esta potestad reglamentaria ejecutiva de los supremos poderes de la República, distintos al Ejecutivo, otros órganos constitucionales como la CGR y de algunos entes públicos menores en materia de su competencia, no ha sido declarada inconstitucional por la Sala Constitucional, por el contrario, son múltiples los votos a través de los cuales se desprende, indirectamente –al no estimar ese órgano de control de constitucionalidad que los reglamentos sean per se inconstitucionales– que se trata de una potestad constitucionalmente regular y conforme con el Derecho de la Constitución.

5.3 Reglamentos autónomos o independientes

La denominación de independientes o autónomos proviene de la circunstancia de que no requieren de una ley previa, como el caso de los ejecutivos, para que sean dictados y promulgados. En otras palabras, son autónomos e independientes respecto de cualquier ley previa. En tal sentido, se afirma que las materias objeto de los reglamentos autónomos o independientes son "reserva de reglamento", puesto que, naturalmente deben ser desarrolladas y tratadas por un instrumento de tal naturaleza y jerarquía. Obviamente, lo anterior no excluye que una ley regule esos aspectos –aunque no sería lo propio–, puesto que, el que puede lo más puede lo menos.

Los reglamentos independientes regulan la organización, las competencias y la distribución interna de éstas en el seno del órgano o ente que los dicta, tanto respecto de éste como de los órganos que se encuentran subordinados o inferiores. Sobre este particular, el artículo 59, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública establece que "La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia." Este precepto define los dos ámbitos de regulación por excelencia del reglamento autónomo (organización interna y servicios).

Este tipo de reglamento, se puede, a su vez, clasificar en dos grandes subcategorías: reglamentos autónomos de organización y reglamentos autónomos de servicio.

Reglamentos autónomos de organización

Los reglamentos autónomos de organización encuentran fundamento en la potestad de autoorganización del Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 18, de la Constitución Política). En lo tocante a la Asamblea Legislativa, tal potestad le fue otorgada por el constituyente, según se desprende del ordinal 121, inciso 22, de la Constitución Política. En estos dos supuestos específicos el constituyente le atribuyó, respectivamente, al Poder Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa, una suerte de reserva constitucional reglamentaria de autoorganización –regulación del régimen interno- constitucional, la cual no puede ser invadida por el legislador ordinario. Desde esa perspectiva, las leyes orgánicas de los ministerios son inconstitucionales si regulan la organización, competencias internas y distribución de éstas de uno de esos órganos del Poder Ejecutivo.

En relación a los demás órganos constitucionales del Estado (v. gr. Poder Judicial, Tribunal Supremo de Elecciones y Contraloría General de la República) y entes públicos menores, el artículo 103, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública dispone con claridad meridiana que "El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá...el poder de organizar ésta –Administración Pública– mediante reglamentos autónomos de organización...". En estos casos, por supuesto, no existe la reserva reglamentaria constitucional establecida para los supuestos específicos del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, por lo que sería constitucionalmente admisible una ley que regule tales aspectos.

Sus características principales consisten en que emanan del titular del órgano y no se fundamentan en una ley previa. Su objeto general es la organización administrativa interna y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman el ente. Más específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos –sin potestades de imperio, esto es, las que se proyectan y repercuten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado–, dado que, la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley –artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política–. La regla general es que su destinatario es un órgano interno que no tiene relación directa con los administrados en general destinatarios de la actividad o en particular con los usuarios de los servicios, puesto que, como ya se indicó, los que tengan relevancia externa o relación directa con ellos deben ser creados, como ya se indicó, por ley expresa.

Se trata de normas de carácter interno que no tienen valor normativo fuera del ámbito en que fueron dictadas, por ende, no pueden oponerse a los administrados o particulares ajenos a la relación de servicio, y su violación

por la Administración Pública no constituye, en tesis de principio, una transgresión del ordenamiento jurídico general. Al respecto, el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública establece que los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del administrado, salvo si le causan un beneficio –en tal caso debe aceptarlos en su totalidad–. Por último, el párrafo 3° de ese ordinal de la LGAP dispone que "La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley". A contrario sensu, el quebranto del reglamento interno en beneficio del administrado no produce invalidez. En suma, la observancia y aplicación de los reglamentos tiene valor externo para el administrado cuando le benefician, en cualquier caso que los perjudique no tendrán relevancia.

Reglamentos autónomos de servicio

Este tipo de reglamentos, tienen dos campos el del servicio público prestado por las administraciones públicas y el de la relación de servicio (o estatutaria) entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores.

En cuanto al servicio público, su fundamento se encuentra en la competencia del jerarca para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo encuentra pleno respaldo en el artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública, al establecer que el jerarca podrá organizar la administración a su cargo mediante reglamentos autónomos de servicio "...internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado.". En los casos en que el reglamento regule potestades de imperio –que repercuten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado–, esto es, que tenga relevancia externa creando relaciones de sujeción especial, restringiendo los derechos de los administrados que se relacionan con la Administración prestataria del servicio público o que correlativamente establecen una relación de supremacía especial de la Administración frente a los usuarios del servicio público es preciso una ley.

Estos reglamentos tienen una incidencia externa, afectando la esfera de los particulares que se relacionan con la Administración, por lo que su violación puede ser impugnada. Su fin es la solidaridad y la asistencia al individuo mediante la prestación de servicios públicos. Su objeto es ampliar la esfera jurídica del particular concediéndole derechos y haciendo posible la prestación efectiva de un servicio público.

En lo que respecta a la relación de servicio (o estatutaria), existen reglamentos autónomos o independientes que regulan diversos aspectos de la misma tales como el régimen disciplinario, los permisos, las vacaciones, las licencias, las becas o la capacitación, etc. Al respecto, el artículo 123, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública establece que tendrán relevancia externa para los servidores "...los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos".

Lógicamente, el reglamento autónomo de servicio está subordinado a cualquier ley futura sobre la materia. En lo concerniente a la relación entre los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo y de otros entes descentralizados, el artículo 6, párrafo 2°, LGAP dispone que "Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia." (coordinación por separación).

6. Tratamiento de la potestad reglamentaria en la jurisprudencia constitucional

6.1 Potestad reglamentaria

En el Voto No. 243-93 de las 15:45 hrs. del 19 de enero de 1993, la Sala Constitucional definió la potestad bajo estudio de la siguiente manera:

> Primero: La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo, que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica...

De igual modo, dicho órgano constitucional, en el Voto No. 1187-08 de las 11:32 hrs. de 25 de enero de 2008, dispuso lo siguiente:

> ... III.- SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. La potestad reglamentaria constituye una de las manifestaciones típicas de la función administrativa y está, por consecuencia, sometida al principio de legalidad (en su sentido de vinculación positiva). Por lo anterior, su ejercicio debe estar autorizado por una norma, por lo menos de rango legal, que la autorice de forma explícita o razonablemente implícita. Modernamente, su fundamento está en razones técnicas y políticas. En efecto, la Administración Pública debe contar con poderes suficientes que le permitan la gobernabilidad, asumir el reto de la complejidad técnicas de los cometidos públicos que debe satisfacer y solventar el carácter de foro político que tiene la Asamblea Legislativa, sin mayor experiencia e infraestructura técnica para satisfacer los fines e intereses públicos. De otra parte, la producción reglamentaria tiene una virtud frente a la legislación, puesto que, es habitual, rápida, continua, y enfrenta los problemas cotidianos con mayor eficacia. Otra ventaja significativa es que el rango formal del reglamento permite su derogación conforme con las exigencias del momento, sin necesidad de acudir al engorroso y prolongado procedimiento legislativo. Debe tomarse en cuenta que el legislador no puede regular todas las materias detalladamente, además existen ámbitos que parecen propios o estar reservados al reglamento (v. gr. La organización interna de un órgano y la prestación de servicios). Modernamente, se sostiene que la Administración tiene la potestad reglamentaria porque la Constitución se la otorga. Esto es, le reconoce a la Administración Pública esa potestad por considerarla normal para su funcionamiento ordinario y para el cumplimiento de sus fines. La potestad reglamentaria es de ejercicio discrecional, siendo controlable mediante las técnicas de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho...
> (Véase en similar sentido los Votos Nos. 1220-02 de 6 de febrero de 2002, 6515-02 de 3 de julio de 2002, 2864-03 de 9 de abril de 2003, 7177-05 de 8 de junio de 2005, 1034-06 de 1° de febrero de 2006, 1809-06 de 15 de febrero de 2006, 2939-07 de 2 de marzo de 2007, 2015-08 de 8 de febrero de 2008, 2393-08 de 15 de febrero de 2008 y 2610-08 de 22 de febrero de 2008).

La potestad reglamentaria ejecutiva en manos del Poder Ejecutivo es entendida por la Sala Constitucional, de forma acertada, como discrecional al estimar que:

> ...no es un poder-deber en sí mismo, puesto que dependerá del contenido de la propia ley, el que aquél se vea obligado a desarrollar algunos de sus principios, pues correspondiendo al Ejecutivo aplicar o velar por que le ley se aplique, en tanto sea necesario para ellos decidirá su reglamentación. Es decir, la reglamentación se otorga al Ejecutivo como un instrumento que facilita el ejercicio de administrar. Sin embargo, distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se

haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio. Es constitucionalmente válido que, en determinadas circunstancias, así lo disponga sin posibilidad de evasión para el administrador, pues de hacerlo, sería con las consecuencias que a su vez tiene previsto el ordenamiento jurídico.
(Voto No. 2934-93; en similar sentido los Votos Nos. 4394-02 de 14 de mayo de 2002, 6319-03 de 3 de julio de 2003, 10029-04 de 10 de septiembre de 2004, 8942-05 de 6 de julio de 2005, 11545-05 de 26 de agosto de 2005 y 14522-05 de 21 de octubre de 2005).

6.2 Límites de la potestad reglamentaria

La Sala Constitucional ha hecho referencia a algunos límites específicos de la potestad reglamentaria.

Principio de interdicción de la arbitrariedad

En el Voto de la Sala Constitucional No. 3410-92 de las 14:54 hrs. de 10 de noviembre de 1992, se señala que el "principio general de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria" "obliga a respetar el orden jerárquico establecido y en última instancia, a realizar una efectiva constatación sobre la realidad o certeza de los hechos que se intentan justificar en el reglamento y desde luego, a la proporcionalidad o adecuación al fin que se persigue...". Asimismo, dicho órgano constitucional, en el Voto No. 11155-07 de las 14:49 hrs. de 1° de agosto de 2007, estimó lo siguiente:

... V.- PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. El principio de interdicción de la arbitrariedad fue concebido por el jurista alemán LEIBHOLZ en 1928 como un criterio para ponderar el respeto del principio de igualdad por el legislador. Según esta formulación, el principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio es retomado por la doctrina española, concretamente, por GARCÍA DE ENTERRÍA a finales de la década de los cincuenta (1959) con un sentido más extenso –no circunscrito al principio de igualdad– al propuesto por LEIBHOLZ. Ulteriormente, el principio con ese sentido más amplio, fue acogido por la Constitución Española de 1978 en su artículo 9.3, a propuesta del senador LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, quien justifico su iniciativa en la necesidad de tener el principio de interdicción de la arbitrariedad como una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherente al Estado de Derecho. Consecuentemente, el principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de

igualdad ante la ley, por cuanto la ruptura de ésta, ciertamente, es un caso de arbitrariedad pero no el único. Arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad). En lo que se refiere a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la potestad reglamentaria, debe indicarse que al ser ésta, naturalmente, discrecional, el principio prohibitivo de la arbitrariedad cumple un papel de primer orden. En primer término, debe señalarse que salvo las materias que son reserva de reglamento –organización interna y relación estatutaria o de servicio– y en las que resultan admisibles los reglamentos autónomos o independientes –de la ley–, un primer límite de la potestad reglamentaria lo constituye la sujeción a la ley que se pretende desarrollar o ejecutar, extremo que obviamente, tiene conexión con principios constitucionales como el de legalidad, reserva de ley y jerarquía normativa. El poder reglamentario es, salvo los casos señalados, expresión de una opción o alternativa predeterminada por el legislador ordinario en ejercicio de su libertad de configuración, de la cual no puede separarse el órgano competente para ejercer la potestad reglamentaria. Entre los límites formales de la potestad reglamentaria se encuentra, también, la competencia, de acuerdo con el cual solo los órganos autorizados expresamente por el ordenamiento jurídico pueden ejercerla, lo que denota el carácter esencial de norma, material y formalmente, subordinada que tiene todo reglamento. El quebranto de los límites señalados al dictarse un reglamento produce, irremisiblemente, una actuación arbitraria prohibida, carente de validez y eficacia, tanto a la luz del Derecho de la Constitución como del ordenamiento jurídico infraconstitucional. A mayor abundamiento, sobre el principio de referencia, este Tribunal Constitucional, en el Voto No. 14421-04 de las 11:00 hrs. del 17 de diciembre del 2004, con redacción del Magistrado ponente, señaló lo siguiente: "(...) La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo. Precisamente por lo anterior, ha surgido en el Derecho Constitucional contemporáneo, como

> uno de los principios rectores de la función administrativa el de la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio dimana de lo establecido en la primera parte del artículo 11 de la Constitución Política al preceptuar que "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella (...)". No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa (...).

Principio de separación de funciones

La Sala Constitucional, si bien reconoce el principio de reserva de ley, ha insistido en que el reglamento debe respetar el principio de separación de funciones. Al respecto ha señalado que "La facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de otros..." (Voto No. 31-95). En el Voto No. 6941-96 estimó que "El reglamento, como producto de la Administración que es, está subordinado inicialmente al propio campo de las funciones que la misma tiene atribuidas al concierto público, esto es, propiamente la función administrativa. Por ello no cabe reconocer que la Administración puede dictar reglamentos que puedan suplir a las leyes en una regulación propia." Asimismo, sobre el tema en particular, el Tribunal Constitucional, en el Voto No. 1034-06 de las 14:39 hrs. de 1° de febrero de 2006, estimó lo siguiente:

> ... Como acertadamente lo señala la Procuraduría en su respuesta, por disposición expresa del artículo 39 de la Constitución Política, la materia sancionatoria está reservada a la ley, independientemente de si su naturaleza es penal o administrativa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, nacional y extranjera, en forma reiterada, al aceptar la tesis de que los principios inspiradores del orden penal son aplicables al derecho administrativo sancionador –con ciertos matices– partiendo de la existencia de una afinidad entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En ambas materias, por su

> naturaleza punitiva, es necesario garantizar la seguridad jurídica, para que tanto el individuo como el Estado, sepan a qué atenerse y cuál es su campo de acción, estableciendo claramente el legislador constituyente que el establecimiento de estas reglas está reservada exclusivamente al legislador, quedando la potestad reglamentaria –como legislación secundaria que es–, habilitada únicamente para su desarrollo e implementación. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley en materia sancionatoria es absoluta, en varios sentidos: a) no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, b) no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, c) no puede suprimir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que reglamenta...

6.3 Reglamento ejecutivo

En el citado Voto No. 243-93 señala los contornos del reglamento ejecutivo de la siguiente manera:

> SEGUNDO: Dentro de los Reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina "Reglamento Ejecutivo"... el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en Legislador...

En el Voto No. 3550-90 la Sala Constitucional señaló que el reglamento ejecutivo debe respetar rigurosamente el contenido esencial de la ley y no puede incrementar las restricciones establecidas o crear las no establecidas por ley.

En el Voto No. 2934-93 la Sala Constitucional dejó claro que el órgano que tiene potestad para dictar reglamentos ejecutivos es solamente el Poder Ejecutivo, por lo que resultaría contraria a la Constitución cualquier disposición legal que le atribuya esa potestad a otro órgano o ente por contrariar el "principio de separatividad de funciones del Estado contenido en el artículo 9 y el principio de la potestad reglamentaria ejecutiva del artículo 140 inciso 3) ambos constitucionales". De igual forma, dicho órgano, sobre el tema objeto de estudio, en el Voto No. 14286-05 del 19 de octubre de 2005, refirió lo siguiente:

> ... V.- Sobre la potestad reglamentaria.- En forma reiterada esta Sala ha dicho que la facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar

> la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye, por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal transgresión viola flagrantemente el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucionales...En forma reiterada y constante (en este sentido, entre otras, ver las sentencias número 1130-90, 2934-93, 5227-94 y 9236-99), la Sala Constitucional se ha referido respecto de la potestad reglamentaria, como una atribución exclusiva que la propia Constitución Política –en los incisos 3) y 18) del artículo 140– le confiere al Poder Ejecutivo, entendiendo por tal, al Presidente de la República y al respectivo Ministro del ramo. Se trata de una potestad cuyos parámetros están claramente definidos, condicionándola y limitándola, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye, por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal transgresión viola flagrante el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucional. Como se dijo, se trata de una normativa secundaria, subalterna, de rango inferior, que está subordinada por entero a la ley, y al mismo tiempo la complementa, en tanto le corresponde desarrollarla, sin alterar su espíritu (ver al respecto las resoluciones 95-0031, 90-1130, 90-1635, 90-1876, 93-243)...

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional reseñada, debe matizarse con la tercera categoría o tipo de reglamentos existentes en nuestro ordenamiento jurídico –por disposición expresa del artículo 6°, incisos d) y e), LGAP y de algunas leyes sectoriales– y que expusimos supra, esto es, los reglamentos que ejecutan una ley y que son dictados por un supremo poder de la República diferente al Ejecutivo –v. gr. Poder Judicial, Poder Legislativo, TSE– y los que emiten los entes públicos menores que gozan de una autonomía política o de gobierno, esto es, de segundo grado y que gestionan servicios públicos altamente especializados.

6.4 Circulares e instrucciones[3]

Existen una serie de actos administrativos internos, esto es, que se producen, en el seno de las relaciones interorgánicas de un determinado ente que, eventualmente, pueden suponer la creación de Derecho administrativo. Al respecto, es menester recordar que el artículo 122 de la LGAP establece como

[3] V. JINESTA LOBO, E., op. cit., págs. 284-285.

regla general que los actos internos carecen de valor ante el ordenamiento jurídico general del Estado en perjuicio del administrado, sin embargo sí les reconoce efectos jurídicos cuando los beneficie.

El artículo 124 de la LGAP le reconoce una eficacia general a las circulares e instrucciones, al denominarlas "disposiciones administrativas de carácter general"; ese mismo numeral estatuye que no puede regularse por su medio materias que estén reservadas a la ley. Por su parte, el artículo 6° de la LGAP reconoce la existencia de normas "subordinadas a los reglamentos", como lo pueden ser las circulares e instrucciones.

Las circulares e instrucciones, en esencia, son actos administrativos internos con una eficacia de carácter general en cuanto dirigidos a una pluralidad indeterminada o determinada de funcionarios o servidores públicos para el cumplimiento de sus deberes y la prestación eficiente del servicio público. En el caso de la circular, adicionalmente, tiene eficacia normativa para los funcionarios, puesto que, establece obligaciones y deberes de acatamiento general, este no es el caso de las instrucciones que ciertamente se dirigen a una pluralidad de servidores públicos pero que no tienen un carácter normativo. El carácter general de las circulares e instrucciones internas queda patente cuando el artículo 125 LGAP dispone que "deberán exponerse en vitrinas o murales en la oficina respectiva durante un período mínimo de un mes y, compilarse en un repertorio o carpeta que deberá estar permanentemente a disposición de los funcionarios y de los administrados", lo cual supone que deben ser objeto, por lo menos, de una precaria publicidad por sus efectos.

Estos actos internos con efectos generales y eventualmente normativos, pueden constituir fuente de Derecho y, sobre todo, ser invocadas por los administrados cuando les beneficie. Lo que si resulta inadmisible, a todas luces, es que las administraciones públicas establezcan reglas y principios –presuntamente vinculantes para los administrados– a través de circulares e instrucciones, por cuanto se trata de actos con una clara vocación y valor interno con una publicidad limitada. Sobre el particular es menester insistir en que las potestades de imperio que implican una limitación o restricción de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados son reserva de ley (artículos 12, párrafo 2°, y 103, párrafo 1°, LGAP). En las hipótesis en que una administración pública imponga requisitos y condiciones para ejercer un derecho subjetivo, que implique su denegatoria, supresión o modificación o, simplemente, imponga obligaciones, resulta claro que no puede hacerlo, válidamente, mediante un reglamento y, menos aún, a través de una circular o instrucción. En tal supuesto, el administrado puede invocar el artículo 122, párrafo 1°, LGAP en el sentido que tales actos internos, en cuanto le perjudican, carecen de relevancia jurídica externa así como la flagrante infracción de los

artículos 12, párrafo 2°, y 103, párrafo 1°, LGAP que impide la creación de potestades de imperio por vía de normas infralegales internas o externas.

EL ACTO ADMINISTRATIVO. LA ARBITRARIEDAD PRODUCIDA DESDE Y A PARTIR DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Jorge Enrique Romero-Pérez

I. Introducción

Evidentemente la Administración Pública se realiza, actúa a base de actos administrativos.

Se han dado una serie cuantiosa de formas de definir el acto administrativo y las diversas escuelas dentro del Derecho Administrativo han forjado sus definiciones y maneras de conceptualizarlo.

No hay una definición matemáticamente exacta de acto administrativo. Por ello, lo aceptable es que cada cual aclare cuál concepto de acto administrativo está usando.

En esta ponencia, daremos una conocida definición de ese acto y citaremos varios profesores que han elaborado reflexiones en torno a él.

Relacionamos la actuación del Estado, con los temas tan actuales como la arbitrariedad y la corrupción de cara a la solicitada transparencia en el marco del buen gobierno (*good governance)* de claro requerimiento democrático.

II. Fuentes de derecho

Se refiere al fundamento o modo de producción de las normas jurídicas positivas como a los instrumentos materiales para conocer el derecho existente. Es una referencia a las fuentes del conocimiento jurídico-

II. Tipos de fuentes de derecho

De la diversidad de enfoques sobre los tipos de fuentes de derecho, indicaremos para los efectos de esta ponencia, la siguiente:

*Fuentes materiales: s*e refieren al *contenido de las normas jurídicas*. Atañe a los aspectos de justicia, equidad, seguridad, orden público, interés general, etc. Tienen que ver con las situaciones de hecho que determinan el origen

material de una norma: situación económica, política, social, incremento de la delincuencia, desempleo. Aquí, se incluyen, además, los principios reguladores de la sociedad: justicia, equidad, bien común.

Fuentes formales: atañen al *procedimiento de creación de las normas jurídicas*. En este terreno se incluyen la costumbre, doctrina, jurisprudencia, legislación, reglamentación (CATENACCI, Págs. 280-281).

III. Concepto de acto administrativo

El acto administrativo puede ser definido como una decisión unilateral ejecutoria de la Administración Pública, en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa.

El carácter ejecutorio de las decisiones administrativas es la regla fundamental del derecho público.

IV. La problemática caracterización del acto administrativo

JUAN SANTAMARÍA PASTOR (vol. II, Págs. 127 a 133, 2000), nos da una explicación en torno a los problemas conceptuales del acto administrativo que consideramos conveniente indicar en esta ponencia, pues estimo que sus observaciones sobre la complejidad del concepto de acto administrativo son pertinentes.

El concepto de acto administrativo posee, en efecto, un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos:

a. la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo los poco más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí; y,

b. la impresionante variedad de las actividades que la Administración Pública lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios u homogéneos.

V. Los diversos orígenes doctrinales de la noción de acto administrativo

A. La concepción procesalista

La *primera concepción* del acto administrativo, en términos históricos, es naturaleza procesal y su origen se encuentra en la primera doctrina francesa

del Derecho administrativo. La decisión política, tomada en plena Revolución, de excluir de la competencia de los jueces civiles los asuntos en los que la Administración fuera parte (y de atribuirla, posteriormente, a unos órganos especializados de la propia Administración, los contencioso-administrativos) hizo necesario acuñar un concepto que resumiera sintéticamente ese tipo de asuntos.

Tal concepto fue, justamente, el de *actes d'administration* o actos administrativos, que aparece en la célebre *Ley de 3 de fructidor del año III;* un concepto que, por su propia finalidad, tenía un alcance omnicomprensivo de cualesquiera actuaciones de la Administración, formalizadas o no.

De este modo *acto administrativo*, como lo definiera PHILIPPE ANTOINE MERLIN DE DOVAI (1754- 1838, abogado francés) en 1812, era "*una decisión de la autoridad administrativa, una acción o un hecho de la Administración que tiene relación con sus funciones";* en definitiva, cualquier actuación de la Administración que, por lo mismo, quedaba excluida del control de los jueces ordinarios y confiada al de los órganos contencioso-administrativos.

El concepto, pragmáticamente, se configura a efectos puramente procesales: sirve exclusivamente para definir el ámbito de competencia de lo contencioso-administrativo.

B. La concepción del acto de autoridad

El elemento de *decisión autoritaria singular*, enlazado con el principio de legalidad, fue clave para delinear esta concepción.

Esta tesis, formulada por OTTO MAYER (1846-1924, abogado alemán) trató de trazar un paralelo entre la actividad del Poder Judicial y de la Administración. De la misma forma que el acto por excelencia de un juez es la sentencia, el de la Administración debía ser el acto administrativo: uno y serían pronunciamientos solemnes, mediante los que se aplica autoritariamente la norma jurídica a un supuesto de hecho singular.

La construcción de MAURICE HAURIOU (1856-1926, abogado francés) que lo caracterizó como *décision éxécutoire:* esto es, como un acto de voluntad de la Administra dotado *per se* con fuerza para de obligar.

Por supuesto –reiteramos– que, el *carácter ejecutorio* de la decisión administrativa es la regla fundamental del Derecho Público.

La primera y fundamental consecuencia de esta elaboración doctrinal fue la drástica reducción del ámbito del concepto: frente a la *noción procesalista*, que incluía dentro del mismo la práctica totalidad de la actuación administrativa; la que ahora citamos redujo su contenido a un estrechísimo segmento: el de las decisiones de autoridad que ponían fin a un procedimiento.

C. La concepción de declaración o de manifestación

Aquí se puede ubicar la definición de acto administrativo que GUIDO ZANOBINI (1890-1964, abogado italiano) diera como *cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa*.

D. La concepción del transplante de la doctrina privatista del negocio jurídico

Sin embargo, la construcción que llegaría a gozar de mayor difusión partió de construcción teórica de carácter sustancialista (no procesalista), consistente en la elaboración de un concepto del acto administrativo que constituyera un correlato perfecto de la figura reina del Derecho privado siglo XIX: el *negocio jurídico*; una línea doctrinal perfectamente previsible, si se tiene en cuenta la fascinación que en todos los ámbitos produjo el imponente edificio conceptual del *pandectismo* alemán.

Se forjó una teoría del acto administrativo calcando los esquemas dogmáticos del negocio jurídico de Derecho privado.

VI. La diversidad de la actuación administrativa

Todas las teorías antes citadas tropiezan con el dato básico que supone la gran diversidad de las formas de actuación de las administraciones públicas.

Considerándola sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica, es notorio que la Administración realiza una de multiplicidad de tipos de actos, sin que resulte claro, en modo alguno, a cuáles de ellos se extiende la noción (o cada una de las diferentes nociones) de acto administrativo.

A los meros efectos de poner esta circunstancia de relieve, y sin afán de agotar la tipología, cabe formular esta clasificación:

1. la Administración Pública lleva a cabo una enorme diversidad de actos administrativos, sujetos al Derecho administrativo (frente a los que se sujetan a otras ramas del Derecho).

2. La Administración Pública realiza también actos que han de subordinarse materialmente a otras ramas del derecho, ya que se trata de la actividad regulada por el derecho civil o mercantil. Lo que se conoce como la actividad privada de la Administración Pública.

VII. Los diferentes conceptos de acto administrativo

¿Cuáles actuaciones de la Administración Pública, de todo ese conjunto complejo, de actuaciones de la Administración, están comprendidas en la definición del acto administrativo?

La respuesta a este interrogante es casi imposible, porque no sólo depende de la noción de partida que se acepte; a su vez, cada una de ellas posee ámbitos variables, según la perspectiva que se acoja en cada ocasión.

Ello es un síntoma, probablemente de que la noción de acto administrativo es, hoy, inadecuada para todo el conjunto de la actividad administrativa, y que la doctrina habrá de plantearse la necesidad, más pronto o más tarde, de sustituirla por un nuevo arsenal conceptual (SANTAMARÍA, *ídem*, págs. 127 a 133).

Concuerdo con SANTAMARÍA en cuanto que la doctrina debe enfrentar este reto para analizar el concepto histórico en evolución, del acto administrativo en las coordenadas actuales de la administración pública.

Hay supuestos en el plano jurídico que se dan por razones de seguridad y aplicación jurídicas, como por ejemplo:

– nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada en el periódico oficial;

– la actuación de la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad,

– el acto administrativo es legítimo y ejecutable (PAREJO, pág. 894, 2003).

Sin embargo, la realidad muestra, de manera relativa y circunstancial, que nadie puede decir que conoce todo el derecho vigente en un país; y, por su lado el Estado actúa frecuentemente de modo arbitrario, lo cual conduce a la corrupción en la Administración Pública.

VIII. Arbitrariedad y corrupción

Ante esa realidad, un jurista argentino HÉCTOR MAIRAL publicó un libro con el título *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla (2007)* que cito en esta ponencia por su interés y actualidad.

Precisamente, otro jurista argentino, AGUSTÍN GORDILLO –por su parte– en el *Prólogo (Págs. 11 a 14)* a este sugestivo libro afirma que:

> Lo que está claro es que se puede ser corrupto desde la derecha, el centro y la izquierda. Se hace corrupción desde la derecha, el centro y la izquierda. Se hace corrupción desde el neoliberalismo y desde la intervención reguladora y dirigista de la economía; desde el gobierno y fuera de él. La corrupción no hace asco a las ideas económicas ni políticas, todo es bueno a la hora de hacer dinero inmoralmente.
>
> Es aquí donde la sociedad civil debe hacer un esfuerzo denodado de imponer a la sociedad política un mínimo ético indispensable, y MAIRAL lo hace proponiendo múltiples ideas en este combate contra las causas legales de la corrupción.
>
> La crisis del Estado de Derecho que estamos viviendo, en el que la degradación del derecho constitucional y administrativo produce graves consecuencias que afectan el funcionamiento básico de nuestro sistema económico y social, no ya solamente jurídico y político. Nuestra viabilidad en el mundo depende de que podamos superarla.

MAIRAL toma así una posición de liderazgo por su significativa contribución en la lucha contra la corrupción sistémica y endémica en la Argentina (ver MAIRAL, H. A.: "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, G., coord.: *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aries, FDA, 2005, págs. 17- 32).

En su obra citada MAIRAL expresa que hemos identificado una de dichas condiciones básicas: la indefensión del ciudadano frente al poder del Estado. "La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo" ha dicho bien ALEJANDRO NIETO ("La función pública y la corrupción", en REIRIZ, M., coordinadora: *Derecho administrativo, aportes para el rediseño institucional de la República*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 7).

Por ello, pretender eliminar o reducir la corrupción sin limitar el poder que, como representantes del Estado, ejercen hoy día los funcionarios públicos argentinos, es ilusorio (pág. 95).

En Argentina el derecho actúa como aliado de la corrupción (pág. 18).

IX. El derecho, aliado de la corrupción

Para entender cómo opera el derecho en pro de la corrupción partimos de la premisa que una persona normal, enfrentada a un requerimiento claro y razonable de la norma, cuya violación es controlada y sancionada seriamente, preferirá cumplirla antes de arriesgar la sanción. Los argentinos no somos una excepción: obsérvese, si no, el comportamiento mayoritario de nuestros compatriotas cuando habitan en países cuyos sistemas jurídicos siguen esas pautas.

Ciertas características sin embargo, pueden llegar a cambiar esa preferencia en un determinado porcentaje de casos o, aun sin cambiarla, a colocar a las personas en situación de incumplimiento sancionable pese a intentar cumplir con la norma o creer que lo están haciendo.

En el Derecho Argentino debido a las siguientes características que presenta, se dan posiciones de incumplimiento de las normas jurídicas:

– La misma existencia de la norma suele ser desconocida para gran parte de las personas que debieran cumplirla.

– Debido a los continuos cambios normativos es difícil saber a ciencia cierta cuál es el texto vigente de la norma aplicable.

– Las normas suelen ser oscuras y admitir diversas interpretaciones, algunas de las cuales elevan, y otras reducen, considerablemente el costo de su cumplimiento.

– Las normas son frecuentemente de validez dudosa.

– De hecho o de derecho, las normas suelen permitir al funcionario determinar el grado de cumplimiento que cabe exigir a cada particular o a cada categoría de ellos.

– Muchas veces es difícil o imposible cumplir cabalmente con la norma, o su costo de cumplimiento es muy elevado, pone en riesgo la continuidad de la conducta privada o, lisa y llanamente, la impide.

– El control suele ser laxo por lo cual la probabilidad de la detección del incumplimiento es muy reducida.

– Aún sin ser laxo el control, la autoridad suele permitir el funcionamiento de un sector de la sociedad en violación de la norma y sanciona a un porcentaje reducido de incumplidores, a quienes selecciona no siempre con criterios transparentes y Míticamente neutrales.

– En algunos casos (como ocurre en materia ambiental) es más barato afrontar las multas que llevar a cabo las tareas que impone la ley.

– Aunque el castigo previsto sea muy grave, las ventajas derivadas del incumplimiento de la norma generalmente son tan elevadas que justifican correr el riesgo de detección.

A su vez, la discrecionalidad del funcionario público argentino responsable de controlar y sancionar el incumplimiento es muy grande debido a la presencia de los siguientes factores adicionales:

– No siempre es posible, para los particulares, obtener la oportuna intervención judicial para confirmar el sentido o la validez de la norma sin correr el riesgo de ser sancionados por su incumplimiento.

– La sanción suele ser de tal gravedad que puede llevar a la prisión o a la quiebra del incumplidor.

– El control administrativo sobre el funcionario sancionador es escaso. Más aún, la sanción está bien vista, aunque sea injusta, ya que ella exime al funcionario de sospechas de parcialidad.

– El control judicial sobre la decisión del funcionario es ineficaz, por lento, costoso o por la existencia de doctrinas jurídicas que permiten predecir una decisión contraria al particular.

Todas estas circunstancias, por una parte, incentivan el incumplimiento de la norma y, por la otra, crean o aumentan la indefensión jurídica de los particulares. Pues bien, la corrupción se hace presente allí donde el particular se encuentra jurídicamente indefenso frente al funcionario. Ello porque toda persona colocada en situación de incumplimiento legal es materia disponible para la corrupción, sea a iniciativa de ella misma al verse descubierta, sea a iniciativa del funcionario. Desembocamos así en la inseguridad jurídica como caldo de cultivo de la corrupción. Combatiendo aquélla se limita a esta última (MAIRAL, págs. 21 y 22, 2007).

La arbitrariedad y la corrupción que parte de la ejecución de los actos administrativos, se lleva a cabo por la tesis de la ejecutoriedad de estos actos

y el supuesto de la legalidad de la actuación administrativa. Le corresponde la carga de la prueba a los administrados, los cuales tienen que acudir al Poder Judicial para plantear juicos contra el Estado, con todos los obstáculos, costos, dificultades, etc., que ello implica.

En nuestro país con la anterior jurisdicción contencioso administrativa, nueve de cada diez procesos judiciales los perdió frente al Estado, el administrado.

Con la nueva normativa de lo contencioso administrativa, ley 8508 vigente a partir del 1 de enero del 2008, será el tiempo el que nos informe acerca del rumbo de la jurisprudencia en esta materia.

Asimismo, otro factor que ayuda a consolidar la arbitrariedad y la corrupción mediante la puesta en práctica de los actos administrativos, es el hecho de que es una minoría de administrados que impugnan, la enorme cantidad de esos que se dan diariamente, el Poder Judicial. Parte de las razones que explican la conducta de pocos administrados atacando judicialmente los actos administrativos que los perjudican podrían, entre otros: la variedad de los costos de estas gestiones especializadas que requieren profesionales altamente calificados, ignorancia respecto de los procedimientos judiciales, temor reverencial a la autoridad.

Por ello, se escucha a un sector de administradores públicos decir: no importa que los actos administrativos se den contra el ordenamiento jurídico, de por sí no van a ser impugnados.

Desde su perspectiva, ALEJANDRO NIETO expresa que:

> La sociedad española es, en líneas generales, indiferente a la corrupción política. La vida política no se altera lo más mínimo por el conocimiento de corrupciones, cuando éstas aparecen detalladamente publicadas. De hecho resulta difícil descubrir casos auténticamente desconocidos, ya que casi todos están ya denunciados y descritos, de tal manera que entre nosotros el que no conoce la corrupción es sencillamente porque no quiere.
>
> La sociedad española no se asombra de la corrupción política porque ella misma está corrompida hasta los huesos.

Para el corrupto la corrupción de los demás no merece reproche alguno. El español medio está identificado con el corrupto porque percibe que éste obra como lo haría él mismo si se encontrara en la misma situación. A lo que hay que añadir la pobrísima opinión que de la política y de los políticos tiene la inmensa mayoría de los españoles. “Ahora les toca a ellos (a los políticos) —piensa para su capote el ciudadano—, que se aprovechen porque es su

momento; mañana me puede tocar a mí." La corrupción pública fluye paralela a la corrupción privada, ramas de un mismo tronco y más cuando se piensa en la interdependencia de lo público y lo privado (NIETO, págs. 156 y 157, 2008).

El *Gobierno*, sostiene NIETO, es el primer interesado en que la corrupción no sea perseguida y sus motivos tiene: porque si la corrupción, por definición, está cometida por quienes ocupan el poder , habría que terminar respondiendo *él (idem, pág. 174).*

X. Actuación administrativa y buen gobierno

A. Gobernanza y democracia

Desde la vieja y conocida expresión de ABRAHAM LINCOLN (1809-1865) de la democracia como el gobierno del, para y por el pueblo se ha escrito bastante, pero se ha olvidado de la necesidad del gobierno con el pueblo, lo cual recientemente se trata de solventar con la idea de la democracia participativa que complemente la democracia representativa.

En los hechos, no en los discursos oficiales ni en el papel, lo que existe es el gobierno de los empresarios nacionales y transnacionales.

B. Democracia y sus requerimientos

Dentro de los requerimientos necesarios del sistema democrático podemos indicar:

– derecho al desarrollo social y económico; superando así el mero crecimiento económico,

– transparencia y rendición de cuentas,

– activa participación de la sociedad en la toma de las decisiones públicas que la afecten,

– protección y desarrollo de los derechos humanos.

C. Requisitos de la gobernanza

– buen uso de los recursos públicos, en el amplio sentido del término, no sólo de acuerdo a criterios de eficiencia y eficacia, sino esencialmente de ética y de moralidad

– Realización plena del Estado de Derecho, como el respeto a la legitimidad, legalidad, equidad y justicia.

Referencia: artículo constitucional 11 de Costa Rica:

> Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir con los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.
>
> La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.
>
> Vertientes del principio de legalidad:
>
> a- sentido positivo: el Estado solo puede actuar si la ley lo autoriza para hacerlo.
>
> b- Sentido negativo: el Estado no puede actuar si no hay una ley que lo autorice para ello (votos de la Sala Constitucional Nos. 1739-92 y 11944-01).

– desplazamiento de la corrupción, en el manejo de los asuntos públicos

– régimen de responsabilidad civil, penal y administrativa respecto de los agentes públicos (funcionarios y empleados), configurando el derecho administrativo sancionatorio, penal o disciplinario (referencia: citado artículo 11)

– ejercicio de una oportuna y adecuada dirección política a cargo del Poder Ejecutivo . (Referencia: artículos constitucionales 139, 140 y 147, se indica nada más el enunciado del respectivo numeral):

> 139: deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República.
>
> 140: deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno.
>
> 147: Funciones del Consejo de Gobierno. El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones

– garantizar el libre acceso a los servicios públicos en un régimen de igualdad y de precios razonables

– garantizar a la sociedad el acceso a la información pública, desplazando el secretismo y los registros ocultos de las oficinas estatales (Referencia: artículos constitucionales de Costa Rica 27, 30:

> 27: Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.
>
> 30: Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.
>
> Votos 136-02 y 2120-03 Sala Constitucional:
>
> El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en mano de los administrados, ya que les permite a éstos ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y; general, de la eficiencia y eficacia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos.

– el facilitar la credibilidad, la confianza y el otorgamiento de legitimidad al Estado, con el fin de darle la cobertura propia a la mera legalidad y la representatividad esquemáticamente formal al Estado.

D. Aspectos básicos en el tema de la gobernanza

– *gobernabilidad*: la forma en que se ejerce la dirección gubernamental de los asuntos públicos en un país

– *transparencia:* ejercicio de las funciones públicas de tal modo que la sociedad puede comprobar ese ejercicio y a la vez la posibilidad real de que los miembros de esa sociedad puedan llevar al Poder Judicial a los agentes públicos para sentar responsabilidades civiles, penales y administrativas

– *corrupción:* estando la corrupción presente en los Estados, el deber es fomentar la transparencia, rendición de cuentas y la extensión e intensidad de los controles y la fiscalización públicos.

La corrupción es el abuso de lo público para favorecer intereses privados, mediante cualquier forma de pago o de retribución.

E. Fórmula de la corrupción : C: M más D menos A

C: corrupción
M: monopolio
D: discrecionalidad
A: accontability: rendición de cuentas

La ecuación significa que la corrupción se da cuando existen situaciones de monopolio en el ejercicio de las funciones públicas, en un contexto de discrecionalidad (varias conductas posibles a criterios del agente público que toma la decisión o realiza el respectivo acto administrativo) y en ausencia (factual), total o parcial, de la fiscalización necesaria, lo cual configura un panorama sin rendición de cuentas en el plano real.

F. Principios de un buen gobierno

– no incurrir en abuso o en desviación de poder (referencia: artículo constitucional 11)

– ejercicio proporcional, racional y razonable del poder

– respetar el Estado de Derecho (referencia: artículo constitucional 11)

– respetar los derechos humanos y libertades fundamentales (Referencia: artículos constitucionales 20 a 49, relativos a los derechos individuales)

– cumplir con los principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia en el ejercicio del poder

– realizar los principios constitucionalidades de justicia, equidad y de igualdad

– régimen de toma de decisiones públicas de modo democrático y participativo (referencia: artículo constitucional 1*: Costa Rica es una República democrática)*

– rendición de cuentas y transparencia (referencia: artículo constitucional 11)

– medidas efectivas de combate a la corrupción

G. Metas del buen gobierno

– desarrollo humano, ambiental, social y económico sustentables (Referencia: artículo constitucional 50:

> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.
>
> Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.
>
> El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

– libertades públicas y derechos humanos (referencia: artículos constitucionales 20 a 49)

– ética y moral en el ejercicio del poder (referencia: artículo constitucional 11)

– políticas efectivas y positivas en empleo, vivienda, educación y salud

– transparencia y rendición de cuentas (referencia: artículo constitucional 11)

H. Caras de la administración pública

– *positiva*: transparencia y rendición de cuentas (referencia: artículo constitucional 11)

Genera confianza, credibilidad, legitimidad y seguridad en el Estado.

Estabiliza los sistemas político, económico y social.

– *negativa:* corrupción

Genera desconfianza, ilegitimidad e inseguridad en el Estado.

Desestabiliza los sistemas político, económico y social.

Esas caras del Estado, se reflejan en estos campos:

– demarcación de competencias y funciones de los agentes públicos

– procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos públicos

– elaboración, aprobación y recaudación de los impuestos

– elaboración, aprobación y ejecución de las políticas monetarias y bancarias

– desarrollo y ejecución de la materia de la contratación pública

I. Estado de derecho

La esencia en este tipo de Estado es la de sujetar al sector público al ordenamiento jurídico. Quedó muy atrás en la historia la expresión: *princeps legibus solutus,* las leyes no obligan al príncipe.–

Algunas de sus características son:

– subordinación del Estado al bloque de legalidad (derecho escrito y el derecho no escrito; referencia: artículo constitucional 11)

– posibilidad de que los agentes públicos (funcionarios y empleados) sean llevados a los tribunales por responsabilidad civil, penal y administrativa (referencia: artículo constitucional 49:

> Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.
>
> La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.
>
> La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados).

– fiscalización y control respecto del sector público. Contraloría General de la República (referencia: artículos constitucionales de Costa Rica 183 y 184:

> 183: La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores.

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o procederes incorrectos.

184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;

3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugestiones que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;

4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asigne.

Este control puede ser de varios tipos:

Administrativo: a cargo de superiores jerárquicos propios; y, también mediante superiores jerárquicos impropios como la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes

Jurisdiccional: es el que ejerce el Poder Judicial por medio de los procesos correspondientes.

Político: lo ejerce el Poder Legislativo, mediante las comisiones de investigación respectivas, que carecen de efectos jurídicos sancionatorios, excepto en lo que se refiere a la fiscalización de la Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, Magistrados del Poder Judicial, que son nombrados por

Asamblea Legislativa, eventualmente –conforme a derecho– podrían ser destituidos.

Mediático: el que se desarrolla mediante la presión de los medios de comunicación colectiva y la llamada opinión pública pre-fabricada por estos medios.

– Respeto a las libertades públicas y a los derechos fundamentales

– Cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley estas materias: derecho económico (finanzas públicas, banca y moneda), penal, propiedad privada, impuestos, libertades públicas, educación y servicios públicos.

Estas materias solo pueden ser reguladas por el Poder Legislativo.

– Elección popular de los gobernantes, transparencia en el proceso electoral

– División formal de los Poderes Públicos: ejecutivo, judicial y legislativo

J. Estado social y democrático de derecho

Este tipo de Estado tiende a plasmar el *Estado del bienestar*, social, protector, intervencionista, providencia.

Una de las posibles maneras de definirlo es así:

> Sistema de organización social en el que se procura compensar las deficiencias e injusticias de la economía de mercado con redistribuciones de renta y prestaciones sociales otorgadas a las débiles de la sociedad.

En nuestra Carta Magna, se pueden constatar, en el plano de lo escrito en un papel o digitalmente, derechos y garantías fundamentales que configuran ese Estado social y democrático de derecho, por ejemplo:

– Artículo 93: derecho de los ciudadanos al sufragio
– Artículo 65: derecho a la vivienda
– Artículo 51: derecho a la familia
– Artículos 56 a 61: derecho al trabajo
– Artículos 46 y 50: derecho a la salud a un ambiente sano
– Artículo 50: derecho a la distribución de la riqueza
– Artículo 73: derecho a los seguros sociales universales
– Artículos 77 y 78: derecho a la educación pública
– Artículo 121, inciso 18: derecho a la promoción del progreso de las ciencias y de las artes

- Artículo 60 a 62: derecho a la sindicalización, huelgas y convenciones colectivas para los trabajadores
- Artículo 55: derecho a la protección de la madre y del menor
- Artículo 71: derecho a la protección de las mujeres y de los menores en su trabajo
- Artículo 64: derecho al fomento de la creación de cooperativas
- Artículo 67: derecho a la preparación técnica y cultural de los trabajadores

XII. Conclusión

La importancia del acto administrativo en el supuesto Estado social y democrático de Derecho es capital. Su importancia es obvia: el Estado o la Administración Pública (si de modo convencional, los indicamos como equivalentes) realizan toda su labor diaria mediante actos o actuaciones que pretenden ser legales y ejecutivas. Le corresponde al administrado o al habitante del país respectivo probar que determinados actos de la Administración estatal son antijurídicos y que por ello no debieron ser ejecutados.

Claro está que esos supuestos que se le atribuyen al acto administrativo de ser conformes a derecho y de ser ejecutables de inmediato, operan porque si el supuesto fuera al revés (se reputan los actos de la Administración como antijurídicos y no ejecutables) el Estado no podría funcionar.

Tanto a nivel de transparencia internacional como de los estudios que se hacen sobre la corrupción en la esfera estatal, ponen de manifiesto que la opacidad y la corrupción en la Administración pública (que se integra a la corrupción en el sector privado), son hechos que deben ser enfrentados y resueltos por la comunidad nacional y la supranacional.

Es difícil enseñar a los estudiantes sobre derecho administrativo y el acto estatal, sin tomar en cuenta los factores de arbitrariedad y corrupción que atraviesan las actuaciones del leviatán moderno.

En esta ponencia hemos hecho una presentación del acto administrativo en el recuadro del Estado de hoy, tan matizado por la corrupción y la arbitrariedad, que deja indefensos y dañados a los habitantes de la comunidad local.

Bibliografía

BONNIN, CH.-J.: *Principios de administración pública*.
CASSAGNE, J. C., director: *Derecho Administrativo, homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

CALDERÓN, H.: *Derecho Administrativo guatemalteco*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
CATENACCI, I.: *Introducción al derecho*, San José, editorial Astrea, 2006.
CHAPUS, R.: *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2 tomos, 1998.
COSCULLUELA, L.: *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Thompson-Cívitas, T. I, 2007.
DEL GIUDICE, D.: *Elementi di Diritto Amministrativo*, Napoles: Edizioni Giuridiche Simone, 2000.
FERNÁNDEZ- RUIZ, J.: *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México: Porrúa, 2006.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.- R.: *Curso de derecho Administrativo*, Madrid: Thompson-Civitas, dos tomos, 2008.
GARRIDO, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, vol. I, 1970.
GONDOUIN, G.: *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 1999.
GORDILLO, A.: *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
JINESTA, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Medellín, Diké, 3 tomos, 2005.
MARIAL, H.: *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires, Ediciones ResRepública Argentina, 2007.
MAURIN, A.: *Derecho Administrativo Francés*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
MORAND-DEVILLER, J.: *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2003.
NIETO, A.: *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008.
NIETO, A.: *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.
NIETO, A.: *La "nueva" organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1996.
NIETO, A.: *Estudios de Derecho y Ciencia de la administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
ORTIZ, E.: *Tesis de derecho Administrativo*. Medellín, diké- Stradtmann, T. I, II, III, 2002.
PAREJO, L.: *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
ROJAS, E.: *Derecho administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
ROMERO- PÉREZ, J. E.: *Derecho Administrativo*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002.
ROMERO- PÉREZ, J. E.: *Derecho Administrativo y Estado costarricense*, San José, Universidad de Costa Rica, 1984.

SANTAMARÍA-PASTOR, J.: *Principios de derecho administrativo*, Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, Vol. I y II, 2000.
SANTOFIMIO, J.: *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1994. Versión digital: www.bibliojuridica.org).

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS REGULADORES: UBICUIDAD DE ÉSTOS, ORIGEN DE AQUÉLLAS

Sandra Álvarez Torres

"Nunca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano[1]."

I. Introducción

Partamos señalando que, hablar de las decisiones de los órganos reguladores es un "megatema" en tanto guarda relación con materias que muchas veces pueden llegar a ser más extensas que el propio tema en comento, como son por ejemplo: el *intervencionismo estatal* –el Estado regulador con mayor o menor alcance intervine la economía, educación, salud, medioambiente, servicios públicos en general de la nación–, los *derechos fundamentales del ciudadano*– léase, derecho de y a la propiedad, la libre circulación, la libertad de desarrollar cualquier actividad económica no contraria a la ley, la moral y las buenas costumbres, el derecho a la información, a vivir en un medioambiente libre de contaminación, el derecho al debido proceso–; por nombrar algunos; la *libre competencia y regulación*– a saber determinación de reglas imperantes en el mercado para que quienes quieran participar en él puedan hacerlo en condiciones de igualdad y competitividad–, entre otros.

Ahora, no sólo es un megatema, por los distintos aspectos de la ciencia del derecho que puede abarcar; sino porque además es omnicomprensivo de materias propias de otras ciencias como la economía; lo que significa en no pocas oportunidades para el órgano regulador tener que adentrarse en temas eminentemente técnicos que en la práctica implican un estadio superior de complejidad, donde deberá saber ajustar su decisión a lo técnicamente factible y/o viable, lo legalmente posible y al interés público.

---

[1] Alfred E. KAHN, citado por Stephen Breyer en "Cuándo y Cómo Regular los Servicios de Utilidad Pública", *Revista Centro de Estudios Públicos*, 78 (otoño 2000). F. KAHN es economista, especialista en "economía de la regulación"; autor de *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Cambridge Mass., MIT Press, 1988. A su vez S. BREYER, desde 1994 es juez de la Corte Suprema de Estados Unidos. Entre sus libros destacan: *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard University Press, 1993; *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown, 3ª ed., 1992 y *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982.

Luego, lograr por parte del órgano regulador un equilibrio entre estos últimos tres elementos señalados, es un desafío diario que se plasma en decisiones que nos hablan y consideran términos como: mercado regulado, liberación de tarifas, modelo de empresa eficiente, tarifas máximas, estándares de eficiencia, economías de escala, modelos tarifarios, monopolios naturales, desagregación, cargos de accesos, asimetría de la información, etc. todos conceptos que en definitiva no hacen sino reflejar que, en tanto el regulador tiene como fin el bien común de la ciudadanía, utilizará las herramientas que posee, principalmente sus potestades administrativas para poner en ejercicio medidas que posibiliten el bienestar social.

Efectivamente, a través de las potestades administrativas con que legalmente cuenta un órgano regulador, este no sólo puede sino que además y según lo veremos "debe" tomar y aplicar decisiones regulatorias de alcances insospechados, debido a la extensión, pluralidad, disparidad, diversidad y heterogeneidad de destinatarios a los que serán aplicadas.

Lo anterior ha generado para los órganos reguladores que no sólo se vean en el papel de dictar reglas tendientes a lograr los fines o políticas definidas por el gobierno respectivo sino que además tener que encontrar vías de entendimiento y/o solución que se ajusten a las distintas realidades que se intentan regular, desafío que tal como señala BREYER "ha significado una revolución en el derecho administrativo desde un mundo en que el gobierno estaba a un lado y la industria a otro, hacia un mundo en que el gobierno se ha convertido en la instancia que decide o a veces media entre diferentes grupos, uno de los cuales es la industria"[2].

Tan cierto es lo señalado en el párrafo precedente que hoy somos testigos de cómo órganos reguladores –la mayoría de ellos parte de la Administración del Estado– han habilitado por ejemplo instancias de arbitrajes a propósito de procesos de licitación o concesión[3], han generado procedimientos reglados de reclamos de usuarios[4], han destinado personal a unidades de

[2] BREYER, S.: "Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública" en *Revista Centro de Estudios*, 78 (otoño 2000), pág. 41.

[3] En Chile, un ejemplo es el Ministerio de Obras Públicas, que en atención al cumplimiento de políticas gubernamentales tendientes a mejorar e incrementar la infraestructura de carreteras a nivel nacional, a mediados de la década de los noventa dio inicio a extensos procesos de concesión de vías y carreteras a nivel nacional en donde para entre otros motivos superar la conflictividad, disconformidad y/o desacuerdos en los procesos concesionales habilitó una unidad de arbitraje al interior del propio Ministerio.

[4] Decreto Supremo Nº 556 / 98 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que, fija el texto del Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones.

mediación o de intermediación entre el prestador de un servicio y el usuario[5] y finalmente inclusive en algunos casos se ha generado lo que podríamos denominar una "justicia especializada" al amparo de leyes de claro sesgo de Derecho Administrativo[6].

II. Ubicuidad del órgano regulador en el Derecho Administrativo

En atención a la señalada dispersión, diversidad y disparidad de ámbitos en donde es posible encontrar órganos reguladores, sin tener entre ellos otra característica común que la de pertenecer a la Administración del Estado, consideramos pertinente establecer primero, dónde dentro de la no despreciable cantidad de materias que abarca el Derecho Administrativo es posible ubicar a estos órganos reguladores, pues según veremos su localización no resultará ser casual ni menos indiferente para efecto de su ejercicio regulatorio.

Para establecer esta suerte de localización nos valdremos de un GPS consistente en una herramienta metodológica denominada "núcleo dogmático"[7] entendida como aquella que nos permite identificar los elementos que son esenciales y únicos en una disciplina o rama, no sólo del derecho sino en general del conocimiento, que hacen que una disciplina sea tal o cual y no otra y que por ende no sólo le atribuyen individualidad sino y quizás lo más importante para el estudioso de un área determinada, por añadidura le confieren autonomía y delimitan su campo de estudio, de acción y de influencia.

Pues bien, cómo podemos nosotros a través de la observación práctica y el pensamiento teórico estructurar un núcleo dogmático del Derecho Administrativo, al parecer la respuesta está en utilizar precisamente una técnica que permita identificar y ordenar todo el cúmulo de información de una disciplina, que por cierto en Derecho Administrativo, encierra una dificultad mayor, toda vez que esta información está dispersa en leyes, reglamentos, dictámenes, circulares, directrices, políticas públicas y otros instrumentos que se consideran fuentes del Derecho Administrativo.

Luego, la idea es que a partir de un ejercicio de abstracción lógico-jurídica extraer en lo macro dos ítems fundamentales para configurar el núcleo de esta

[5] En Chile por ejemplo la Superintendencia de Salud intermedia soluciones a conflictos surgidos entre el usuario del sistema de salud privado existente (afiliado a una Isapre) y esta última (Institución de Salud Previsional).

[6] Por ejemplo en Chile el Tribunal de Contratación Pública, creado por la Ley Nº 19.886 "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

[7] La idea del núcleo dogmático no es original de este texto, ha sido tomada y reformulada en parte para explicar el tema que nos ocupa. K. LARENZ es quien desarrolla este concepto en su libro *Metodología de la Ciencia Del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, 536 p.

disciplina a saber: a) elementos y b) los principios que la conforman, logrado esto tendremos delimitado el marco general del Derecho Administrativo, para luego a partir de ello determinar en dónde encontramos a nuestros órganos reguladores[8].

Así es posible señalar que constituyen elementos del Derecho Administrativo: la Administración, el Administrado y la Actividad Administrativa. A su vez son principios correlativos de cada uno de estos elementos: la juridicidad, los derechos subjetivos y el control.

A continuación un breve desarrollo de estos elementos y principios.

A. Los elementos

La *Administración* a través de la historia ha sido asociada a distintos marcos teórico-prácticos, en gran medida dependientes del momento histórico-político que se estuviese viviendo. Se ha identificado a la Administración con el Estado, con los órganos que conforman el Estado, con los poderes del Estado, con la institucionalidad estatal y en definitiva con todo lo que lleve como apellido el término "público" [órgano público, institución pública, administración pública, repartición pública, función pública, funcionario público, etc.]. El alcance y hasta donde creamos se extienda esta Administración, cualquiera sea la asociación o correlación que realicemos, estará determinada en la práctica por el Gobierno o forma de Estado predominante en una época, tiempo o lugar, es así como la Administración bajo un Estado de corte socialista es muy distinta a la que existe al amparo de un Estado de corte liberal. Un autor italiano resume magistralmente lo precedentemente afirmado diciendo: "De un tiempo a esta parte es persuasión común de los buenos ciudadanos que el Estado no atiende como quisiera y como debiera a sus muchos cargos y deberes...Hay quien cree que al Estado se le deben asignar pocos [cargos y deberes] (liberales, radicales) o ninguno (anarquistas), y hay otros que, en cambio, consideran que la mala marcha del Estado se debe a no haberlos asumidos todos (demócratas, socialistas, etc.). Para los primeros, el Estado no tiene éxito porque quiere hacer demasiadas cosas; para los segundos, porque no puede hacerlo todo. Y puede ser que tengan razón ambas partes y que el Gobierno sólo sea perfecto cuando no existe, o cuando no existe sino él"[9].

[8] La aplicación del núcleo dogmático para dar orden a los temas de Derecho Administrativo, en Chile es original del profesor A. VERGARA BLANCO, con la salvedad que él habla de "instituciones" y "principios", mientras que nosotros en este texto por considerarlo de una mejor significación nos referidos a "elementos" y principios. Hablamos de "elementos" en tanto concibir a la Administración, el Administrado y la Actividad Administrativa como "fundamento, móvil o parte integrante de algo", de acuerdo a la definición de elemento que da el Diccionario de la Real Academia.

[9] PAPINI, G.: *Críticas y Apologías*, Editorial Aguilar, 1965, pág. 55.

En lo que respecta al *Administrado*, entenderemos que nos estamos refiriendo a una persona natural o jurídica que está sometida a la jurisdicción de una autoridad administrativa. Hacemos hincapié en que puede ser una persona natural o jurídica porque en la generalidad de los casos se tiende a identificar al "administrado" que muchas veces coincide además con la categoría de "usuario" con una persona natural. Sin embargo, no hay que olvidarse que el Estado de corte neoliberal y por ende la Administración que forma parte de él ha evolucionado hacia nuevas fórmulas precisamente de gestión y administración que le permitan por una parte mantener el control de una actividad, pero también la prestación eficiente de la misma, de manera de actuar en pos del interés público y el bien común. Nos estamos refiriendo a la prestación de actividades económico relevantes[10], muchas de ellas calificadas como servicios públicos, que se proveen al administrado y/o usuario a través de empresas privadas (a título ejemplar a nivel nacional) Aguas Andinas S.A. [servicio de agua potable], Telefónica Chile S.A.[servicio de telefonía fija] y Endesa S.A [servicio de energía eléctrica]. Luego, precisamente estas empresas son a su vez prestadoras de un servicio público, normalmente gracias a la obtención de la respectiva concesión, pero también son "administrados" que generan para el Administración/Estado una tarea no menor como es "regular". Interesante en este aspecto es lo que propugna el profesor GASPAR ARIÑO[11] en cuanto explica la necesidad de este Estado regulador a partir de la existencia de un administrado/usuario "cautivo" en tanto en determinadas actividades o servicios públicos no tiene la posibilidad de escoger primero si lo necesita o no, porque están calificados como básicos (agua, luz, teléfono) y segundo tampoco cuenta con la opción de discriminar qué prestador de tal servicio escoger, pues lo más probable es que las opciones no sobrepasen de uno o dos prestadores donde coincidentemente uno de ellos tendrá el monopolio natural de la actividad. Luego en este contexto de cautividad, Ariño distingue, dos grandes grupos de actividades reguladas, donde difieren grado, intensidad y régimen jurídico, aun cuando se encuentran regidas en mayor o menor medida por normas y principios propios de Derecho Público.

En el primer grupo, ubica a las actividades reglamentadas, donde la titularidad corresponde a los particulares y que son equivalentes a las *fabric utilities* del derecho norteamericano, cuyo vínculo con la Administración no es contractual sino que proviene de un acto administrativo como es la concesión, la autorización o la licencia. Esta regulación varía en intensidad según el grado de interés público que esté comprometido.

[10] Terminología utilizada por el profesor J. C. FERRADA en artículo "Los Órganos Reguladores de Actividades Económicas Relevantes en Chile: Una visión Panorámica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 Nº 2, págs. 271-286 (2003), Sección Estudios.
[11] ARIÑO, G.: *Economía y Estado*, Abeledo Perrot, 1993, pág. 524

Un segundo grupo, lo conforma el *servicio público*, donde la titularidad a diferencia de los que ocurre en las actividades reguladas, corresponde al Estado. Así de esta titularidad derivan una serie de potestades de control y fiscalización sobre la actividad que desarrolla el prestador del servicio público vinculado, en la generalidad de las ocasiones, a través de un contrato de concesión. La titularidad de la Administración le permite ejercer potestades regulatorias que se caracterizarán por tener como norte estar al servicio del usuario o administrado y los derechos fundamentales de estos, resguardar el principio de libertad empresarial circunscrito al marco regulatorio vigente buscando un equilibrio de intereses en virtud del cual se mitigue el grado de cautividad de los administrados y/o usuarios respecto de los prestadores de servicios, como por ejemplo imponer en el sector de las telecomunicaciones a la empresa monopólica la obligación de permitir la interconexión a sus redes con el fin de promover y lograr la competencia en el sector que de paso posibilite al administrado usuario, la posibilidad de escoger entre dos o más prestadores.

En cuanto al último elemento de este núcleo dogmático, esto es, la *acción/ actividad administrativa*, básicamente se traduce en todo acto de la Administración que actuando de acuerdo a las leyes que la rigen tienen como fin último el interés o bien público. A título meramente ejemplar podemos señalar: concesiones, licitaciones, permisos, licencias, autorizaciones, decretos, reglamentos, circulares, instructivos, oficios ordinarios, dictámenes, multas, sumarios, patentes, formación de expedientes administrativos, resoluciones exentas y no exentas, actividad de registro, notificaciones administrativas, etc.

B. Los principios

Juridicidad: se traduce básicamente en que existe propiamente un estado de derecho cuando los órganos del Estado someten su acción a un orden jurídico, objetivo e impersonal, siendo inválidas las actuaciones que lo transgreden[12].

[12] En Chile este principio lo consagra la Constitución Política de la República en sus artículos 6º y 7º que señalan:
Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.
Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.
La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.
Artículo 7º.Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Cont.

Cabe recordar que, los presupuestos del Estado de Derecho son: i) respeto por el principio de legalidad o juridicidad, es decir, que opere una plena sujeción de todas las autoridades –ejecutivas, legislativas y judiciales– a la Constitución y a la ley en un sentido amplio; ii) existencia de un sistema jerárquico de normas, en donde los preceptos de rango inferior tienen que respetar, en la forma y en el fondo, a los de rango superior; iii) reconocimiento de los derechos y garantías de las personas.

Derechos Subjetivos[13]: Un ejemplo típico de un derecho subjetivo, es la propiedad: la cosa queda bajo el dominio de su dueño, con exclusión de todo tercero; la lesión a la propiedad (salvo facultad expresa) es prohibida a todos, es decir, cualquier ataque en contra de la cosa es contrario a derecho; la libertad de acción de los demás encuentra entonces su límite en el derecho del propietario; es prohibida toda acción que intencionalmente o por negligencia pudiese dañar a la cosa.

¿Cómo se explica el derecho de este propietario?, ¿cómo o dónde encuentra su justificación?, ¿es el derecho subjetivo un interés protegido?, estas son algunas de las preguntas que brevemente se desarrollan a continuación.

Las teorías explicativas de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos que hoy día tienen mayor raigambre son la de la "voluntad" y el "interés". La construcción aportada por SAVIGNY se sintetiza en la definición de ser "la voluntad del sujeto de derecho" o estar frente a un "señorío de la voluntad", y con la misma visión, WINDSCHEID habla de "la voluntad jurídicamente protegida" remitente al derecho objetivo, ya que el poder consiste en la facultad de producir una norma que se pueda imponer en caso de que no sea cumplido el contenido de una voluntad[14].

Por su parte IHERING, mantiene que el objeto de un querer es un bien y la persona sólo se orienta hacia los objetos que, por tener valor como bienes, son objetivo de su interés. Afirma entonces que el derecho subjetivo es el "interés jurídicamente protegido" y diferencia dos aspectos: el sustancial o elemento interno, simbolizado por el fin práctico del derecho, y el formal o elemento

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

[13] En atención a la extensión requerida para la presentación de este texto, sólo se observará que existe discusión doctrinaria respecto de la diferenciación entre las categorías de: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos.

[14] La crítica a esta conceptualización se apoya en que algunos derechos subjetivos existen "a pesar" de la voluntad de su titular; en que otros derechos subjetivos existen "en contra" de la voluntad de la persona; en que el derecho subjetivo puede existir en sujetos "desprovistos" de voluntad o con una voluntad defectuosa; y en que el derecho subjetivo puede existir o nacer con la "ignorancia" de su titular.

externo, representado por el procedimiento jurídico de defensa del interés y referido a ese interés como instrumento, constituyendo la seguridad jurídica del goce la base del derecho.

El ataque más representativo al pensamiento de IHERING es el de KELSEN, para quien el derecho subjetivo no es algo diferente del objetivo, y depende de él porque es anterior y porque ciertas normas pueden no contener derechos subjetivos, es una forma del Derecho objetivo[15], no necesariamente correlativo a un deber jurídico. KELSEN puntualiza que el derecho existe aún cuando en los supuestos en los que no haya ningún interés, por lo que ha de consistir en una protección jurídica[16].

Continuando con esta breve exposición relativa a los derechos subjetivos, cabe indicar la teoría del beneficiario elaborada por BENTHAM, la cual ha sido objeto de numerosas observaciones, al no ser forzoso que el titular de derecho subjetivo coincida con el beneficiario del mismo. El valor de esta teoría radica en la posibilidad de considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses, mientras que, como contrapartida, hay un alejamiento del concepto técnico-jurídico en el ámbito privado tradicional, y queda patente la necesidad de introducir en los derechos subjetivos las categorías de derechos discrecionales y no discrecionales[17].

Control de la Administración

> De los poderes del Estado, la Administración es el más controlado. Esta gran cantidad de controles a que está sujeta no se observa respecto de otros poderes del Estado, siendo probable tal situación como consecuencia de que en nuestra opinión no existe poder estatal de tanta significación cotidiana para los ciudadanos y para el desarrollo institucional del Estado de Derecho[18].

En este contexto efectivamente podemos descubrir distintos controles a los que está sujeta la Administración como por ejemplo un control político, un control de legalidad interno [lo realiza la Administración activa de conformidad al artículo 24 de la Constitución Política Chilena], control de mérito [lo ejercen jefaturas y autoridades, arts. 11 y 12 de la LOCBGAE[19]], control de gestión [a

[15] Al hablar de Derecho Objetivo, nos estamos refiriendo a la norma jurídica.

[16] Textualmente dice: "desde el punto de vista de una consideración orientada al Derecho como norma, o sistema de normas el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el Derecho, sino exclusivamente la protección de aquel interés que el Derecho objetivo establezca. Ver KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, México, 1981, págs. 145 y 146.

[17] HIERRO SÑANCHEZ-PESCADOR, L.: "Conceptos jurídicos fundamentales" (I). "De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 3, año 2000, pag. 172.

[18] CORDERO VEGA, L.: *El control de la Administración del Estado*, LexisNexis, 2007, pág. 189.

[19] LOCBGAE, es la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, N° 18.575.

cargo de la Administración activa, art. 52 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado], control contable o financiero [lo ejerce la Contraloría General de la República], control ciudadano [por ejemplo el derecho de acceso a los documentos, art. 13 LOCBGAE[20]], control de protección y garantía de derechos fundamentales [a cargo de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con el art. 20 de la Constitución Política de la República], por mencionar algunos.

Luego, este control admite distintas clasificaciones dentro de las cuales destacaremos la que dice relación con la oportunidad en que se efectúe, conforme a lo cual puede ser a) preventivo, b) represivo o, c) posterior.

El *preventivo*, es ejercido por la propia Administración a través del ejercicio de controles previos de sus actos, como por ejemplos las contralorías internas, también ejerce este control el Senado en los casos en que el Ejecutivo requiere contar con su aprobación para la toma de alguna decisión (art. 53 Nº 5 de la Constitución). Por supuesto en esta categoría de control está la Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón[21] y los Tribunales Ordinarios de Justicia a través de la imposición de medidas cautelares.

El *represivo*, es aquél que opera después de la entrada en vigencia del acto administrativo, de manera que su objeto es dejar sin efecto actos administrativos contrarios a derecho. Un ejemplo son los controles jerárquicos y de supervigilancia que ejerce la propia Administración.

El *posterior*, es un control ejercido por los Tribunales de Justicia, ya sea conociendo acciones jurisdiccionales de rango constitucional o simplemente legales.

Finalmente y, siendo el propósito de este capítulo determinar dónde se ubican los órganos reguladores dentro de este esquema general del Derecho Administrativo, no cabe duda que es dentro del elemento “Administración”, lo que consecuencialmente significará que están regidos por el principio de juridicidad en todas y cada una de sus actuaciones, principio que por añadidura es transversal a toda la actuación de la Administración.

III. Génesis de la decisión de un órgano regulador

Habiendo establecido en los párrafos anteriores que los órganos reguladores son elementos “activos” de la Administración del Estado, regidos en su actuar

[20] Hoy esta norma se ha visto complementada, perfeccionada por la denominada Ley de la Transparencia, N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.

[21] El trámite de toma de razón es un control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República.

por el principio de juridicidad, cabe preguntarnos cómo estos órganos llevan a cabo su actividad regulatoria, cómo en el día a día toman decisiones tendientes a por ejemplo salvaguardar el libre ejercicio de la actividad empresarial, o bien velar por la existencia de libre competencia en determinados mercados o definir plazos, condiciones y requisitos en general a cumplir en una licitación y/o concesión.

La respuesta está en las potestades regulatorias. Efectivamente, "la función reguladora del Estado en materia económica se expresa formalmente en la habilitación a los órganos de la Administración del Estado en un conjunto de potestades más o menos amplias de intervención y gestión de los diversos sectores, dentro de las que se destacan las directivas, resolutivas, fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas en tiempo de mercado y velando por los intereses públicos comprometidos"[22].

El tema de las potestades resulta esencial a la hora de estudiar a los órganos reguladores en acción, al punto que sin ellas el órgano carece del elemento que precisamente le permite actuar, delimitar, establecer, restringir, sancionar, controlar, ordenar, solicitar y resolver en particular materias propias del ámbito económico que el Estado estima requieren "regulación".

Comencemos entonces por el principio, esto es, entendiendo que es una potestad a secas, sin ninguna otra denominación y/o apellido.

A. Potestades administrativas

Una potestad debe consistir exclusivamente en un poder jurídico y de ninguna otra clase, en tanto, el Derecho sólo toma en cuenta poderes de tal carácter, indicación que creemos pertinente en cuanto en el seno de toda comunidad coexisten distintos poderes y no todos ellos son precisamente de naturaleza jurídica.

Un ejemplo, en este sentido lo da GIANNINI[23], quien señala que si bien es posible inducir a una persona a vacunarse por muchos medios, por ejemplo, haciéndole ver los peligros de la enfermedad o pagándole para que acceda a una inoculación experimental; no es menos cierto que se ejercerá una potestad de policía sanitaria sólo cuando el ordenamiento jurídico permita a una autoridad pública acudir a la vacunación obligatoria. Luego, el decreto en que así se establezca, desde ya, no constituye más que un pedazo de papel, pero tiene consecuencias jurídicas porque es la manifestación de una potestad.

[22] FERRADA J. C.: "Los Órganos Reguladores de Actividades Económicas Relevantes en Chile: Una visión Panorámica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 Nº 2, pág. 277 (2003), Sección Estudios.

[23] Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Vol I. Giufré, Milán, 1950, pág. 266.

En particular, en el ejemplo precedente, la potestad mencionada es manifestación de una potestad administrativa, que es una clase específica de potestades públicas, en tanto participa de las características generales de estas últimas, como por ejemplo ser un poder reconocido por el Derecho, estar conferida por el ordenamiento a determinados centros de poder público, además de todas ellas juridificar formalmente el poder, aunque materialmente no lo consiguen en el mismo grado. Sin embargo, cabe hacer presente que no todas las potestades públicas son iguales, diferenciándose en particular por el ordenamiento jurídico que las ampara[24]. En la práctica, ocurrirá que este ordenamiento jurídico además estará determinado por la forma organizacional del Estado y los poderes que lo conforman, luego, estas potestades públicas se transforman en dosis medidas de poder repartidas en los distintos órganos estatales que conforman el aparato público de una Nación.

En este sentido, y antes de abordar las potestades administrativas regulatorias en particular, es necesario introducir un contexto básico dentro del cual, independientemente de cuál sea el apellido que se le asigne a estas potestades administrativas, ellas comparten características comunes a saber:

a. *Conversión del poder político en potestades públicas*. Esta nota se refiere a la situación en donde los políticos se consideran los representantes de la voluntad colectiva y que por ende manejan potestades de toda índole, a saber, privadas, mixtas, públicas y dentro de estas últimas regulatorias, financieras, constitucionales, sancionatorias, legislativas, etc. Luego, en la práctica, el desarrollo último de estas potestades está a cargo de un funcionario público que aplica las potestades y para cuya aplicación requiere un conocimiento a fondo del expediente que tiene en sus manos, so pena de desviarlo de su auténtico fin, que siempre será una intervención social en pos del interés público.

b. *Existe un cambio en la esfera jurídica de sujetos distintos de quien la actúa o ejerce*. En otras palabras, la potestad se caracteriza porque proyecta efectos sobre terceros con independencia de la voluntad de estos, en palabras de GIANNINI "no todos los poderes que se proyectan sobre otros sujetos son potestades; lo son aquellos cualificados jurídicamente de tal modo que su ejercicio incida sobre la esfera jurídica de otros sujetos, los cuales no podrán objetar nada siempre que el ejercicio del poder se mantenga dentro de los límites fijados por la norma"[25]. Un ejemplo es la potestad que tiene el Servicio de Impuestos Internos para compeler año a año a los administrados

[24] Por ejemplo no son lo mismo las potestades constitucionales, las potestades financieras o las potestades administrativas, cada una tiene un ámbito distinto de acción y de aplicación y un marco legal inmediato diferenciado.
[25] GIANNINI, op. cit., pág. 266.

[contribuyentes] para proceder a su declaración de impuestos, esto con absoluta independencia de la voluntad del contribuyente y, por cierto produciendo desde ya un cambio en la situación patrimonial de quien declara, último que en el mejor de los escenarios recibirá retorno de parte de sus impuestos por no estar afectos a retención a favor del Fisco y en el otro extremo, puede inclusive ser investigado hasta acusado del delito de evasión tributaria por el propio Servicio en caso de este encontrar disconformidad entre lo declarado y lo que efectivamente debió declararse.

c. *Sujeción de los terceros respecto de la decisión que puede tomar el titular de la potestad*. La proyección de los efectos que el ejercicio de una potestad puede producir en los terceros se suele identificar a través de la "sujeción" que de estos se predica respecto de las decisiones que puede tomar el titular de la potestad. Es importante, en este punto aclarar que la sujeción, no debe ser considerada como equivalente a sometimiento, disminución de garantías jurídicas o inferioridad ante el titular de una potestad. La sujeción, aquí en realidad debe considerarse en su acepción de constituir una situación pasiva de inercia del administrado ante la autoridad y el ejercicio legítimo de una potestad de la cual es titular. Así tenemos distintos ejemplos de esta sujeción, como la de los hijos menores frente al titular de la patria potestad, el ciudadano frente al ejercicio de la potestad legislativa por parte del Congreso, o el expropiado frente a la potestad expropiatoria, todas situaciones, donde deben asumir el hecho que la situación jurídica cambiará como consecuencia de las determinaciones del poder a que están sujetos.

d. *Las potestades administrativas se ejercen siempre en interés de terceros*. Un ejemplo de la veracidad de esta afirmación está dada en el hecho que es posible instruir un sumario administrativo en contra de un funcionario público que hiciere uso de un vehículo municipal en su beneficio o para sus trámites personales (ver D.L. 799, de 1974 que regula el uso de vehículos fiscales), contrarios por cierto al interés de terceros que en este caso asimilaremos al interés público.

e. *Existe la obligación de actuación*. Esto significa que una vez consagrada una potestad administrativa en favor de una autoridad, esta no puede convertirse en letra muerta que simplemente quede en el papel, muy por el contrario si está en la norma y dentro de la esfera de su competencia de una autoridad administrativa esta debe aplicarla. Ahora, en esta aplicación por cierto existen situaciones donde entra a jugar además la discrecionalidad de la autoridad administrativa en relación a la pertinencia, oportunidad y época de su aplicación, pues tanto la aplicación de una potestad cuando debió abstenerse de ella, como la no aplicación cuando sí debió ejecutarla, pueden traerle a la autoridad administrativa problemas en su contra [léase recursos judiciales],

sino baste pensar en la polémica suscitada por el sistema de medición de los índices de contaminación en el Gran Santiago y las supuestas fallas en el mecanismo de predictibilidad de los índices contaminantes para la salud de la población que ha ocasionado que la autoridad administrativa decrete preemergencia días en que no era necesario y viceversa, con el costo que eso significa para los administrados, principalmente costos de tipo económico.

f. *La potestad en tanto poder jurídico, debe tener un título justificativo.* Un título justificativo nos es útil para poder reconocer su "razón de ser" y la forma en que este poder se integra en el ordenamiento jurídico que lo ampara. En concreto, entenderemos como razón de ser mediata de una potestad al "interés público" e inmediata a la "ley". De esta forma es un "poder de mando para la tutela del interés público".

g. *Toda potestad administrativa es una potestad - función.* Esta característica tiene directa relación con la enunciada en la letra e), esta es, la obligación de actuación, con la complementación que debe serlo cuando se den las circunstancias previstas en la norma. Esta nota tiene dos aristas. La primera, en relación a que estamos frente a potestades administrativas que deben ejercitarse so pena de incurrir en abandono de responsabilidades propias del órgano público, con lo cual nos acercamos a la teoría de la responsabilidad del Estado y, la segunda en tanto es propio de toda potestad dejar a salvo una cierta iniciativa en cuanto al momento y oportunidad para ejercerla, afirmación con la cual nos allegamos a la denominada discrecionalidad administrativa que impone a la autoridad un doble análisis, por un lado determinar si se dan o no las circunstancias que hacen jurídicamente obligado el uso de una potestad de la cual es titular y por otro también la posibilidad de decidir no utilizar el poder conferido. Excepcionalmente veremos que hay casos en donde esta discrecionalidad no es tal, como por ejemplo el artículo 36 de la Ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones, que establece entre otras sanciones la de caducidad de la concesión o permiso respectivo en casos en específico que define y en donde agrega el legislador: "En los casos de las letras c), d), f), y g), *deberá necesariamente aplicarse la caducidad*." En otras palabras no deja ningún margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa, quien debe actuar aplicando si o si la caducidad respectiva en caso de darse alguna de las situaciones previstas. Tema aparte dado su extensión y no ser el objeto de estos apuntes, son las herramientas en virtud de las cuales es posible por el administrado hacer exigible este deber de actuación, según la doctrina, dos serían las vías esenciales: 1º el silencio administrativo y 2º acciones de naturaleza públicas.

h. *La potestad público – administrativa es indisponible para su titular*. Esta característica se deriva de la anterior y significa que por regla general las potestades una vez configuradas por el ordenamiento jurídico no pueden usarse de manera o en forma antojadiza por la Administración.

i. *Las potestades administrativas son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles*. La *inalienabilidad*, se traduce en la imposibilidad de enajenar ninguna de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Estado, es decir, están excluidas del tráfico jurídico privado. La *irrenunciabilidad*, es la regla general, en tanto se entiende que serán ejercidas precisamente por los órganos administrativos que las tengan atribuidas como propias, salvo los casos de delegación y sustitución previstos en la ley. La *imprescriptibilidad*, esto es, la potestad pública no se extingue por el transcurso del tiempo y su no uso[26] y sólo opera extinción de la misma cuando se produzca por el sólo imperio de la ley o en virtud de los hechos que esta misma contemple o señale.

j. *Las potestades público – administrativas no se agotan por el ejercicio, sino por el contrario se reafirman*. Esto se produce, ya que a partir de cada acto de autoridad por el cual se apliquen estas potestades surgirán relaciones específicas entre el titular de la potestad y el administrado sujeto a la misma.

B. Potestades regulatorias

De acuerdo al esquema que hemos venido siguiendo una potestad regulatoria es:

a) Un poder – deber
b) Radicado en la Administración entendida como órgano público
c) Aplicable por un funcionario público con la investidura, cargo, poder y atribuciones según lo previsto por la ley
d) Justificada en su ejercicio por el interés público
e) Inalienable, imprescriptible e irrenunciable

La pregunta que surge es: ¿dónde está la particularidad de este tipo de potestades perteneciente al llamado grupo de las potestades domésticas [reglamentaria, disciplinaria, sancionatoria, organizativa, inspectora] que la diferencia de las otras?. Al parecer la respuesta está primero en descubrir de qué estamos hablando al decir regulación y sus implicancias.

[26] Un ejemplo en este sentido es el uso de la potestad pública de la "requisición" por parte del gobierno del Presidente Salvador Allende G. en virtud de del Decreto ley Nº 520, que existía desde la época del Gobierno Socialista de los 100 días de Carlos Dávila en 1932, gobierno de facto, donde por ende las normas dictadas a su amparo se encontraban viciadas. Estas normas fueron, tomadas a título ejemplar y sustituidas para darles validez por el Decreto Supremo Nº 1.379 de octubre de 1966, por el cual se conferían a la Administración Pública amplios poderes de intervención en lo económico, principalmente con el fin de ir en contra de la industria monopólica.

Regular, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es "ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines", en este caso, desde el punto de vista de las potestades administrativas regulatorias que nos incumben podrían equipararlo a "ajustar el funcionamiento de las actividades económico – relevantes a fines propios de su categoría de servicios públicos, así como la libre competencia en los sectores regulados". En otras palabras, veremos que la actividad regulatoria estatal es concebida mayoritariamente –tal como observa FERRADA y a lo menos en Chile– como un instrumento por una parte para el ordenamiento del derecho a la libre iniciativa empresarial, también impedir conductas ilícitas o contrarias a la los principios de libertad económica y por cierto superar fallas de mercado.

En concreto, las potestades administrativas regulatorias, permiten la intervención del Estado en las actividades económicas de mayor preeminencia y prevalencia en el mercado, muchas de ellas en manos de privados prestando servicios calificados como públicos (agua, luz, teléfono), para de esta forma garantizar al usuario las tres características básicas de todo servicio de esta naturaleza: 1º obligatoriedad, 2º continuidad y 3º calidad.

Ahora, a pesar de ser órganos que están sectorizados, según sus ámbitos de competencia, comparten algunas características comunes que vale la pena destacar[27]:

1º Son órganos que integran la Administración del Estado y por ende comparten principios y reglas comunes contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración.

2º En tanto órganos administrativos, cuentan con potestades reconocidas a órganos de naturaleza regulatoria, como por ejemplo la de ejecución.

3º Los órganos reguladores que han sido definidos por el legislador como autónomos y descentralizados, tienen autonomía orgánica y funcional limitada, manteniendo entonces siempre el Gobierno Central la conducción y la responsabilidad política del desarrollo de la actividad económica.

V. Conclusión

> Nunca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano.

[27] Las características enunciadas han sido extraídas del texto de FERRADA B. J. C. : "Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídicos chileno: institucionalidad y transparencia" en *X Congreso Internacional del Clad sobre la Reforma del Estado y La Administración Pública*, Santiago, Chile, 18-21 Oct. 2005.

En otras palabras, nunca olvides que detrás de todo sistema de regulación cualquiera sea este, hay un funcionario público –ser humano– que forma parte de un órgano de la Administración del Estado, a través del cual se concreta la toma decisiones regulatorias de este último, las cuales afectan al administrado, sea este una persona natural o jurídica –léase empresa que actúa en mercados regulados prestando servicios calificados como públicos– decisiones que siempre deben estar regidas por el principio de juridicidad y que son posibles gracias a la atribución de potestades administrativas.

EL ACTO ADMINISTRATIVO. UNA VISIÓN ECUATORIANA*

Javier Robalino-Orellana

Extracto

Este artículo contiene una presentación del acto administrativo, a la luz de la actual legislación y jurisprudencia ecuatoriana, considerando además las recientes normas constitucionales. Para el efecto, se ha realizado una introducción histórica desde la doctrina administrativa de mayor presencia en el Ecuador. Se podrá observar una aproximación a temas como los elementos del acto administrativo.

I. Introducción y definición

El acto administrativo es una de las expresiones más comunes de la voluntad de la Administración Pública, y en este sentido, merece un análisis amplio, el que se pretende realizar en este trabajo desde dos ópticas, la del derecho local y la del derecho internacional.

El acto administrativo es una expresión de la voluntad del Estado, es decir, es una expresión de la *potestas* pública, y por ello, se rige bajo el principio de legalidad de la Administración[1]. Por lo tanto, el acto administrativo es una expresión del deseo o voluntad de la Administración, la que a su vez se desarrolla y limita por el ordenamiento jurídico en aplicación permanente y continua del principio de legalidad, como rector de esa voluntad[2].

---

* Mi gratitud al doctor Alberto Brown quien generosamente ha comentado este trabajo.

[1] Art. 226 de la Constitución de la República que dispone: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."
Art. 101.1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ("ERJAFE") que dispone: "La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho."

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*, 4ta Ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 504.

Asimismo, el acto administrativo es un medio para el desarrollo de la actividad administrativa, es decir, para el ejercicio de la función de administración pública[3]. Por lo tanto, el acto administrativo no solo debe concebirse y observarse como una expresión de voluntad, sino que siendo tal, es además, una expresión con un fin determinado, el de facilitar los objetivos de la administración pública.

El acto administrativo es también una expresión unilateral de voluntad. Por exclusión, el acto administrativo no es sinalagmático, es decir, no es bilateral o multilateral. El acto administrativo es una expresión de la Administración Pública que se produce sin el consenso ni consentimiento de terceros, y que emana de la Administración Pública hacia sujetos determinados[4].

Sobre la *potestas* presente en el acto, debemos decir que esta es la potestad administrativa. Por la vía de la exclusión, el acto administrativo se diferencia de los actos políticos, jurisdiccionales y legislativos, emanados de potestades distintas de la administrativa. Por ejemplo, no constituye acto administrativo el ejercicio de la potestad política en una declaración de emergencia, de la potestad jurisdiccional en una sentencia o de la potestad legislativa en una declaración legislativa. La presencia de la potestad administrativa es indispensable para la existencia del acto administrativo.

Asimismo, el acto administrativo no es una expresión de voluntad que pretende ser banal o inocua. Por el contrario, el acto administrativo busca producir efectos. Por lo tanto, el acto administrativo es productor de efectos jurídicos en aquellos interesados o beneficiarios[5] del acto administrativo.

Los efectos o características del acto administrativo son variados, como veremos en la sección 3 de este trabajo, pero es importante determinar que el acto administrativo es siempre productor de efectos jurídicos. Tales

[3] Ibídem. Los autores expresan con mucha claridad la doble interpretación del término "administración pública", es decir, como sujeto y actividad a la vez.

[4] PARADA R.: *Derecho Administrativo I Parte General*, Ed. Marcial Pons, 15ta ed., Madrid.

[5] El Art. 107 del ERJAFE define a interesado de la siguiente manera: "Concepto de interesado: 1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, el titular deberá demostrar tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho; b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y, c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones debidamente constituidas, representativas de intereses gremiales, económicos o sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos de la ley que se los reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, designarán mandatario común."

efectos se ubican generalmente en dos esferas: (i) por un lado y como regla general, tales efectos tienen un carácter directo, es decir, se producen de manera inmediata y sin la mediación de otro acto u expresión de voluntad de la Administración; (ii) por otro lado, los efectos del acto son particulares, es decir, afectan a un determinado ciudadano, y no a la generalidad, lo cual ubica al acto administrativo en la esfera del derecho subjetivo[6].

Adicionalmente, el acto administrativo es una expresión formal, mas no material, de la Administración Pública. Esta distinción permite diferenciar al acto administrativo del *hecho* administrativo, este último que es una manifestación física o técnica[7]. La formalidad del acto debe entenderse como una expresión generalmente escrita de la voluntad de la administración. Sin embargo, pueden existir actos administrativos verbales, que siéndolo no son expresión materiales[8].

Sobre la base de los párrafos precedentes, podemos tratar una definición del acto administrativo, como la que sigue. Acto administrativo es una expresión formal de la voluntad unilateral de la Administración Pública, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, productora de efectos jurídicos particulares y directos.

Sin perjurio de lo antes indicado desde la óptica del derecho local administrativo, es necesario aproximarse al acto administrativo desde la esfera del derecho internacional y supranacional. El derecho internacional, de manera general, será indiferente al tipo de potestad presente, y para aquel bastará que exista una potestad del Estado, entendido este como un sujeto del derecho internacional público. Generalmente, el derecho internacional verá al acto administrativo como una medida o *measure*, es decir, como una expresión soberana de un Estado, productora de efectos jurídicos internacionales. Por lo tanto, el acto administrativo, al igual que otras formas de expresión de la voluntad de los estados, traspasan las fronteras nacionales, siendo materia de procesos internacionales y de relevancia para el derecho administrativo global.

[6] Al estar el acto administrativo en la esfera del derecho subjetivo debido a sus efectos particulares, se diferencia del acto normativo que produce efectos directos pero generales. Véase Art. 65 ERJAFE.

[7] El Art. 78 del ERJAFE define al hecho administrativo de la siguiente manera: "El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo."

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*, 4ta Ed. Civitas, Madrid. 1983, pág. 521.

II. El acto administrativo en el Ecuador

A. Breve aproximación histórica

El acto administrativo en el Ecuador fue tipificado y analizado a profundidad primero por parte del derecho administrativo tributario, y luego, por el derecho administrativo.

De esta manera, el Código Tributario define al acto administrativo de la siguiente manera:

> Art. 74.- Procedimiento general y de excepción.- Los actos administrativos se producirán por el órgano competente, mediante el procedimiento que este Código establece.
>
> Art. 81.- Forma y contenido de los actos.- Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados enunciándose las normas o principios jurídicos que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley.
>
> Art. 82.- Presunción del acto administrativo.- Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.
> Sin embargo, ningún acto administrativo emanado de las dependencias de las direcciones y órganos que administren tributos, tendrán validez si no han sido autorizados o aprobados por el respectivo director general o funcionario debidamente delegado.

Esta definición ha sido recogida y desarrollada por varias sentencias expedidas en materia tributaria y administrativa que han definido el acto administrativo, reconociendo sus características. Por ejemplo, la Corte Suprema[9] ha sostenido:

> Parece indispensable señalar ante todo la doctrina que en materia de las facultades discrecionales ha sido adoptada por esta Sala y que consta de numerosos fallos (más de tres), por lo que en consecuencia constituye precedente jurisprudencial obligatorio. La vieja teoría de la existencia de actos administrativos reglados que prevaleció el siglo XIX y que consta en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de Santamaría de Paredes, evidentemente ha sido superada a nivel universal.

[9] Sentencia de la Corte Suprema de 2 de julio de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3346.

Cómo vemos, la antigua Corte Suprema de Justicia hace un reconocimiento (i) al origen contiental del acto adminitrativo; (ii) a la profunda influencia española en la legislación admisnitrativa; y, (iii) a la evolución misma del acto adminitrativo, en particular a su carácter reglado frente a una mayor discresionalidad del mismo en épocas actuales. La Corte abunda en esta línea de razonamiento de la siguiente manera:

> Ahora todos los autores consideran que en todo acto administrativo en mayor o menor grado pueden existir elementos discrecionales, al igual que elementos reglados que determinan el que ningún acto administrativo, per se, pueda ser objeto de la inhibición por parte del órgano de control jurisdicicional, correspondiendo a éste tener la respectiva política de acción referente a los elementos reglados y la que corresponda a los discrecionales al momento de dictar el fallo. En esta nueva corriente se inscribe nuestra legislación positiva cuando en el Art. 6 lit. a) se refiere no a los "actos discrecionales" sino a "las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden o de la materia sobre que versen, se refieren a la potestad discrecional de la administración". Como bien aseveran, entre otros ilustres tratadistas, Georges Vedel y Eduardo García de Enterría, es imposible pensar que desaparezca del todo en la acción de la administración la potestad discrecional, pues siempre habrá, por reglado que sea el acto, un elemento discrecional al aplicar al caso concreto la normatividad existente[10].

Vemos pues, como la Corte Suprema establece, en la cita precedente un estándar, y diríamos que es el de la doctrina moderna del Derecho Administrativo, en la cual, el acto requiere de potestades regladas y otras discresionales, que se conjugan en una mayor eficacia de la Administración Pública, evitando un excesivo formalismo derivado de una irrestricta producción de actos reglados, sin que ello sea vía para escapar del principio de legalidad. La Corte Suprema justifica este razonamiento de la siguiente manera:

> Es más, la actividad administrativa (...) no se podría realizar si el administrador no estuviera atribuido de las suficientes facultades para adoptar decisiones que la cambiante actividad a la que se halla sometida la administración lo exige; sin embargo es de toda evidencia que el aumento de la actividad reglada en lo administrativo, que responde a la aplicación del principio de legalidad, fundamento jurídico base del Estado de Derecho, constituye sin duda alguna un mejor nivel de perfeccionamiento del Estado, en tanto en cuanto se aumenta el campo de sus actividades que se hallan sujetas al control judicial. De allí que la doctrina se ha preocupado en ir estudiando procedimientos que permitan el control de los elementos discrecionales de todo acto admnistrativo en pro de reducir el campo no sujeto a control jurisdiccional. Al respecto bien vale señalar que todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los

[10] Ibídem.

> funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, por lo que en consecuencia cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta. Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los autores están de acuerdo en que por más que existieran elementos discrecionales en cualquier acto, siempre en él se ha de encontrar por lo menos cuatro elementos reglados, los cuales son: "... la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste– 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 referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública." (GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág 446)[11].

Con claridad, la Corte Suprema de justicia conjuga la naturaleza reglada del acto, el ejercicio de las potestades discresionales regladas, y los elementos del acto adminitrativo, en un marco doctrinario. Esta sentencia, la que traemos a esta trabajo, constituye una expresión casi académica del Derecho Administrativo, que se observa en pocas ocasiones.

La Corte Suprema continúa es su razonamiento, estableciendo así el estándar que deben seguir los jueces al tiempo de avaluar los actos administrativos simetidos a su revisión, obligación que debe ser extensiva a la propia Administración Pública, tanto cuando produce actos adminsitrativos cuanto los revisa en sede administrativa.

> Además de estos cuatro elementos reglados que constarán en todo acto administrativo, en cada caso puede haber muchos otros según sea mayor o menor el nivel de legislación que para cada caso establezca el derecho positivo. El juez en todos los casos, de todos los actos administrativos sometidos a su consideración, deberá primero examinar si se han cumplido con los elementos reglados establecidos por la ley. Y en cuanto a los elementos discrecionales será de su obligación aplicar los métodos para su control. Al respecto cabe señalar que las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad, que poco a poco ha venido elaborando la doctrina y consagrado la jurisprudencia, sobre todo del Consejo de Estado Francés y del Tribunal Supremo Español, que fueran magníficamente resumidas por Eduardo García de Enterría en su célebre conferencia dictada en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962 y publicada en un opúsculo intitulado: "La lucha contra las inmuhidades del poder", el cual constituye un clásico y obligada referencia de la doctrina administrativa actual, son: 1) el control del fin y la desviación de poder; 2) el control de los hechos determinantes; 3) el control de los conceptos jurídicos indeterminados; y, 4) el control de los principios

[11] Ibídem.

> generales de derecho. A estas técnicas habrían que añadir el originado en la jurisprudencia francesa actual consistente en el control del costo beneficio. Unicamente cuando los elementos discrecionales pasan por los filtros de los métodos antes señalados se puede sostener por parte del juez que el acto es legal."[12]

La Corte Suprema culmina esta relevante sentencia con un llamado a lucha contra la arbitrariedad, casi exigiendo la lectura de un conocido ensayo de García de Enterría[13], lo cual muestra la vocación jurídica de la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, y en particular, del magistrado encargado de la redacción de la misma. En pocas palabras, la Corte sostiene que el acto administrativo es siempre reglado, pero puede tener elementos de discrecionalidad reglada, los cuales están sujetos a los filtros proporcionados por el propio ordenamiento jurídico y citados en la sentencia, los que de excederse, provocan la nulidad del mismo.

Volviendo brevemente al plano histórico, en materia administrativa propiamente dicha, no encontramos una definición de acto administrativo en el ordenamiento jurídico sino hasta el año 1993, en el que se expide el ERJAFE, el que define al acto administrativo de la siguiente manera:

> Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Previamente a la expedición del ERJAFE, existían varias normas administrativas propiamente dichas, pero ninguna contenía una definición del acto administrativo, siendo la más relevante la aún vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la que se limitaba a diferenciar entre la forma de impugnar un acto administrativo de un acto normativo, es decir, sea bajo la acción objetiva o la acción subjetiva[14]. Cabe notar que hasta

[12] Ibídem.

[13] Este ensayo fue comentado por el autor en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo desarrollado en Valladolid, España en 2008.

[14] El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone:
"El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.
El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.
El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.
Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o

Cont.

la fecha, el Ecuador no tiene una ley de procedimientos administrativos o un código administrativo que unifiquen los procedimientos de la Administración Pública.

B. Visión constitucional del acto administrativo

El Ecuador, como varios países de Latinoamérica, tiene una agitada y poco estable vida constitucional. Por ello, me referiré únicamente a la Constitución Política vigente[15] y a la Constitución anterior o también denominada la Constitución de 1998[16].

La Constitución actual reconoce al acto administrativo de la siguiente manera, y en particular, su carácter impugnable:

> Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.
>
> Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:
> (...)
> 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.(...)

Las normas antes citadas son consecuentes con la de la Constitución de 1998, la que mandaba así:

> Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas

recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente."
Nótese que esta ley sigue la línea de las leyes de 1956 y 1958 de España en materia de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

[15] Aprobada mediante referéndum nacional el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008.

[16] Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

> urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.
> No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso (...*)*

Asimismo, ambas constituciones, tanto la actual como la de 1998 reconocen el carácter impugnable de los actos administrativos. La constitución de 1998 reconocía el derecho de impugnarlos siempre en sede judicial administrativa, lo cual ha sido ampliado en la actual constitución que reconoce el derecho de impugnarlos tanto en sede administrativa como en sede judicial, ampliando así el carácter constitucional e impugnable del acto administrativo.[17] Es decir, la Constitución vigente es más generosa en cuanto a ratificar la impugnabilidad del acto en sede administrativa como un derecho ciudadano.

El Tribunal Constitucional, actualmente denominado Corte Constitucional[18], ha reconocido al acto administrativo de la siguiente manera:

> Antonio Royo Villanova, en su obra Elementos de Derecho Administrativo, define al acto administrativo como "un hecho jurídico que por su PROCEDENCIA emana de un funcionario administrativo, por su NATURALEZA se concreta en una declaración especial y por su ALCANCE afecta, positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública (...)[19].

Si bien a la Corte Constitucional no le compete analizar el acto administrativo desde la técnica del Derecho Administrativo, se le compete medir su origen y efectos, como bien lo hace en la cita precedente al determinar su origen subjetivo y potestativo en la Administración Pública, y sus efectos jurídicos en los ciudadanos.

En la siguiente sección de este trabajo analizaremos la impugnabilidad en más detalle. Por el momento, cabe resaltar que la Constitución reconoce al acto administrativo como una institución jurídica, impugnable y sujeta a las acciones constitucionales antes indicadas.

[17] Véase *Infra* Art. 173 de la Constitución. El Art. 196 de la Constitución de 1998 disponía: "Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley."

[18] Resoluciones 002-RA-99-IS, 006-RA-98-IS, 008-RA-98-IS, 0009-RA-98-IS.

[19] Ibídem.

III. Elementos del acto administrativo

La doctrina clasifica a los elementos del acto administrativo en objetivos, subjetivos y formales. Tomaremos dicha clasificación para aproximarnos a cada uno de los elementos desde el prisma del ordenamiento ecuatoriano:

A. Elementos objetivos del acto administrativo

Los elementos objetivos del acto son los que atañen el objeto y esencia del acto. De manera particular tendremos entre los elementos objetivos a la causa (motivo) y el objeto (fin) del acto administrativo[20]. La causa del acto administrativo la determinaremos como el antecedente y necesidad del acto (el *por qué* del acto) y el objeto como el fin, es decir, aquello que busca conseguir o la necesidad que se busca satisfacer (el *para qué* del acto). Así pues, podremos encontrar la causa y el objeto expresado en los *considerandos* o *antecedentes* del acto administrativo, expresados como aquellas necesidades existentes que buscan ser satisfechas por el acto administrativo. Por ejemplo, se expide el acto administrativo de convocatoria a una licitación por que no hay una carretera (causa) y para que se construya aquella por medio de un contratista obra (objeto).

B. Elementos subjetivos del acto administrativo

Los elementos subjetivos son aquellos que se refieren al sujeto emisor del acto administrativo, es decir, la Administración Pública, y de manera particular, un órgano de la misma.

1. El órgano de la Administración Pública

El primer elemento subjetivo es el órgano, entendido como la parte del organismo Administración Pública, que en ejercicio de la potestad administrativa, expide el acto. Para determinar el tipo de órgano, debemos remitirnos a la clasificación de los órganos de la Administración Pública en centrales, seccionales e institucionales[21].

[20] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEz T.: *Curso de Derecho Administrativo.*

[21] El Art. 225 de la Constitución Política define al Sector Público de la siguiente manera:
"El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos."

Cont.

2. El titular del órgano y su investidura

El sujeto del que emana la declaración de voluntad, a decir de Parada "consiste en una Administración Pública, pero que actúa siempre a través de una persona física, la autoridad o funcionario, titular del órgano. Esto supone que el elemento subjetivo (...) comience por el estudio de los requisitos y condiciones que en este titular deben concurrir"[22]. Por ello, el titular del órgano, quien es además, representante de la persona jurídica Administración Pública, entendida como un incapaz relativo en términos del derecho civil[23], debe ser investido de manera legítima y regular, es siguiendo el procedimiento previsto en cada caso[24]. Asimismo, habrá una carencia de investidura si el titular del órgano actúa antes de su posesión o luego de su cesación. También habrá inadecuada investidura si el funcionario público está inmerso en las

De una manera más precisa, el Art. 2 del ERJAFE define a la Administración Central Ejecutiva de la siguiente manera:
"Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:
a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
d) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.
Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.
La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.
En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto."
El Código Tributario define a la Administración Tributaria así:
"Art. 64.- Administración tributaria central.- La dirección de la administración tributaria, corresponde en el ámbito nacional, al Presidente de la República, quien la ejercerá a través de los organismos que la ley establezca. (...)"
"Art. 65.- Administración tributaria seccional.- En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine. (...)"
"Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.- Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos."

[22] Parada R.: *Derecho Administrativo I Parte General*, pág. 120.

[23] Véase Art. 564 del Código Civil.

[24] Véase por ejemplo Art. 17 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

causales de escusa o recusación, o tiene un conflicto de interés que lo inhiba de conocer un determinado asunto[25]. La ausencia de investidura podría provocar

[25] En el ERJAFE se dispone que:
"Art. 104.- Abstención o excusa:
1. Las autoridades y el personal al servicio de la Administración Pública Central así como los miembros de los órganos colegiados, en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.
2. Son motivos de abstención o excusa los siguientes:
a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado;
b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato;
c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en la letra anterior;
d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; y,
e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.
3. La actuación de autoridades y personal al servicio en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.
4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.
5. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad en los términos de la Constitución y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado."
"Art. 105.- Recusación:
1. En los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.
2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.
3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior o al Presidente del órgano en caso de que no tuviese un superior, si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior o el Presidente del órgano, según sea el caso, podrá acordar su sustitución acto seguido. La recusación contra los ministros de Estado será resuelta por el Secretario General de la Administración Pública.
4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá o el Presidente del órgano, según sea el caso, en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.
5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento."
La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone:
"Art. 25.- Independencia del personal de auditoría.- El personal ejecutor de auditoría gubernamental mantendrá total independencia respecto de las instituciones del Estado y de las personas y actividades sujetas a su examen.
Los auditores de la Contraloría General del Estado no efectuarán labores de auditoría en instituciones del Estado en las que hubieren prestado sus servicios dentro de los últimos cinco años, excepto en calidad de auditor interno. Tampoco auditarán actividades realizadas por su

Cont.

la nulidad absoluta del acto administrativo, por ausencia de un elemento esencial del mismo[26].

3. La Competencia Administrativa

La competencia es la potestad del órgano de la Administración, aplicada al caso particular, y se aplica en función de cuatro criterios que son materia, tiempo, territorio y grados, los que si bien no son objeto de este análisis, deben

cónyuge, por sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni cuando existiere conflicto de intereses."
La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública dispone:
"Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:
1. Quienes se hallaren incursos en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones."
"Art. 63.- Inhabilidades Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:
1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;
2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;
3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,
5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.
Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno."

[26] Véase Art. 129 del ERJAFE.

coexistir para que el acto administrativo tenga plena vigencia y efectividad[27]. La ausencia de la competencia plena de la Administración y del titular del órgano provocará un vicio al acto administrativo.

C. Elementos formales del acto administrativo

Vale decir que los elementos formales del acto son varios, pero los más relevantes son la motivación y la notificación del acto.

Respecto de la motivación, en el Ecuador existen varias normas que reconocen su necesidad, sea como un elemento del debido proceso o como un elemento del acto mismo[28]. En cualquier caso, la motivación se ha reconocido como una garantía a favor del ciudadano.

El ERJAFE dispone en su Art. 122:

> La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública[29].

Esta norma, coherente concordante con otras del ordenamiento ecuatoriano[30], es también coherente con la doctrina administrativa. Así, García de Enterría

[27] Véase Arts. 3, 8, 9, 56, 58, 62, 84, 85, 86, 87 y 88 del ERJAFE. De manera particular, el 84 dispone: "Art. 84.- DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto."
Véase también Ramón Parada, Derecho Administrativo I Parte General, pp. 122 y 123. De manera específica Parada sostiene que la falta de competencia "determina el consiguiente vicio de incompetencia que nuestro Derecho contempla como susceptible de originar dos tipos de invalidez (nulidad de pleno derecho o simple anulabilidad" según su mayor o menor gravedad. La más grave, que la doctrina considera como incompetencia absoluta sería la falta de competencia *retione materiae* (...) También se considera incompetencia absoluta la falta de competencia territorial". A estas incompetencias absolutas debería añadirse la incompetencia en razón del tiempo o por falta de oportunidad, es decir aquella provocada en actos expedidos cuando existe expresa caducidad de la competencia o por silencio administrativo positivo.
[28] Entre las normas que reconocen a la motivación como un elemento y requisito del acto administrativo encontramos a la Constitución Política, el Código Tributario, la Ley de Modernización y el ERJAFE. Todas estas normas siguen una misma línea, al establecer que la motivación constituye la creación de un silogismo jurídico al interior del acto administrativo, es decir, es la expresión y relación lógica de los hechos y las normas, y la pertinencia de los unos a los otros.
[29] Véase también *infra* Art. 94 del ERJAFE.
[30] Ibídem.

comenta que "motivar un acto administrativo es reconducir la 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"[31].

De esta manera, la motivación no es solo la expresión del razonamiento o silogismo jurídico que la Administración debe construir y desarrollar en cada acto administrativo, sino que ese razonamiento debe expresar como las normas generales (derecho objetivo) son aplicadas y llevadas de manera lógica al caso particular (derecho subjetivo). Es decir, la motivación constituye un proceso racional de aplicación dinámica de la potestad general de la Administración (derecho objetivo) en la competencia particular de la Administración (derecho subjetivo). Huelga decir que la motivación es un elemento indispensable para la validez del acto[32].

Junto con la motivación existen otros elementos formales del acto, pero de menor relevancia todos ellos. De manera particular debemos considerar la notificación que gatilla la eficacia del mismo[33].

IV. Características del Acto Administrativo

El acto administrativo tiene varias características derivadas de su naturaleza, las que han evolucionado como elementos necesarios para que éste siga siendo una expresión productora de efectos y de voluntad de la Administración Pública, pero al mismo tiempo sea una expresión protectora de los derechos ciudadanos

[31] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*, 4ta Ed., Civitas, Madrid, 1983, pág. 523.

[32] El Art. 94 del ERJAFE dispone:
"Art. 94.- VICIOS QUE IMPIDEN LA CONVALIDACION DEL ACTO.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho:
a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,
c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.
Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados."

[33] El Art. 66 del Estatuto dispone:
"Art. 66.- VIGENCIA.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho."

regida por el principio de legalidad. A continuación una aproximación a estas características del acto administrativo.

A. Legitimidad

El acto se presume legítimo, suelen decir los profesores de derecho administrativo en las aulas, despertando así más de una inquietud en los estudiantes de Derecho. Convendría comenzar diciendo que la Administración Pública requiere que sus actuaciones se lleven a cabo y produzcan efectos, razón por la cual, se le ha dado al acto administrativo un aura de legalidad, conocida como "presunción de legitimidad". Es decir, el acto administrativo se presume válido, es decir, se presume que el acto es una expresión del principio de legalidad[34], y que el procedimiento administrativo que permitió su producción ha sido llevado a cabo de manera plena. Esta presunción de legitimidad produce algunos efectos, a saber: (i) Por un lado, el acto administrativo al presumirse legítimo, produce efectos a partir de su notificación. De manera general, el acto es vinculante para la Administración y para el ciudadano desde que éste adquiere publicidad, es decir, se generan a su vez, otros dos efectos relacionados, cuales son la ejecutividad y ejecutoriedad, los que se comentan más adelante. (ii) Se traslada la carga de la impugnación y de la prueba de la ilegitimidad al ciudadano. En otras palabras, y por regla general, por cuanto se presume legítimo el acto, éste está llamado a ser cumplido por el ciudadano y la Administración tiene la facultad de requerir su cumplimento, incluso por la vía del apremio.

Ahora bien, la presunción de legitimada no es absoluta. Es decir, es una presunción de hecho, mas no de derecho, ergo admite prueba en contrario. Aún más, cada vez se encuentran más posturas que cuestionan la aplicación irrestricta de la presunción de legitimidad del acto administrativo, y buscan mayores limitaciones a la misma, como mecanismos de limitación de la arbitrariedad. Un ejemplo de esta postura es el Art. 189 del ERJAFE, el que permite la suspensión de los efectos del acto administrativo cuando existen presunciones de nulidad absoluta o daño irreparable[35].

[34] Véase *supra* Código Tributario y ERJAFE.

[35] El Art. 189 del ERJAFE dispone:

Art. 189.- Suspensión de la ejecución.

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para

Cont.

B. Ejecutividad y Ejecutoriedad

La ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo tienen dos facetas muy interesantes e igualmente relevantes. Ambas facetas son (i) derivadas de la presunción de legitimidad del acto; y, (ii) se refieren al carácter vinculante del acto administrativo a partir de su notificación. Como regla general y por un lado, el acto administrativo produce efectos en el administrado, quien está llamado a cumplir con el acto administrativo. Por otro lado, el acto administrativo puede ser exigido por la Administración contra el administrado o ciudadano una vez que este sea notificado. El carácter ejecutivo y ejecutoriable del acto permanece inclusive luego de la impugnación del acto. Es decir, la vigencia del mismo y sus efectos se mantienen incluso luego de su impugnación y hasta que la autoridad lo haya declarado nulo a anulable[36].

C. Eficacia

El acto está llamado a producir efectos jurídicos. Como hemos dicho, el acto no puede ser una expresión inocua de la voluntad de la Administración Pública. El acto requiere producir efectos, pues al hacerlo, permite que la Administración y el Estado alcancen sus objetivos[37].

D. Impugnabilidad

Los actos administrativos son impugnables, es decir, son susceptibles de revisión en sede administrativa o judicial. La impugnabilidad, más que la mera posibilidad de una revisión del acto administrativo, se entiende actualmente como una garantía a favor del ciudadano. Así lo ratifica la Constitución del Ecuador:

decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto.
4. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso - administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.
5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia beneficiará incluso a quienes no hubieren recurrido del acto."

[36] En materia administrativa pura y de manera general, el acto es ejecutivo y ejecutoriable a partir de su notificación. Sin embargo, en ciertas áreas específicas como la administrativo - tributaria, se puede producir una suspensión de los efectos del acto administrativo con la impugnación del acto (véase Código Tributario o Art. 189 ERJAFE *supra*).

[37] En cuanto a los momentos del acto, se distinguen dos: vigencia y eficacia. Vigencia desde el momento en que el titular del órgano lo emite: existe pero no produce efectos hacia el ciudadano. La eficacia, que se produce con la notificación, por el contrario, determina la producción de efectos frente al ciudadano y la propia Administración.

> Art. 173. Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial[38].

En cuanto a la impugnabilidad del acto, esta podrá darse en (i) sede administrativa, generalmente por la vía de los recursos administrativos, los cuales pueden ser ordinarios (reposición y apelación) y extraordinarios (revisión)[39].

V. Clasificación de los actos administrativos

En cuanto a la clasificación de los actos administrativos, podremos encontrar tantas clasificaciones cuantos administrativistas existan. Sin embargo, trataremos de clasificar los actos administrativos sobre la base de algunos criterios transversales observados.

A. Actos favorables y actos de gravamen

Esta clasificación nace de la idea de que un acto administrativo puede favorecer o gravar al ciudadano. Favorecerle por ejemplo, con la ampliación de su patrimonio o reconociéndole un derecho. Por otro lado, puede perjudicarle, restringiendo su patrimonio, imponiéndole una obligación o extinguiendo algún derecho del que era titular[40].

B. Actos expresos y actos presuntos

Según el Prof. ENTRENA CUESTA:

> [E]l acto administrativo podrá ser expreso, tácito o presunto. Mientras en el primero existe una clara e inequívoca exteriorización de la manifestación de la voluntad, de juicio, de deseo, etc., en el segundo falta esa manifestación, pero ante la conducta administrativa se presuma racionalmente la existencia de una voluntad que produce efectos jurídicos. En cambio en el acto presunto no existe ni una manifestación concreta administrativa ni una conducta a la que se pueda atribuir un determinado valor o sentido en virtud de una interpretación

[38] Véase también *supra* Art. 196 de la Constitución de 1998.

[39] El derecho administrativo moderno del Ecuador, plasmado en el ERJAFE, ha circunscrito la impugnación de actos administrativos a los recursos, dejando el reclamo administrativo como medio de impugnación de otro tipo de expresiones de volunta (*i.e.* acto normativo, acto de simple administración y hecho administrativo). Sin embargo, el reclamo administrativo se sigue manteniendo como una forma común de impugnación de actos administrativos en áreas menos actualizadas del derecho administrativo. Por ejemplo, el Código Tributario lo preserva como la única y primordial forma de impugnación del acto administrativo. Similar fenómeno ocurre en materia municipal.

[40] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*, 4ta Ed., Civitas, Madrid, 1983, pág. 529.

racional: el significado de esta conducta lo fija de forma expresa el ordenamiento jurídico, cerrándose así las puertas de toda labor interpretativa[41].

La expresión más común del acto presunto es el silencio administrativo, el que en el Ecuador se lo aplica de manera general en sentido positivo[42].

C. Actos que no causan estado y actos firmes

Esta categoría sistematiza al acto administrativo según aparezca referido a la impugnación ante la Administración, la jurisdicción contencioso administrativa o cualquiera de ellas. Primeramente hemos de distinguir entre los actos que agotan la vía gubernativa o administrativa, también denominados actos que causan estado, y los que no tienen este carácter[43].

Cabe resaltar que en el Ecuador se requería agotar la vía administrativa, es decir, que el acto cause estado, para acudir a la vía judicial. Este requisito fue eliminado[44] y actualmente, es facultativo para el ciudadano el agotar o no la vía administrativa. De esta manera, no es necesario que el acto cause estado[45].

Cuando un acto administrativo que en principio era recurrible no puede ser impugnado en vía administrativa ni en vía judicial o contenciosa, salvo la eventualidad del recurso excepcional de revisión, se le califica de acto firme, mientras que los actos en los que no concurre esta circunstancia se dice que todavía no ha adquirido firmeza[46]. Este criterio ha sido ratificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano[47].

[41] ENTRENA CUESTA R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 13ra Ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 176-177.

[42] Como bien explica García de Eneterría, los efectos del acto presunto o tácito derivado del silencio administrativo positivo son distintos de aquel derivado del silencio administrativo negativo. En aquel, se general derechos sustantivos mientras que en éste los derechos son meramente adjetivos.

[43] El ERJAFE dispone:
"Art. 173.- Objeto y clases.
1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 30 y 131 de esta norma.
La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento."

[44] Véase Art. 38 de la Ley de Modernización.

[45] Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, 13ra Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 180 – 181. (Los primeros sólo pueden ser impugnados ante la Administración mediante recurso de reposición. Los actos que no causan estado son susceptibles de ser recurridos mediante recurso de alzada, al el superior jerárquico del órgano que los dictó).

[46] ENTRENA CUESTA R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 13ra Ed., Tecnos, Madrid, 1999, pág. 182.

D. Actos de simple administración y actos de gestión o trámite

Los actos de simple administración han sido definidos en el ERJAFE como "toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia"[48] Por lo tanto, el acto de simple administración es un tipo de acto admisnitrativo que no produce efectos directos, sino solo indirectos. El acto de simple administración, por lo tanto, se produce al interior de la Administración y comunmente, es una expresión del nivel asesor de la Administración, dentro de un determinado procedimiento administrativo, que busca coadyuvar a la producción de la voluntad administrativa a través de otra forme de voluntad.

[47] Véase Código Tributario y ERJAFE. Por ejemplo, el ERJAFE dispone:
Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurran alguna de las causas siguientes:
a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.
El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.
El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.
El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.
Art. 179.- Fin de la vía administrativa. Ponen fin a la vía administrativa:
a. Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión;
b. Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
c. Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,
d. Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento."
[48] Art. 70 del ERJAFE.

Son actos de trámite aquellos que no deciden directa ni indirectamente sobre el fondo del asunto. Este concepto es relevante a efecto de identificar aquellos actos recurribles en el seno de un proceso. Como afirma el Prof. García de Enterría: "En este procedimiento hay una resolución final, que es la que decide el fondo del asunto, y para llegar a ella ha de seguirse un iter especial, con fases distintas, con intervención de órganos o personas diversos, con actos también diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la Ley llama acto de trámite (...)[49]".

VI. Conclusiones

Podemos llegar a las siguientes conclusiones relativas al acto administrativo en el Ecuador actualmente:

1) Es una institución jurídica reconocida tanto en el ordenamiento jurídico como en la jurisprudencia.
2) El acto administrativo en el Ecuador sigue la corriente continental francesa, con una importante influencia de la moderna doctrina del derecho administrativo español.
3) El acto administrativo ha tenido un interesante desarrollo a partir de la década de los años 1990, y en particular con la expedición del ERJAFE, lo cual ha permitido un interesante desarrollo jurisprudencial.
4) Finalmente, es necesaria una norma que unifique los criterios que rigen esta importante institución denominada acto administrativo. En otras palabras, al Ecuador le haría muy bien poseer un código administrativo o una ley de procedimientos administrativos que unifique y homologue la actividad de la Administración Pública central, seccional o institucional, y de manera específica, que desarrolle de manera transversal los elementos, tipos, caracteres y efectos del derecho administrativo, dejando a salvo, y por vía de excepción, ciertas peculiaridades del acto administrativa en materia tributaria y de contraloría de la Administración.

[49] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T.: *Curso de Derecho Administrativo*, 4ta Ed., Civitas, Madrid, 1983, págs. 527-528.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CATEGORÍA JURÍDICA[1]

José Luis Meilán Gil

I. Introducción

El acto administrativo es una categoría jurídica fundamental, incluso central, en la formación y desarrollo hasta nuestros días del Derecho administrativo no anglosajón[2]. Sucede que, no obstante esta importancia, teórica y práctica, tanto en la vertiente no contenciosa como contenciosa, las concepciones del acto administrativo son variadas. Se somete al debate si pueden ser considerados como fuente del Derecho, dicho en otros términos, si el acto administrativo –cuya delimitación como categoría jurídica habrá que realizar– crea Derecho o lo aplica, creando o extinguiendo o modificando derechos, entre otras funciones posibles, por expresar la cuestión de una manera gráfica.

Siempre he sido partidario de operar con categorías jurídicas nítidas[3] que puedan utilizarse como lenguaje que facilite la comprensión y que sean punto de referencia para la movilidad esencial del Derecho administrativo[4], reflejo del dinamismo de sus actores y sobre las cuales se pueda construir al modo científico. En el bien entendido que no se trata de refugiarse en un conceptualismo formal. Las categorías jurídicas no las entiendo como un apriorismo[5] sino como el resultado de un proceso de abstracción a partir de

[1] El origen de este trabajo se encuentra en un curso de doctorado impartido en 1969 siendo Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela y desarrollado en numerosas clases, en cursos de licenciatura.

[2] Así lo declaró enfáticamente OTTO MAYER en su *Deutches Verwaltungsrecht,* 1ª ed. de 1885 "El *Rechstaat* se perfecciona en virtud del acto administrativo" y el Derecho administrativo moderno "está dominado por él". Derecho administrativo alemán, T.I. Buenos Aires, 1982, pág. 125. En Francia. Cfr. HAURIOU, M.: *Précis de Droit administratif et de Droit public général,* 5ª ed., 1903, Prefacio: "El Derecho administrativo francés ha hundido su raíz jurídica en el acto de administración. Todo se ha concentrado sobre el acto". En España, testimonios más recientes: GALLEGO ANABITARTE, A. - MENENDEZ REXACH, A.: *Acto y procedimiento administrativo,* Marcial Pons, 2001, pág. 22. BOCANEGRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo,* Thomson-Civitas, 3ª ed., 2004, pág. 25.

[3] *Ad exemplum*, MEILÁN, J. L.: *La estructura de los contratos públicos,* Norma, acto, contrato. Iustel, 2008.

[4] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *"El proceso de la definición del Derecho administrativo",* ENAP, Madrid, 1967 en *Administración Pública en perspectiva,* Universidad da Coruña, 1996, págs. 41-46, con citas de POSADA HERRERA, WOLF, a las que podría añadirse PROSPER WEIL, *Derecho administrativo,* Civitas, Madrid, 1986, pág. 39 "a cada edad corresponde una capa diferente" evocando una imagen geológica.

[5] Sobre el refugio de los juristas en el método deductivo, OTTO NASS, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, ed. española, Madrid, 1964, págs. 51-52.

los datos de la realidad en la que ha de contarse con la historia y los contextos socio-políticos e ideológicos.

En ese sentido es necesario recorrer aguas arriba el río de la historia para comprobar donde y cuando aparece el acto administrativo, cuál es su función y hasta qué punto puede identificarse el núcleo esencial que lo configura como categoría jurídica propia del Derecho administrativo –*ius commune*– liberado de las construcciones del Derecho –privado– civil[6].

II. Origen del acto administrativo: el primer convencionalismo de la teoría

Según OTTO MAYER[7] y se ha ido repitiendo en los autores posteriores, la primera referencia explícita al acto administrativo aparece en 1812 en Francia, concretamente en el Repertorio de Jurisprudencia de Merlin. Se trata de un repertorio que había empezado a editarse en el Siglo XVIII por Guyot en 1784. La voz "acto administrativo" no figura en esta primera edición; el acto jurídico se refiere a la justicia y al Derecho civil. La tercera edición está a cargo de Merlín que incorpora voces nuevas entre ellas la del acto administrativo. He aquí su definición: "un arreté, une decisión de l´authorité administrative, ou une action, un fait de l´administration qui a rapport a ses fonctions".

El propio OTTO MAYER, al transcribir una frase del célebre repertorio Dalloz según el cual "el antiguo Derecho no había tenido interés por indagar los caracteres de los actos administrativos", se apresura a comentar que ello es debido a que tales caracteres no existían.

El origen del acto administrativo sería Francia, de donde se exportaría al continente europeo y llegaría al latinoamericano, y su nacimiento se corresponde con la Revolución. Aparece ligado al nuevo orden político que, frente al Antiguo Régimen, se presenta asentado en los principios de separación de poderes y la supremacía de la ley y el posible control judicial del Poder, contrapuesto al *legibus solutus* que se atribuía al Príncipe[8].

La explicación revela un cierto convencionalismo, podría decirse que es un origen fingido. Como agudamente ha observado GIANNINI[9] el juego de esos tres principios no hubiera sido suficiente para hacer surgir la teoría del acto

[6] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *El proceso…*, págs. 37-39, con citas de HAURIOU, WALINE, RIVERO en Francia y OTTO MAYER y WOLF en Alemania.
[7] OTTO MAYER: *Le droit Administratif Allemand*, París, 1903, pág. 62, nota 10.
[8] Cfr. VILLAPALOS, G.: *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto de Estudios administrativos, Madrid, 1976: no existe el acto administrativo, como categoría jurídica, pero existía un control peculiar de actos que podrían considerarse equivalentes.
[9] GIANNINI, M. S.: "Atto amministrativo", *Enciclopedia giuridica*, pág. 159

administrativo. En países del Common law, como el Reino Unido y los EE.UU.[10], no se detecta esa teoría[11]. El acto administrativo, en su prístino sentido, se inserta en la línea de una determinada concepción del poder político y subsiste incluso en épocas de una acusada y recusable concentración del mismo[12].

Ese nuevo acto administrativo aparece, paradójicamente, como un privilegio de la emergente Administración Pública, que necesitó para su consolidación la Revolución francesa[13], que "no tuvo territorio propio" y se incubó en la Ilustración del siglo XVIII.

Para el vasto propósito de cambio general y súbito que se pretendía bajo la etiqueta auténtica de revolución, no bastaba con leyes. Se precisaba un brazo poderoso que las ejecutara y, sobre todo, para adoptar numerosas medidas que hicieran real e irreversible la revolución. ALEXIS DE TOCQUEVILLE ha dejado escritas páginas magistrales sobre la centralización de un poder "inmenso y tutelar ... absoluto, detallista, regular, previsor", único agente y único árbitro de la felicidad de los ciudadanos, que encarna la Administración pública, providencial y creadora.

Pese a su radicalismo, los revolucionarios escarmientan en la cabeza del decapitado Rey y, al suprimir privilegios y fueros repartidos entre estamentos varios, los unifican en la Administración, apurando la orientación reformadora del absolutismo real. Porque, "la Revolución tuvo dos frases: la primera, durante la cual los franceses parece que quisieron abolir todo el pasado; la segunda, en la que volvieron a tomar parte de lo que habían dejado", dirá TOCQUEVILLE[14].

La Administración Pública, nacida de la Revolución, hereda los privilegios del Rey decapitado; pero los engarza con un peculiar entendimiento de la división de poderes.

---

[10] En estos ordenamientos existen actos equivalentes. En el Reino Unido incluso con el mismo nombre –administrative act– que proceden del Government y public authorities. La diferencia es que estos actuan "if they were private individuals". Sus "unlaw acts", su "administrative wrong doing" son objeto de *judicial review* para declarar su ilegalidad, ante los tribunales ordinarios (Cfr. WADE, H. W. R.: *Administrative Law,* Clarendon Press, Oxford 1989, 6ª ed. págs. 22, 33, 36,37). Para los EE.UU. vid infra, *The administrative Procedure Act.*
El *régime administratif* tiene, en cambio, como fundamento el acto administrativo ligado a las prerrogativas de la Administración.

[11] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración", en *Administración*..., págs. 389 y sigs.

[12] Etapas conocidas en Alemania, Italia, Portugal, España.

[13] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Revolución francesa y administración contemporánea,* Madrid, 1972, págs. 72-73, citando a A. DE TOCQUEVILLE.

[14] ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *El antiguo Régimen y la Revolución,* trad. Espág. Guadarrama, Madrid, 1969, págs. 16-17.

El "acto administrativo" enlaza con el "acto del Príncipe", en un nuevo contexto político. Hoy se admite con absoluta normalidad la presunción de validez del acto administrativo, su fuerza ejecutiva o ejecutividad, la peculiaridad de su control judicial mediante una jurisdicción especial revisora que es el contencioso-administrativo. Esas características se encuentran con anterioridad a la Revolución francesa.

El Derecho intermedio recoge, con una u otra palabra, la presunción de validez de las decisiones del Príncipe[15]. La ejecutividad del acto y la posibilidad de le ejecución de oficio hay que entroncarlos con la "ejecución forzada" de las Partidas de Alfonso X o la "parata executio" que se elabora interpretando ampliamente la Ley aquiliara en relación con los privilegios del Fisco[16]. Un privilegio que supone actuar "sine judice" como se decía en el Derecho regio[17].

La distinción de "actos de imperio" y "actos de gestión" sobre la que se ha realizado una fundamental sistematización del Derecho administrativo francés y la tesis de que la Administración actúa "a double face: la "face de puissance publique" y la "face patrimoniale"[18] encuentra un precedente en el libro de ALFARO "Tractatus de oficis fiscalis" en donde se afirma que el Príncipe "habet duplicem personam, publica et privata" y no es el único testimonio.

El acto administrativo –como el acto del Príncipe– implica una imposición unilateral. En expresión consagrada será la "décision exécutoire" (HAURIOU). En torno a él se creó la aureola de encarnación de la justicia en una concepción del Estado que se denominaría de Derecho. Aparecerá como un racionalización del poder frente al caos, sino el abuso del Antiguo Régimen. Por eso puede hablarse del mito del acto administrativo. En su meollo fue una eficaz instrumento político para la concentración del poder: del absolutismo a la centralización que "l´Europe nous envie", dirá TOCQUEVILLE. No sólo en Francia, también en Alemania, con formulaciones que se complementan.

III. El acto administrativo en Francia como resultado de la no fiscalización de la administración por los tribunales ordinarios

La filosofía política de los revolucionarios llevaba consigo la partición de la competencia jurisdiccional entre Tribunales ordinarios, a los cuales

[15] Principum mandatum habet praesumptionem pro se. Princeps paesumitur nolle iniusta. Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes,* 2ª ed., T. II. pág. 201.

[16] De la equiparación del Fisco al menor de edad, con base en fuentes romanas da cuenta, DOU Y BASSOLS, R. L. de: *Instituciones de Derecho público general de España,* Madrid, 1800, págs. 361-2.

[17] Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L.: *op. cit.*, pág. 202.

correspondían un orden civil y unos tribunales administrativos a los que correspondía un orden administrativo. Pero esta simetría, tan de gusto del momento, que es una faceta más de la pretenciosa aspiración racionalizadora, no era sincera, ni resultará verdadera.

El sometimiento del poder al Derecho debería haber supuesto la sumisión de la Administración pública –que entonces emerge como sucesora del Rey– a los tribunales: pero los revolucionarios tan pagados de su racionalidad, evitaron que su aceptación perjudicase el nuevo orden político. Los primeros revolucionarios son aristócratas que luchan por someter las ordenanzas reales a los parlamentos judiciales. Al triunfar la Revolución, sus auténticos beneficiarios, burgueses ilustrados, aprovechan la lección de lo que había sucedido y a lo que habían contribuido decisivamente. Se cuidan de afirmar solemnemente que el nuevo poder ejecutivo está sometido al judicial.

En la Asamblea constituyente de 1789 se consigna la prohibición de que los tribunales conozcan de los actos de la Administración. En Leyes posteriores se reitera con expresiones de gran contundencia. Así la Ley de 16-24 de Agosto de 1790 afirmará: "Las funciones judiciales son independientes y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. No podrán los jueces sin incurrir en el delito de prevaricación, intervenir de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos". Y la Ley de 16 fructidor año III, de 3 septiembre de 1795 repite algo parecido; "se prohíbe terminantemente que los tribunales conozcan de los actos de la Administración cualquiera que fuese su especie".

Detrás de estas enfáticas declaraciones se encuentra la desconfianza hacia los Parlamentos judiciales vistos, por su composición, como una supervivencia del Antiguo Régimen, contrarrevolucionarios. El pragmatismo se impone al dogmatismo y éste, a su vez, proporciona una nueva solución que permita un mínimo de coherencia con sus postulados. Se ideará una hábil fórmula de compromiso: el control de la Administración por una jurisdicción especial, los *corps administratifs* elegidos por el poder ejecutivo. No se podía sostener que no existiese un control judicial. Este no podía ser ejercido por los tribunales ordinarios, sino por unos nuevos tribunales administrativos que entendían de los actos de la Administración de "cualquier especie" lo que impulsó a definir el acto administrativo con la máxima amplitud[19].

[18] LAFERRIÈRE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1933.

[19] La distinción entre actos administrativos y cuestiones civiles domina todo el Derecho administrativo francés y como un eco –a veces como la exportación de una enfermedad imaginaria– al de otros países. Cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *El acto administrativo*, Madrid, 1929, pág. 65.

La orquestación teórica oculta o ignora la explicación real. Se llegará a afirmar con absoluta naturalidad, que administrar no es sólo ejecutar –la ley– sino decidir las dificultades de la ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca. El poder de administrar lleva así, lógicamente, el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción[20].

Un testigo cercano a los hechos, CORMENIN[21], desvela el convencionalismo de las explicaciones doctrinarias, al tiempo que deja traslucir la realidad a que sirven los intereses creados por la Revolución. "Es una verdad que existe hoy una multitud de derechos adquiridos y de intereses privados que cubren la faz de Francia y que tienen su fundamento en la Ley administrativa, cuyo origen no se remonta más allá de la Revolución"[22]. Dicho más llanamente, la revolución crea unos intereses; posteriormente tiene que proteger jurídicamente esos intereses aunque sea distorsionando las reglas jurídicas tradicionales, para evitar la decepción y la enemistad de los beneficiarios que son al mismo tiempo el soporte de la Revolución. Por eso, sigue afirmando CORMENIN, la Asamblea constituyente temió redescubrir los parlamentos antiguos en los tribunales; "no pensó más que en las necesidades o si se quiere en las urgencias de su política, pero no suficientemente en las necesidades de la Justicia"[23].

De la mano de este planteamiento político es fácil comprender el papel del acto administrativo. Bastaba sencillamente declarar que un determinado acto era administrativo para que quedase fuera del alcance de los tribunales ordinarios. Disposiciones que desarrollan leyes de 1790 califican de actos administrativos "todas las operaciones que se ejecuten por orden del gobierno, por sus agentes inmediatos y con fondos procedentes del Tesoro público". Es paradigmático lo que sucedió con las ventas de bienes nacionales que ayudó a hacer irreversible la Revolución, configurándolas como actos administrativos[24].

El acto administrativo venía a ser de ese modo el talismán de un nuevo Rey Midas. Era suficiente que una determinada actividad se declarase acto administrativo para que la bella simetría, soporte del Estado de Derecho tan pomposamente proclamado, quebrase sin más. Esto podía incluso suceder cuando los que interviniesen en una cuestión litigiosa fuesen particulares. Bastaba que la cuestión se plantease "a l´occasion d´un acte administratif"[25].

[20] LAFERRIERE: *Traité élémentaire de Droit administratif,* Paris 1933, pág. 548.
[21] Cfr. *Questions de Droit Administratif,* 2ª ed., Paris, 1823.
[22] *Ibidem,* pág. VII.
[23] *Ibidem,* pág. III.
[24] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los contratos públicos,* Norma, acto, contrato. Iustel, Madrid, 2008, págs. 77 y sigs. El reconocimiento de que se trataba de razones políticas y no teórico dogmáticas se encuentra en LAFERRIERE: *Traité....*, pág. 602.
[25] BERTHELEMY: *Trailé...*, pág. 598.

No había, por otra parte y no es difícil comprenderlo, ningún límite a esa extensión del acto administrativo. El testimonio de CORMENIN lo corrobora: "la Administración invadía muchas materias civiles con el pretexto fútil de su relación próxima o lejana con los intereses administrativos, sin que los jueces abrumados por el terror, osasen hacer ninguna reivindicación"[26].

Esta es la historia real del acto administrativo: una técnica jurídica al servicio del poder político de la Revolución[27].

IV. El acto administrativo construido a imagen y semejanza de la sentencia

El paralelismo entre el acto administrativo y la sentencia se establece en la formulación del Estado de Derecho. El Rechstaat "se perfecciona en virtud del acto administrativo" en la contundente expresión OTTO MAYER. El punto de partido es la particular relación entre los tres poderes del Estado. Para MAYER el poder legislativo, y su producto la ley, tiene la primacía. A su lado, pero subordinadamente, existe el poder ejecutivo que se divide a su vez en dos ramas: la justicia y la Administración. Estas dos ramas se desenvuelven paralelamente, ambas están sometidas a la ley.

La justicia aplica la ley en la sentencia, la Administración la aplica con la jurisdicción administrativa y con el acto administrativo. El Estado debe actuar "conforme a Derecho" (STAHL). Para que la Administración, que forma parte del Estado, actúe conforme a Derecho debe estar vinculada por la regla jurídica, dirá MAYER; o de otro modo "la acción de la Administración ha de ser dirigida, en la medida de lo posible, por reglas de Derecho". Pero, puesto que la regla de Derecho es insuficiente, hace falta que en el campo de la Administración exista algo análogo a lo que sucede en la jurisdicción con la sentencia, es decir un acto que declare en una situación individual lo que está de acuerdo con la regla de Derecho. Esta función la cumple dentro de la Administración el acto administrativo. Como dice MAYER "tal acto determina ahora una relación jurídica, que la misma autoridad está obligada a respetar y poner en ejecución tanto en beneficio del súbdito como contra él". Desarrollando la idea, "lo esencial es siempre la determinación jurídica

[26] *Ibidem*, pág. V.

[27] En España una manifestación de la pugna entre Administración y Tribunales es la que ofrecen actos administrativos e interdictos. Un ejemplo es una Real Orden de 8 de mayo de 1839 acerca de los límites de las atribuciones administrativas y judiciales. "Las disposiciones y providencias que dicten los ayuntamientos y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, forman estado y deben llevarse a efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución". La batalla entre la fuerza ejecutiva del acto administrativo y la fuerza sumaria del interdicto es ganada por el primero como revela la jurisprudencia del Consejo Real de 1845 a 1868.

del caso individual". El acto administrativo completa la idea central del Rechsstaat, del Estado sometido al régimen del Derecho por la adaptación de las formas jurídicas a lo administrativo.

Posteriormente JELLINEK completaría las analogías y diferencias entre acto administrativo y sentencia: ambos se ejecutan y realizan pese a la disposición de su destinatario, lo que en ocasiones ha llevado a atribuir al acto administrativo la naturaleza de cosa jugada[28], a equiparar la discrecionalidad administrativa al arbitrio judicial.

Aparte de la finalidad de no subordinar la Administración al poder judicial ordinario, como en Francia, en Alemania la equiparación del acto administrativo a la sentencia va a servir como instrumento del poder político. No es casualidad que la nación alemana se haya construido coincidiendo con el mando fuerte del Canciller de hierro, Bismark y la ideología del idealismo que inspira el Estado de Derecho. El Estado dirá HEGEL es "la realización de la idea moral o ética". El fin del Estado es la realización del Derecho. El Derecho se realiza primordialmente a través de las declaraciones de los tribunales. El eslabón nuevo que se introduce en este razonamiento será que la Administración, al estar colocada al mismo nivel que la jurisdicción, adoptará los modos de la justicia y por eso el acto administrativo será, como la sentencia, realización concreta, en un caso determinado, de la justicia: aplicación de la ley.

Con este bagaje ideológico, la actividad de la Administración gozará de la presunción de justicia. El acto administrativo vendrá a ser la consecuencia del despliegue de la dinámica interna del Estado, de la inmanencia del ejercicio del poder[29]. Está legitimado desde el Estado autoproclamado de Derecho. Y como recordará MAYER, en relación con el acto administrativo, el Estado manda siempre unilateralmente[30]. De ahí la dificultad que ha existido en Alemania en aceptar el contrato administrativo[31].

V. La influencia del Derecho Civil

El derecho civil y sus instituciones van a incidir en la configuración del acto administrativo por distintas razones, aunque confluyentes. Por la madurez científica de su construcción, con una larga historia que procede del Derecho romano y su recepción académica orientada hacia el Derecho privado que

[28] *Ad exemplum*, STS de 13 de julio de 1961 para fundamentar en ella la teoría del acto confirmatorio o el acto de reproducción.

[29] Un desarrollo aberrante conducirá al Führerprinzip, el Führer encarna la idea moral del Estado.

[30] Otto MAYER: *Derecho...*, pág. 125.

[31] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura...*, págs. 59 y sigs.

suscitaba admiración[32]. Por los cambios que se habían producido en la relación entre la sociedad y el Estado. Consolidado el ideal revolucionario, el mundo liberal-burgués procura defenderse de la intromisión del Estado en los ámbitos que genéricamente se denominarán libertad y propiedad[33].

La seguridad del Derecho civil, dirá HAURIOU a finales del XIX desde su declarada posición liberal, viene de que "la sociedad civil tiene más importancia que las formas políticas que le sirven de envoltura protectora". Consciente de la corriente socializante de la escuela de Toulouse (DUGUIT, JÉZE) declara que: "hubo un tiempo en el que ser liberal suponía favorecer la expansión del Estado ... hoy los papeles se han cambiado ... se es liberal luchando por limitar el Estado"[34].

El mundo liberal-burgués prefiere el amparo del Derecho privado y de la jurisdicción ordinaria. La distinción entre actos de autoridad y de gestión lo manifiesta, al reducir el acto administrativo a los primeros. Los segundos son realizados por la Administración Pública, no como poder público, sino como persona jurídica, que inciden en el ámbito patrimonial. Serán los contratos que, venciendo resistencias, se configurarán como administrativos[35] sujetos a la jurisdicción administrativa porque versan sobre servicios públicos en los que se descubre una "puissance publique", convirtiéndolos en gestión pública[36]. La resistencia se manifiesta, por ejemplo en BERTHELEMY[37], que se declara liberal "Los servicios públicos –dirá– están sometidos al Derecho común siempre que no se haya previsto el ejercicio de la autoridad propio del Derecho administrativo. Encontrar un pretexto para salirse de los principios ordinarios del Derecho es disminuir sin razón las garantías de los administrados". El acto administrativo se limitaba al acto de autoridad, de imposición unilateral, la *décision exécutoire*.

---

[32] Cfr., OTTO MAYER: *Derecho*.... T. I, pág. XXVIII; La admiración persiste en WOLF, H. J.: *Verwaltungsrecht*, I, 5ª ed. Munich-Berlín, 1963, pág. 1.

[33] En ello radica la "reserva de ley" para limitar la potestad del Ejecutivo de dictar reglamentos. Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento en el Derecho español", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 8 (2007) págs. 13-14.

[34] *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, Prefacio de la 3ª ed. en *Obra escogida*..., pág. 36.

[35] Cfr. MEILÁN, J. L.: *La estructura*..., págs. 81-82.

[36] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomsom-Civitas, 2004, págs. 21-23. Esa correlación está ya asentada en la 5ª edición del *Precis* de HAURIOU publicada en 1903. En 1900 había publicado "La gestión administrativa", *apud*, *Obra escogida*, págs. 127 y sigs. La 11ª edición de 1927 comienza enlazando servicio público y poder público. "El servicio público es la obra a realizar por la administración pública –el fin– el poder público es el medio de realización".

[37] *Mélanges Hauriou*, págs. 819-820. En la misma línea LAFERRIÉRE.

En Alemania, por influencia del Derecho civil, se construirá dogmáticamente el acto administrativo como negocio jurídico[38]. Esta línea se inició por OTTO MAYER y adquiere notoriedad con KORMAN[39] y FLEINER[40]. Según el primero, los actos administrativos son declaraciones de voluntad que están dirigidas a crear relaciones jurídicas, que es lo propio del negocio jurídico. Desde un punto de vista dogmático se quiere diferenciar determinados actos de la Administración de otros que no tienen ese carácter negocial, porque se limitan a certificar algo ya existente, a informar o se trata de simples actos materiales.

Desde este punto de vista la teoría no se aparta de la función originaria del acto administrativo, sino que la refuerza. Dentro de la amplia panoplia de actos de la Administración existirían unos que merecerían con propiedad la calificación de acto administrativo.

Para afirmar esa diferencia, quizá no sea necesario ligar acto administrativo a negocio jurídico "por una cuestión de lenguaje"[41]. El acto administrativo implica una imposición unilateral, aunque en ocasiones su eficacia requiera una aceptación[42].

En la literatura francesa, HAURIOU subraya que el acto administrativo es "una decisión adoptada en vista de producir un efecto jurídico", decisión que identifica como una declaración de voluntad, en diálogo con el Código civil alemán[43].

De esta orientación quedará en un amplio sector de la doctrina científica la concepción del acto administrativo como *declaración de voluntad*, sin más de la Administración (que produce efectos jurídicos subjetivos)[44] o se añade *de deseo, de conocimiento o de juicio* (realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una *potestad administrativa*) (ZANOBINI[45]) que en España acepta en sus propios términos GARRIDO

[38] Una exposición sucinta en GALLEGO ANABITARTE, A.: *Acto...*, págs. 38-43.
[39] *System der rechtgeschäflichen Staatsakte*, 1910.
[40] *Instituciones de Derecho administrativo alemán*; trad. de S. ÁLVAREZ GENDÍN, Labor, Barcelona, 1933. Se sigue manteniendo por WOLF: *Verwaltungsrecht*. En España, ad exemplum, GARCÍA TREVIJANO, J. A.: *Los actos administrativos*, Civitas, 1986, págs. 68 y sigs.
[41] Crítica de W. JELLINEK y FORSTHOFF, en GALEGO ANABITARTE, A.: *Acto...*, págs. 41-42.
[42] Cfr. MEILÁN GIL: *La estructura...*, págs. 144-145.
[43] Cfr. HAURIOU, M.: "La declaración de voluntad en el Derecho administrativo francés", en *Obra escogida*, Instituto de Estudios administrativos, Madrid, 1976, págs. 211 y sigs.
[44] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho administrativo*, I, Montevideo, 1953, pág. 388. En análoga dirección BOQUERA OLIVER, J. Mª: *Estudios sobre el acto administrativo*, 4ª ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 70, que en esa altura entiende que para la jurisprudencia el acto administrativo es declaración de voluntad singular o general de una Administración pública o un delegado suyo, con la que ejercita poder público administrativo.
[45] ZANOBINI, G.: *Corso di diritto anministrativo*, 8ª ed. Milán, 1958, Vol. V Principi generali.

FALLA[46] y GARCÍA DE ENTERRÍA, éste con la adición al final "distinta de la potestad reglamentaria"[47].

VI. La dispersión doctrinal

Las concepciones –e incluso definiciones– sobre el acto administrativo son muy diversas. No es cuestión de realizar una enumeración, aunque fuese sucinta. Las divergencias derivan con frecuencia de la perspectiva desde la que se entiende el Derecho administrativo. En una síntesis convencional podría admitirse que desde un concepto más bien reducido en el origen se produce posteriormente una auténtica inflación, que invita a un ensayo de reconducción a lo que se estima que serían los elementos de una categoría jurídica autónoma y diferenciada.

Dos muestras serán suficientes para comprobar la ampliación del concepto de acto administrativo. El profesor BALLBÉ[48], abierto a las aportaciones italianas, es una referencia, en los años cincuenta del pasado siglo. Referirse al acto administrativo, en singular, como una actividad particularmente solemne de la Administración es confundir –decía– lo que merece ser el acto con lo que en realidad es, tomando la parte por el todo. El acto administrativo es "cualquier acción, toda conducta, comportamiento o manifestación anímica de la Administración regida por el Derecho público" y el adjetivo anímico comprende cualquier manifestación de voluntad, deseo, conocimiento o juicio. Actos administrativos serán los de consejo o informe, también los materiales o de ejecución. El acto administrativo no es sólo un mandato, un mandar, es también un realizar. Para precisar, de todos modos, que esa manifestación es unilateral, de los órganos del Estado en el ejercicio de función administrativa sujeta al Derecho público[49].

La apoteosis de la ampliación del concepto podría decirse que se produce en GUAITA[50]. Acto administrativo es acto sujeto al Derecho administrativo, aunque no lo haya dictado la Administración, sea un reglamento, sean unilaterales, bilaterales o contratos, declaren una voluntad eficaz, una resolución (negocios jurídicos) declaren o manifiesten un deseo, un conocimiento o ciencia, un juicio (actos no negociables), sean externos o internos, declarativos o de ejecución material.

[46] *Tratado de Derecho administrativo*, I, 13ª ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 547.
[47] *Curso de Derecho administrativo*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 520.
[48] Cfr. BALLBÉ, M.: "Actos administrativos", en *Nueva Enciclopedia jurídica*, t. II. Barcelona, 1950.
[49] Por un concepto amplio de ese tipo se decanta GARCÍA TREVIJANO, J. A.: *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 95-99.
[50] GUAITA, A.: "El concepto de acto administrativo", en *REDA*, 7, 1975, pág. 549.

VII. Ensayo de reconducción de los elementos esenciales de la categoría jurídica

Hasta qué punto esa pluralidad de actos puede reconducirse a un singular que sea expresión de una categoría jurídica. Estas nacen en un momento determinado al servicio de intereses determinables en un contexto también específico. Aunque susceptibles de profundización y de adaptación a nuevos escenarios han de conservar lo esencial para que no sean desvirtuadas. Por eso se ha prestado atención al origen histórico del acto administrativo, una construcción artificial deudora de intereses acusados. Se tratará, por tanto, de ver hasta qué punto los datos de origen siguen siendo válidos para identificar la categoría y qué otros aportados con posterioridad contribuyen al mismo fin.

A. La potestad administrativa

En el comienzo el acto administrativo implica ejercicio de un poder –de la Administración– fiscalizable por una jurisdicción especial. Esta circunstancia procesal es determinante. El ejercicio del poder implica una imposición que se identificará como unilateral.

Esa circunstancia permite considerar el acto administrativo desde el Derecho del mismo nombre, sin acudir a préstamos del Derecho civil. El acto administrativo es resultado del ejercicio de un poder, o si se prefiere de una potestad, reconocida por el Derecho, una potestad administrativa, inicialmente reconocida a la Administración Pública. No es necesario acudir a la declaración de voluntad[51]. Aplicada al acto administrativo es una "metáfora", significa un inadecuado antroformismo. Yendo al fondo, voluntad y potestad juegan en ámbitos diferentes. La primera opera fundamentalmente en el Derecho privado que es el dominio de la autonomía de la voluntad. La segunda, en el del principio de legalidad.

La diferencia se aprecia de un modo rápido si se examinan los vicios jurídicos de una y otra. No es, en el caso de la potestad, la vis, el metus, el dolo –aunque alguna repercusión puede tener en el titular de la competencia[52]– sino la incompetencia, el contenido imposible o ilícito, ausencia del procedimiento legalmente establecido, infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder[53]. Este último vicio es paradigmático. Lo decisivo no

[51] En ese sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, en *Apuntes de Derecho administrativo* (1966-1967).

[52] Para no interrumpir el hilo de la argumentación no se analiza el error o la violencia en relación con el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes en vía administrativa, (art. 118 de LRJAPAC).

[53] Cfr. artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 de ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que se refieren a la nulidad y anulabilidad de los actos de las Administraciones Públicas.

es la voluntad del titular que dicta el acto, sino "el ejercicio de potestades administrativas" para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico[54]. La desviación de poder no equivale a abuso de Derecho, ni por el origen, ni por sus efectos; ni discrecionalidad se indentifica con autonomía de la voluntad. Esta supone para el particular libertad de elegir la actuación que estime conveniente, sin más limitación que lo que esté prohibido. La discrecionalidad es simplemente ausencia de determinación en la norma de los presupuestos de ejercicio de la potestad. Un silencio consciente para que la Administración elija, en una decisión, lo que es justo y apropiado en un caso al interés general que debe servir. Su límite no es lo no prohibido, sino lo permitido, más aún lo ordenado, –vinculación de la potestad a su fin– aunque esto último no esté expresamente determinado en la norma.

Al subrayar la importancia de la potestad administrativa se permite reconocer la existencia de auténticos actos administrativos en aquellos órganos del Estado, distintos de la Administración, cuando desarrollan funciones que no son las que caracterizan su inserción constitucional, o por entes a quienes el ordenamiento jurídico atribuye funciones sustancial o materialmente administrativas y que hacen posible la revisión de los actos por la jurisdicción contencioso-administrativa[55].

B. Incidencia ejecutiva en situaciones jurídicas

La amplitud antes señalada con que se ha caracterizado el acto administrativo en la doctrina ha propiciado un movimiento de reducción de aquella[56]. En Italia, y el dato es significativo, un sector ha distinguido dentro de los actos de la Administración, los *provvedimenti ammnistrativi* y los actos administrativos instrumentales. Aquellos serán los actos administrativos "por excelencia o en sentido propio[57]. Si todos los actos de la Administración tienen como finalidad la realización de un interés público concreto (ALESSI) o son expresión actual de la autoridad (GIANNINI) los *provvedimenti* realizan ese interés público de una manera inmediata, en tanto que los instrumentales los realizan de modo mediato. Se vuelve a repristinar la comparación de los *provvedimenti* con las sentencias. Así como la sentencia no es el único acto del juicio, lo mismo ocurre con el provvedimento, que va precedido y seguido de actos instrumentales. Dicho con palabras de GIANNINI, los provvedimenti actúan el "momento"

[54] Artículo 70 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

[55] En España, Congreso y Senado, Consejo general del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo...., actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público. Cfr. artículo 1,2 de la Ley 29/1998.

[56] Por una noción restringida del acto administrativo, que comparto, en la doctrina española, VILLAR PALASÍ, GALLEGO ANABITARTE, BOCANEGRA SIERRA, muy marcado por una orientación alemana.

[57] Cfr. GIANNINI, M. S.: *Atto...*, págs. 163-165.

de la autoridad, suprimen o comprimen la libertad de algunos particulares, determinan en un caso concreto las relaciones de autoridad-libertad.

La distinción expuesta viene a subrayar la importancia del procedimiento administrativo[58]. El iter de ese provvedimento –en la tradición española, la resolución– viene precedido por unos actos –de trámite– y seguidos por actos de ejecución. Unos y otros tienen como referencia el acto administrativo, que produce como efecto incidir en una situación jurídica. Esto último es lo que lo diferencia de los otros. La distinción sería equivalente a la expuesta por OTTO MAYER entre negociales y no negociales. La resolución –el acto administrativo– ha de producirse de acuerdo con el procedimiento debido. En ese sentido el *iter* del ejercicio de la potestad es diferente al de la voluntad.

Los actos instrumentales –de trámite– están vinculados a la resolución, a cuya validez contribuyen. Sin resolución, que le sirva de fundamento jurídico, no podrá llevarse a cabo ningún acto de ejecución material. Los actos de trámite pueden ser objeto de recurso administrativo como las resoluciones cuando de algún modo las sustituyen o las impiden[59].

Se vuelve a afirmaciones tradicionales[60], cuando se niega que los consejos y dictámenes de las corporaciones administrativas sean actos administrativos. Se reserva esta calificación para los actos que tengan "la fuerza de ejecutivos y obligatorios, sin otro trámite". La vieja ley de contencioso de 1888-94 reconocía a las resoluciones administrativas como el objeto del proceso administrativo.

Los efectos del acto administrativo, su modo de manifestarse y su incidencia son fundamentales para su configuración. Son parte esencial de la explicación del origen del acto administrativo. Como declaración jurídica resulta obvia su diferencia con un hecho, aunque de éste se deriven efectos jurídicos de acuerdo con el Derecho administrativo, como puede ocurrir con el mero transcurso del tiempo o como causa de responsabilidad.

El acto administrativo, desde esa misma perspectiva, también difiere de la sentencia. Aquél es una imposición unilateral, aunque sometida al Derecho, que incide primaria y originariamente en una situación jurídica de un tercero. La sentencia –en el contencioso-administrativo– incide secundariamente al revisar el acto o con motivo de un acto. La sentencia procede de un órgano judicial independiente. La resolución de un recurso administrativo es un acto administrativo que procede del mismo órgano que dictó la resolución

[58] Cfr. artículo 107 de la LRJAPAC.
[59] "El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos" (artículo 105, c de la CE).
[60] Como la que se transcribe en la vieja Enciclopedia jurídica Seix.

recurrida (recurso de reposición) o de otro con el que está relacionado jerárquicamente.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo –que coincidiría con la resolución– puede ser entendido como una declaración jurídica –de derechos y obligaciones– que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Declaración que es resultado del ejercicio de una potestad administrativa[61]. Por esa incidencia se distinguiría de actos de trámite y de ejecución insertos o ligados a un procedimiento[62]. Por la unilateralidad se distinguiría del contrato, en el que es esencial la bilateralidad, aunque la Administración conserve prerrogativas en la concepción tradicional del contrato y puedan separarse actos de preparación del contrato, precisamente por los efectos que producen[63]. Se recogen, de este modo, notas y aportaciones de la francesa *décision exécutoire*, del italiano *provvedimento*, de la ley alemana[64] y el impulso mayeriano, de la tradición española y el Derecho positivo[65].

C. Acto administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa

La aparición del acto administrativo, como categoría jurídica, en el mundo del Derecho está ligada a la creación de una jurisdicción especial, distinta de la ordinaria por los intereses políticos expuestos para consolidar el nuevo orden político surgido de la Revolución y que sería confirmado, en este aspecto, después de la Restauración monárquica y en las etapas siguientes. Se alumbrará

[61] En la misma dirección FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *El acto administrativo*, Madrid, 1929, págs. 15 y sigs. Acto administrativo es "toda la declaración jurídica unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas".

[62] En la doctrina francesa, cfr. VEDEL, G.: *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, París, págs. 174 y sigs., no son *décisions exécutoires*, los actos con un mero valor indicativo, los preparatorios de la decisión.

[63] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Estructura*..., págs. 131-151.

[64] Toda disposición, decisión u otra medida autoritaria adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (artículo 35 de la ley de procedimiento administrativo). Exégesis en BOCANEGRA: *Lecciones* ..., págs. 33-43.

[65] Un espigueo. El Titulo V de la LRJAPAC se refiere a disposiciones y actos administrativos. La denominación no es unitaria. Su capítulo II habla de los requisitos de los actos administrativos. En el III de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo al referirse a la ejecutividad y a la eficacia (artículos 56 y 57). Al tratar de la notificación se habla de resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos y e intereses (artículo 58). Al tratar actos de la nulidad y anulabilidad se habla de actos de la Administración pública.
El objeto de los recursos administrativos son las resoluciones –actos definitivos en el artículo 25 de la LJCA– y los actos de trámite, si estos últimos *deciden* directa o indirectamente el fondo del asunto ... (artículo 107 de LRJAPAC). Acto administrativo como decisión con efectos en derechos o intereses de terceros.

la diferencia entre recurso de anulación y de plena jurisdicción, pero la ligazón del acto administrativo a lo contencioso-administrativo se mantiene.

El Derecho español ha operado en este órbita. Bien es verdad que la ley de 1956[66], con una lúcida exposición de motivos no admitió las dos clases de recursos citados. Pese a afirmaciones de aquella exposición, el contencioso-administrativo sigue considerándose como una "jurisdicción" revisora del acto, aunque la revisión no implique un automatismo cerrado. Por eso se mantiene el término de "recurso" ligado al acto previo (préalable) por respeto a la tradición, aunque reconoce "las fundadas objeciones de que ha sido objeto" y, en ocasiones, utiliza alternativamente el de "acción". En definitiva, el contencioso administrativo se configura como "un proceso al acto". En ello encuentra explicación la fabricación artificial del acto, cuando éste no es expreso, apelando al régimen del silencio, y por eso se dice que la procedencia de la acción contencioso-administrativa "esencialmente" es que el "acto no sea conforme a Derecho".

Es cierto que en la propia ley se apuntó un cambio que ha sido interpretado por la jurisprudencia y permitiría un nuevo enfoque a partir de la Constitución de 1978. En ese sentido la exposición de motivos dejó dicho con claridad que ante la jurisdicción contencioso-administrativa "se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes" que "tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo" (art. 1º). El acto administrativo, se reconocerá en vía jurisprudencial, no es el objeto del proceso, sino sólo su presupuesto.

El acto administrativo empieza a dejar de ser el monopolio de lo contencioso-administrativo. Además de la nulidad del acto, el accionante podría ya entonces pretender "además" el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para su restablecimiento (art. 42). La jurisdicción, podría decirse, operaba con ocasión de un acto administrativo. La pretensión pasaba a tener prevalencia sobre el acto[67].

La relación entre acto administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa fue fundamental para la configuración jurídica de aquel. En el estadio actual, que se incoa en la interpretación antes expuesta, el contencioso-administrativo no se ciñe ya exclusivamente al acto administrativo. Este

[66] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: Prólogo al libro de M. GARCÍA PÉREZ, *El objeto del proceso contencioso-administrativo,* Aranzadi, 1999.

[67] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "El objeto del contencioso-administrativo", en *El proceso contencioso-administrativo,* Escola galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994, págs. 19-38.

no tiene que construirse al modo procesal[68], como el acto susceptible de ser revisado por una jurisdicción especial. El acto administrativo, incluso en el momento histórico de su alumbramiento, existía aunque no fuese recurrido judicialmente. Atribuía, reconocía o limitaba o imponía derechos y obligaciones. Precisamente, por esto podía suscitarse una controversia ante la nueva jurisdicción contenciosa. La accesibilidad al contencioso revela la naturaleza jurídica del acto administrativo.

D. Acto administrativo, actuación administrativa y derechos fundamentales

La Constitución de 1978 ha permitido dar un paso importante para que el contencioso-administrativo español haya dejado de estar vinculado exclusivamente al acto administrativo. Según el artículo 103, clave en la nueva orientación, la "Administración pública *sirve* con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". El artículo 106 declara que "los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la *actuación* administrativa"[69].

De la intencionalidad de esa nueva redacción puedo dar una interpretación cuasiauténtica por haber intervenido en su redacción como constituyente. La posición de la Administración como servidora orienta a considerar sus potestades, no como privilegios, sino vinculadas al fin que será concreción del interés general. El sometimiento del Derecho –de influencia de la ley fundamental de Bonn– supone superar estrictos límites de la ley dando cabida a los principios generales del derecho con toda naturalidad, alguno de ellos incorporados a la Constitución (artículo 9), que son el "oxígeno que respiran las normas"[70].

La "actuación" permite incorporar como objeto del contencioso-administrativo "todas las actuaciones –de la Administración– que realiza en su condición de poder público". Se conocerán en ese orden jurisdiccional "las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo ....."[71]. La actuación comprende "inactividades

[68] Sobre esto cfr. BOCANEGRA: *Lecciones...*, pág. 31, aunque me parece excesiva la afirmación de que "la configuración institucional de los actos administrativos pasa inexcusablemente por su desgajamiento del acceso al contencioso".

[69] Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "La Administración pública a partir de la Constitución de 1978", en *Revista española de Derecho constitucional,* 47 (1996) págs. 55 y sigs. También "La Administración Pública: naturaleza jurídica", en *Administraciones Públicas y Constitución,* INAP, Madrid, 1998, págs. 497 y sigs.

[70] STS de 19 de mayo de 1990. Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España", en *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo,* Valladolid, 2008, págs. 409 y sigs.

[71] Artículo 1 LJCA 29/1998 de 13 de julio, además de actos –y disposiciones– de otros órganos constitucionales o previstos en la Constitución; según expuso anteriormente con carácter general al hablar de la potestad administrativa.

u omisiones", la actividad prestacional, las actividades negociales de todo tipo, las actuaciones materiales. La actuación equivaldría a un "comportamiento".

No es del caso examinar lo andado y lo que quede por andar en un trayecto que supone la disminución del protagonismo del acto administrativo a favor de la pretensión, desde la perspectiva procesal, y su acercamiento al sistema anglosajón. El cambio está señalado.

A la disminución de ese protagonismo ha contribuido decisivamente la emergencia de los derechos fundamentales[72] con la Constitución y singularmente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), como confirma consolidada jurisprudencia. En ese sentido es paradigmática la actual regulación de las medidas cautelares, anteriormente circunscritas a la suspensión de ejecución del acto administrativo[73], como una medida excepcional.

E. Algunas consecuencias prácticas

Desde esa aproximación cobra importancia determinar el momento en que se produce la declaración de derechos y obligaciones que afecta a la Administración y al particular. Hasta tanto que esa declaración no se produce el acto es inimpugnable. Por eso, muy acertadamente la jurisprudencia reiteradamente declara que no es "finalidad del recurso dictar resoluciones para prevenir o evitar agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables, sino meramente la de restaurar por revocación o anulación los agravios o perturbaciones originados a tales derechos por actos de la Administración"[74]. En ese caso el recurso es extemporaneo.

Tomando como punto de partida la declaración jurídica en el sentido que ha venido exponiéndose se da respuesta a la ejecutividad del acto, de la que se ha discutido si es o no una característica o nota esencial. Sólo será ejecutivo el acto administrativo, porque sólo él declara derechos y obligaciones. Por esa razón no tendría sentido hablar de la fuerza ejecutiva de un acto de trámite, de un informe o de un certificado.

[72] La prevalencia reconocida en los artículos 9 y 53 de la CE tiene un precedente en la ley para la reforma política en cuyo proyecto de ley se introdujo como enmienda mía: "los derechos fundamentales son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado". Sobre ella, que se juzga "de gran trascendencia", cfr. PILAR Y ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA: *Lo que el Rey me ha pedido*, Barcelona 1995, pág. 261.

[73] "Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia" (artículo 129 de la LJCA 29/1998). Con anterioridad a esa ley cfr. MEILAN GIL, J. L.: "La suspensión jurisdiccional de los actos administrativos desde la constitucionalización de los derechos fundamentales", *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituiçao de 1976*, J. MIRANDA, organizador, Coimbra editora, 1997, págs. 149-180.

[74] STS 12 de junio de 1965.

Lo reiteradamente sostenido proyecta claridad sobre la teoría de los actos consentidos. Sólo pueden consentirse los actos administrativos en tanto declaraciones de derechos y obligaciones. No serían consentibles los actos que son "satélites" de ellas, como los actos de ejecución. La declaración jurídica constituirá el canon de la conformidad o no a Derecho de éstos.

F. El acto administrativo como concreción de la norma

Desde un punto de vista dogmático, el acto administrativo responde a la necesidad de concretar la norma a uno de los supuestos de hecho previstos por ella ya que, como observó ARISTÓTELES, la Ley no puede cubrir la infinitud de los supuestos singulares. A la norma se anudan los derechos y obligaciones de cada cual; ésta es su primordial función técnico-jurídica. A veces esos derechos y obligaciones se anudan a la norma directamente[75]. Pero eso ocurre raramente en el ámbito del Derecho administrativo, y ésta es una de sus peculiaridades. La jerarquía de las normas se alarga, a veces extraordinariamente, en un proceso de concreción. Entre la norma y sus destinatarios se interpone la Administración, provenga aquélla del legislador o de ella misma. Es una peculiaridad del Derecho administrativo. Sucede, además, que en muchas ocasiones la regulación del supuesto de hecho no se hace de golpe, sino mediante una gradación sucesiva de normas ordenadas según un criterio de mayor concreción[76].

La creación de derechos y deberes en los particulares por su conexión directa a la norma es posible sólo cuando se opera sobre un objeto uniforme o inalterable, cuando se pretende conductas uniformes en todos los destinatarios de las normas, sin que haya necesidad de concretar el cuándo o el cómo. Pero lo normal es que los derechos y deberes, que encuentran su fundamento en una norma, exijan una concreción de ésta, "una modalización singular" respecto a circunstancias singulares: respecto del sujeto o respecto del propio contenido del acto. Lo peculiar del Derecho administrativo es que esa labor no se realiza exclusivamente por la vía de interpretación de unos Tribunales; la misma norma encarga a la Administración la tarea de concretarla a cada supuesto singular, de modalizar en cada caso los derechos y deberes que la norma genéricamente otorga o impone.

[75] Sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, por utilizar la expresión del artículo 39 de la LJCA de 1956, o cuando no se precisa de actos de aplicación, según el artículo 29 de la Ley de 1988.

[76] Cfr. MEILAN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, págs. 45-46. ALESSI, R.: *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1966, pág. 9, habla de normas incompletas que necesitan ser completadas en un proceso de integración estructural.

La función fundamental del acto consiste en ser la última fase en la concreción de los derechos y deberes que se engarzan en una norma, con capacidad por tanto de modalizarla, de adaptarla a las situaciones singulares y tanto cuando se actúa su ejercicio de potestades regladas como, y con mayor razón, si se actúa en el ejercicio de potestades discrecionales[77]. Esta es la misión del acto administrativo: operar la máxima concreción de la norma, que es su aplicación singular[78].

Desde esta perspectiva puede llegarse a conclusiones coincidentes con otras expuestas. No serían actos administrativos, en tanto no conllevan una declaración jurídica con los efectos indicados con anterioridad, los actos instrumentales o de procedimiento. Ayudan a la concreción de la norma. Son hitos, a veces indispensables, para la declaración que contiene el acto administrativo como resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento. Cuando esos actos instrumentales impiden ese final previsto –la declaración jurídica– se sitúan en la misión que corresponde al acto administrativo, determinan la declaración por vía negativa. Por eso son recurribles[79].

La posición que aquí se sostiene implica una distinción entre lo que es propiamente una norma y lo que es un acto, aunque ambos sean resultado del ejercicio de una potestad administrativa, incluso por un mismo titular. La cuestión es que no es raro, sin embargo, en sectores de la doctrina científica calificar de actos, con diferentes efectos jurídicos a ese par de conceptos, normalmente por su consideración desde una teoría general del Derecho. Se habla, en ese sentido, de actos, acto regla y acto condición[80], de

[77] Un ejemplo, entre muchos en materia de urbanismo: plan general de ordenación urbana, plan particular, licencia.

[78] The Administrative Procedure Act contiene definiciones que reflejan una distinción equivalente de normas y actos: "rule" means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law; "rule making" means agency process for formulating, amending, or repealing a rule; "order" means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other tan rule making but including licensing; "adjudication" means agency process for the formulation of an order; "license" includes the whole or a part of an agency permit, certificate, approval, registration, charter, membership, statutory exemption or other form of permission; "licensing" includes agency process respecting the grant, renewal, denial, revocation, suspension, annulment, withdrawal, limitation, amendment, modification, or conditioning of a license.

Las agencias reguladoras, en el peculiar Derecho estadounidense se ocupan principalmente de "rule making" y "adjudication". En concreto, como se ha subrayado en relación con las agencias administrativas sus "adjucative functions" son de particular importancia porque "through adjudication general rules are given concrete aplication in individual cases" Cfr. VOLL, P.: *Administrative Law, The informal process* University of California Press, pág. 2.

[79] Artículo 25 de la LJCA.

[80] JÉZE, G.: *Los principios generales del Derecho administrativo,* trad. de C. GARCÍA OVIEDO, 1928, págs. 46 y sigs.

actos reglamentarios[81]. Los actos jurídicos son legislativos o reglamentarios; unilaterales o contractuales; actos-condición por lo que se aplica a un individuo un status; actos jurisdiccionales[82].

Sentada la diferencia entre acto administrativo y sentencia, propia ésta del poder judicial, y de aquel con el contrato como categorías jurídicas en el ámbito administrativo, resta por elucidar la diferencia del acto administrativo con las normas reglamentarias. No es difícil admitir que estas son fuentes de Derecho utilizando una terminología acuñada. Está por ver que lo sean los actos administrativos. De lo que acaba de exponerse se deduce que son aplicación del derecho.

VIII. Carácter polisémico de las fuentes del Derecho y su construcción civilista

Las "fuentes del Derecho" como concepto técnico-jurídico tienen una larga historia que no es del caso describir aquí. En el ámbito del Derecho civil ha tenido su caldo de cultivo, considerado aquel como el tradicional "ius comune". La expresión tiene un innegable carácter metafórico y causa equívocos por la pluralidad de sentidos que la palabra fuente tiene en el uso del lenguaje. En unos casos se alude a las fuerzas sociales –entendidas en sentido amplio- que producen legítimamente los distintos tipos de normas que constituyen el ordenamiento jurídico (fuentes del Derecho positivo); en otras se entienden como fuentes de conocimiento del Derecho[83]. Las fuentes del Derecho pueden referirse al origen de la norma, entendido como quién tiene poder para crear reglas con valor de norma jurídica, o como la forma o medio por el que, o como, se manifiesta. Es esta segunda acepción la que ha terminado por ser admitida en los Códigos civiles, como sucede en el español, que en su artículo primero enumera la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho como fuentes del ordenamiento jurídico.

La cuestión, en el fondo, tiene una relativa importancia, ya que "el tipo de norma –en este caso la ley– se utiliza, por *metanoia* para designar a la verdadera fuente"[84], al sujeto del poder que la establece.

El plural de las fuentes conduce a planteamientos de alcance metajurídico. SAVIGNY y su escuela histórica del "espíritu del pueblo" (Volksgeist) en contraposición con la "volonté générale" de ROUSSEAU. Era preciso liberarse

[81] Cfr. ALESSI, R.: *Principi,* pág. 79.
[82] Ad exemplum en la doctrina francesa, DE LAUBADERE, A.: *Traité élémentaire de Droit administratif,* t.i, 3ª ed. París, 1963, págs. 15 y sigs.
[83] Cfr. De CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España,* Thomson-Civitas, 2008 (reimpresión) págs. 363 y sigs con amplia bibliografía.
[84] Ibidem, pág. 368.

del monopolio –del imperio– de la ley, producto de la atmósfera revolucionaria en la que se incubó la codificación napoleónica, para dejar un hueco a la costumbre[85]. A la complitud del Derecho, evitando lagunas que impidiera a los jueces aplicarlo, se incorporan los principios generales del Derecho "sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"[86]. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, pero no es fuente del Derecho. Los jueces no crean Derecho, lo "ponen en acción"[87].

Esta es la orientación común seguida desde la vertiente civilista. El número tasado de fuentes lleva a rechazar su pluralismo[88]. El sentido metafórico que se apuntó al principio en relación con las fuentes del derecho en general puede extenderse a alguna de ellas en particular. La ley es norma jurídica, pero ni toda norma jurídica es ley, ni es ley la regla que preside las relaciones en un contrato, que vincula a las voluntades de los contratantes. El contrato –negocio jurídico– no es una ley, aunque el artículo 1091 del Código civil diga que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, el *contractus-lex*.

IX. Aproximación iusadminsitrativista

El apartado 2 del artículo 1, correspondiente al título preliminar del Código civil reformado en 1973-74, hace referencia a las disposiciones que contradigan otra de rango superior, para decir que carecerán de validez. La única norma jurídica no es la ley, existen otras que proceden de los titulares de la correspondiente potestad normativa.

Para entonces[89], leyes como la de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 habían aportado por primera vez al Derecho positivo la expresión "ordenamiento jurídico" que es acogido por el artículo 1 del Código civil y leyes como la de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 reconocía la existencia de reglamentos de los Ministros en las materias propias

[85] Cfr. GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo,* ed. española, Comares, Granada, 2000, págs. 55-95.

[86] Sobre eso y la aportación de la perspectiva iusadministrativista, Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España", en *Actas del VII foro Iberoamericano de Derecho administrativo,* Junta de castilla y León, 2008, págs. 409 y sigs.

[87] Artículo 1,6 del Código Civil. En la tradición francesa, Cfr. GÉNY, F.: *Método...*, págs. 377-379, con un rechazo del sistema anglosajón.

[88] Cfr. De CASTRO, F.: *Derecho....* pág. 375, en contra de la *Vereinbarung,* y la "teoría pluralista de las fuentes" de GURVITCH.

[89] Desde el punto de vista científico, el Derecho administrativo había alcanzado una reconocida madurez y profesores de la especialidad dejaron su impronta en esas y otras leyes que tienen relación con las fuentes del Derecho (LÓPEZ RODÓ, GONZÁLEZ PÉREZ, GARCÍA DE ENTERRÍA).

de su Departamento y hablaba de disposiciones administrativas de carácter general, distinguiéndolas de las resoluciones administrativas de carácter particular. El plusvalor de la disposición –norma– se reconocía al establecer que una resolución –acto administrativo–no podrá vulnerar lo establecido por aquella, aunque tuviera grado igual o superior, según el rango del órgano que hubiese dictado uno y otra.

Ese plusvalor de la norma constituye un indicio de su diferencia con el acto administrativo, sobre cuyo alcance se razonará más adelante. De momento será suficiente con subrayarla, así como dejar constancia de que la disposición administrativa amplía la panoplia de las normas que no se reducen al Reglamento para ejecución o desarrollo de la ley.

X. Constitución y ordenamiento jurídico

La Constitución de 1978 ha colocado en el sitio adecuado el tema de las fuentes del Derecho. Hasta entonces el título preeliminar del Código civil se presentaba con la pretensión de valor general que, de otra parte, no impedía la existencia de otras fuentes en sectores o materias concretas del ordenamiento jurídico[90]. La Constitución se autocalifica de norma integrante del ordenamiento jurídico[91]. Expresado de otra manera, en una afirmación, rayana en la tautología, son fuentes de Derecho lo que el Derecho dice. De nuevo habría que acudir al otro sentido de fuente como origen. El origen de la Constitución como norma es el poder constituyente, el cual a su vez requiere un reconocimiento que lo habilita como tal, en un peregrinaje de búsqueda que no es necesario seguir ahora.

La CE además de hacer referencia a las fuentes del Derecho, conforme con la concepción tradicional del Código civil[92], lo hace a las diferentes clases de leyes, Decretos legislativos, Decretos-leyes, se reconoce a los Estatutos de las comunidades autónomas como parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado y la potestad legislativa, directa o indirectamente, de aquellas, así como la potestad reglamentaria del Gobierno, que la ley del Gobierno[93] desarrollará hablando de disposiciones aprobadas por Real Decreto del Gobierno o del Consejo de Ministros y disposiciones aprobadas por orden ministerial, que encuentra una correlación en los Estatutos de las Comunidades autónomas.

[90] Cfr- DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil I* Colex, Madrid, 1998, págs. 94-95. ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del trabajo según la Constitución,* Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1981, págs. 11-133 en relación con los convenios colectivos.

[91] Artículo 91, "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

[92] Artículo 149,1,3ª como materia de competencia exclusiva del Estado.

[93] Art. 23.

La Constitución ha ratificado la orientación del reformado título preliminar del Código civil al sustituir, en relación con las fuentes, Derecho por "ordenamiento jurídico". Se integran las normas formales, la costumbre, de escasa utilización en el ámbito jurídico administrativo y los principios generales el Derecho, de creciente uso en ese ámbito, en el que opera la potestad discrecional. Algunos de ellos, al ser acogidos expresamente en la Constitución, pierden el carácter supletorio civilista para devenir preceptos de naturaleza normativa.

X. Innovación del ordenamiento jurídico como criterio para la distinción entre norma y dato administrativo

La equivalencia de fuente del Derecho –positivo– y fuente del ordenamiento jurídico permitirá deducir si el acto administrativo es una fuente de Derecho, en otras palabras si el acto administrativo integra el ordenamiento jurídico.

Previamente será conveniente recordar que son fuentes del derecho las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, añadiendo el artículo 164 de la CE "todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho"[94]. Esas sentencias innovan al ordenamiento, expulsando de él la ley declarada inconstitucional en todo en parte.

Esa potencialidad de innovar el ordenamiento es nota decisiva para distinguir el reglamento –y disposiciones administrativas– y el acto administrativo. No son adecuadas las dos acepciones de fuentes del derecho a las que se aludió anteriormente, ni por lo que se refiere al poder de donde "mana" el Derecho, ni por el modo o forma en que se manifiesta. Un mismo órgano puede producir un reglamento para regular determinados aspectos de los funcionarios públicos o un acto, el nombramiento de un funcionario. Una y otra pueden aparecer bajo la misma forma. Por Decreto puede aprobarse el reglamento y realizarse un nombramiento.

Para distinguir disposiciones reglamentarias y acto administrativo se ha defendido el criterio ordinamentalista como clave, entendido como la integración o no en el ordenamiento jurídico. Esa integración se manifestaría indiciariamente por la consunción de la norma reglamentaria frente a la consunción del acto administrativo[95]. El por qué de la integración y el fenómeno

[94] Esas sentencias tienen pleno efecto frente a todos. Se excluyen, en ese sentido, las dictadas en recursos de amparo.

[95] Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, inicialmente en "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en *RAP*, 29 (1959) págs. 101 y sigs. ha sido matizada en *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Civitas, 1993, págs. 173-176 aceptando la innovación.

de la no consunción encuentran su explicación y tienen fundamento en el carácter innovador o no de la norma o del acto[96].

La innovación, ese algo nuevo que se introduce, ese "empobrecer o enriquecer el ordenamiento jurídico" consiste, o bien en una creación radical (por ejemplo, el resultado del ejercicio de la potestad organizatoria), o bien en un desarrollo o en una derogación de normas anteriores.

La finalidad objetiva de la norma de integrarse en el ordenamiento jurídico se explica por su fuerza de innovar. Esto es lo definitivo, como demuestra el caso extremo de una orden o de un decreto, cuya única misión sea derogar una norma. Justamente por esta fuerza derogatoria hay que admitir su carácter normativo[97].

La no consunción significa la posibilidad de que la orden sea revivida posteriormente de una manera explícita o implícita.

Justamente lo contrario es lo que sucede a un acto: ceñido a n supuesto de hecho concreto, a él va ligado y con él muere: el mismo acto no puede volver a utilizarse para otro supuesto de hecho diferente.

Pues bien, esta posibilidad de reviviscencia de la norma frente al definitivo encadenamiento del acto a su supuesto de hecho concreto se explica porque la norma ha introducido alguna novedad objetiva, independientemente del supuesto de hecho determinado que haya sido su *occasio*.

Las bases aprobadas para regular un concurso concreto pueden ser utilizadas para otro. La adjudicación realizada al resolver el concurso termina definitivamente su función, no puede extenderse a otro destinatario, se precisa la convocatoria –acto– de un nuevo concurso, que puede utilizar las mismas bases. Todo ello puede integrarse en una misma forma jurídica. De ahí la dificultad de la distinción, que tiene efectos jurídicos y, por eso, la importancia práctica, no sólo teórica, de verificarla[98].

[96] MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.
[97] Cfr. VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo,* 1965-66, t.II, pág. 122.
[98] Sobre esa dificultad, MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción...,* pág. 41, en relación con el examen de la línea divisoria, la integración sucesiva de la norma, referencia a los elementos normativos desgajados. Cfr. VOLKMAR, D.: *Rechtssatz und Einzelakt,* Berlín, 1962, pág. 259; SANTANIELLO, G.: *Gli atti amministrativi a contenuto non normativo,* Milán, 1963, pág. 9, RAINAUD, J.-M.: *La distinction de l´acte réglementaire el de l´acte individuel,* París, 1966.

La reviviscencia de la norma, la liberación del supuesto de hecho que ha sido su soporte –la *occasio* normativa– sólo es posible por su carácter de innovación.

La distinción se reconoce con claridad en el Derecho positivo al tratar de su regulación en artículos distintos[99], con expreso reconocimiento del plusvalor singular de aquella[100]. La producción de las disposiciones y actos es también diferente[101], y se regula separadamente la nulidad de pleno derecho[102]. No caben recursos administrativos contra las disposiciones[103]. El acto se reconoce como el modo ordinario de aplicación de una disposición[104], y se evidencia en la posibilidad de interposición de recurso contencioso-administrativo contra los actos que se produzcan en aplicación de las disposiciones[105]. Al dictar una sentencia estimatoria de un recurso contencioso contra un acto administrativo el Tribunal deberá plantear una cuestión de ilegalidad si considera ilegal el contenido de la disposición, o resolverá sobre ello si es competente. En todo caso, la resolución de la cuestión no afectará a lo resuelto en la sentencia[106].

Por consiguiente, al menos en el Derecho español, el acto administrativo no es fuente del Derecho, lo aplica.

XI. Conclusión

El acto administrativo es una categoría jurídica distinta de la sentencia, del contrato, del Reglamento y disposiciones administrativas.

Es manifestación o resultado del ejercicio de una potestad administrativa habilitada por el ordenamiento jurídico –nulla potestas sine lege– sea o no una Administración pública su titular.

Su finalidad es la realización singular de una norma y su contenido consiste en una declaración jurídica, de derechos y obligaciones que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Por esta última nota no se identifican con otros actos de la Administración que preparan o ejecutan la declaración.

[99] LRJAPAC, título V, de las disposiciones y los actos administrativos, dedicando el capítulo primero a aquella y el II a estos.
[100] Artículo 52 de la LRJAPAC.
[101] Para las primeras artículo 52 de la LRJAPAC y artículo 24 de la ley 50/1997 del gobierno. Para los segundos, artículos 53 a 61.
[102] Apartados 1 y 2 del artículo 62 de la LRJAPAC.
[103] Artículo 107,3 de la LRJAPAC.
[104] Artículo 29,1 de la LRJAPAC.
[105] Artículo 26,1 de la LRJAPAC.
[106] Artículo 27 y 126,5 de LRJAPAC y concordantes.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PANAMEÑO Y EL DERECHO ESPAÑOL

Enrique Rivero Ysern

I. Introducción

En el siempre inacabable proceso de sometimiento de la Administración al Ordenamiento Jurídico, en el desarrollo y ampliación de los derechos y garantías de los ciudadanos, en la transformación y modernización de la Administración, se hace absolutamente indispensable el procedimiento administrativo.

El acto administrativo tiene que ser el resultado de un procedimiento en un Estado de Derecho.

En el procedimiento administrativo hay que llevar a cabo la tutela, la satisfacción de los intereses públicos y privados, difícil equilibrio que hay que buscar mediante una configuración adecuada de los trámites procedimentales.

En un Estado de Derecho, el Poder Legislativo se somete a procedimientos antes de dictar las leyes.

Exactamente igual ocurre con el Poder Judicial, que también se somete a procedimiento para dictar sus resoluciones.

Pero ¿Qué ha ocurrido con el Poder Ejecutivo y, en concreto, con la Administración?

El procedimiento administrativo al que de forma especial dedica ahora sus atenciones la doctrina, los Ordenamientos de los países europeos y la Unión Europea, no ha tenido la misma consideración en todos los países. Tres breves referencias.

Por lo que respecta al Derecho Francés, puede decirse que el procedimiento administrativo "*strictu sensu*" no ha sido objeto de un tratamiento sistematizado y autónomo, quizá porque las garantías que debe preservar el procedimiento, caso de ser violadas, son objeto de tratamiento en la Jurisprudencia pretoriana

del Consejo de Estado mediante recurso por exceso de poder. DUPUIS, GUÉDON y CHRÉTIEN, señalan que el procedimiento del acto es el conjunto de actuaciones que intervienen en la preparación de la decisión[1].

En la República Federal Alemana, el 1 de Enero de 1.977 se dicta una Ley General sobre el procedimiento administrativo. Está en función del acto que produce efectos externos. Pero ello no quiere decir que no se establecieran en las normas que regulaban las relaciones entre la Administración y los ciudadanos aspectos garantizadores de los derechos de éstos, consagrados ahora en las normas procedimentales; valga citar, como ejemplo, las citadas, el Capítulo Tercero 12, 13 y 14, y el Capítulo Cuarto 15, sobre el procedimiento administrativo en vía de recurso, de las Instituciones de FLEINER[2].

En Italia el procedimiento administrativo ha estado siempre presente en la doctrina, pero la primera Ley General de Procedimiento administrativo lleva fecha de 7 de Agosto de 1.990.

Finalmente, y sin pecar de chovinismo, España tiene, desde el siglo XIX, normas de procedimiento cuyo contenido se encuentra recogido en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92 de 26 de Noviembre, modificada parcialmente por la Ley 4/1.999 de 13 de Enero.

El procedimiento en materia económico administrativa se codifica con la Ley Camacho de Bases de 31 de Diciembre de 1.881.

La Ley de Azcárate de 19 de Octubre de 1.889 dispuso que cada Ministerio hiciera y publicara un Reglamento de Procedimiento Administrativo, manifestando una especial preocupación por el retraso en la tramitación de los expedientes. Contempla la vía de recurso contra los actos y. me parece de singular importancia destacar las responsabilidades disciplinarias y penales en las que podían incurrir los funcionarios por dilaciones procedimentales o por dictar resoluciones manifiestamente injustas (artículos 12 a 18).

II. El procedimiento administrativo como garantía de los derechos de los ciudadanos y cauce de participación ciudadana

Las pretensiones de los ciudadanos para la satisfacción de sus derechos e intereses se canalizan a través del procedimiento administrativo, en la

[1] DUPUIS, GUÉDON y CHRÉTIEU: *Droit administratif*, 9ª Ed., Dalloz, París, 2004.
[2] FLEINER, F.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la octava edición alemana por S. Alvarez Gendín, Editorial Labor, Barcelona, 1933.

Ley española ya citada y respecto de Panamá, en el Libro Segundo, Del Procedimiento Administrativo General, de la Ley 38/31 de 31 de Julio e 2000. Estatuto Orgánico del Procurador de la Administración.

Tal vertiente se manifiesta, a título ejemplificativo, en la participación a título individual o colectivo en los trámites de información públicos: procedimientos de elaboración de normas, procedimientos urbanísticos y medioambientales, entre otros, en el Derecho español.

III. El Derecho al procedimiento administrativo

Creo que el procedimiento Administrativo, sin apartarse de su concepción tradicional, debe convertirse en un auténtico derecho, para lo cual, y haciendo un análisis con la legislación procedimental panameña, estimo que es preciso señalar la necesidad de corregir los aspectos insatisfactorios, para asegurar a los interesados todas las garantías, así como contemplar una auténtica obligación administrativa de tramitar adecuadamente y resolver los procedimientos[3].

¿Exigen los preceptos de la Constitución española regular el procedimiento administrativo como derecho?

Nuestra Constitución hace referencia al procedimiento en algunos preceptos (105,2 y 149,1,18).

El procedimiento, como hemos señalado, es fundamental para el funcionamiento eficaz de la Administración pero, a nuestro juicio, debe configurarse como un verdadero derecho de los ciudadanos en sus relaciones con el poder público; la cláusula del Estado de Derecho repercute de forma decisiva en el Derecho Administrativo. El principio democrático comporta el reconocimiento integral de los derechos de los ciudadanos. Democracia y procedimiento administrativo se vinculan mediante la idea de legitimidad.

El procedimiento administrativo facilita el control jurisdiccional, porque si no se deja un reflejo (documental) del *iter* seguido por la Administración para formar su voluntad, difícilmente podrá discutirse más tarde el resultado[4].

Por último, nuestra Constitución en su artículo 105,c) preceptúa que la Ley regulará "el procedimiento administrativo garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado", aunque su ubicación sistemática y su contenido,

[3] Sobre estos temas, entre otros: RIVERO YSERN, E. y RIVERO ORTEGA, R.: "El Derecho al procedimiento administrativo", en *Derechos Fundamentales y otros estudios. Homenaje al Profesor Doctor Lorenzo Martín Retortillo*, Volumen II, págs. 555 y sigs.
[4] RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo*. Aranzadi, Cizuy Menor, 2007.

que se limita a la previsión legislativa, no permiten concluir el derecho al procedimiento."

IV. Algunas consideraciones sobre aspectos puntuales del procedimiento administrativo en Panamá y España

Examinaremos ahora, con una personal valoración crítica, algunos aspectos del procedimiento administrativo en vía de petición (no en vía de recurso) poniendo en comparación el Ordenamiento panameño y el español, aspectos que afectan tanto al procedimiento desde la vertiente de la Administración, como del administrado.

A. La imparcialidad

Por lo que respecta a Panamá, el artículo 34 de la Ley 38/31 de Julio de 2000 (es el texto que figura en Internet), Estatuto Orgánico del Procurador de la Administración, preceptúa que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de imparcialidad.

El artículo 103,1 de la Constitución española determina que la Administración actúa con arreglo al principio de objetividad (imparcialidad). En el mismo sentido el artículo 3º,1 de la ya citada Ley 30/92 de 26 de Noviembre.

Para salvaguardar esta imparcialidad de los empleados públicos se consagra en el artículo 35,b) de la Ley 30/92, como derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, el de identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

Tal precepto, en mi opinión, facilita la posibilidad de que los ciudadanos, cuando proceda, puedan recusar a las autoridades y funcionarios.

Esta temática de la abstención y la recusación se regula en el derecho español en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/92, y en el Derecho panameño 118 a 137 de la Ley 38/31 Julio 2000, regulación más profusa que la contenida en nuestra Ley 30/92, lo cual debe alabarse.

En el derecho panameño, la abstención no admitida, es decir, según el artículo 123 de la Ley 38/31 la resolución que califica el impedimento, no es recurrible, pero la parte inconforme con la declaratoria de ilegalidad del impedimento podrá recusar al funcionario que la hizo. Respecto de la recusación, según el artículo 131, en los incidentes de recusación todas las resoluciones serán irrecurribles.

El planteamiento es similar en la Ley 30/92 ya señalada.

En España, según el artículo 28,5 de la Ley 30/92 la no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad y el artículo 29,5 determina que contra las resoluciones adoptadas en materia de recusación no cabrá recurso, sin perjuicio de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.

No me satisfacen las previsiones normativas panameña y española, y ello porque permite que se tramite un procedimiento bajo sospecha de parcialidad.

B. La prueba

La regulación panameña, contemplada en los artículos 138 a 152 de la Ley 38/31 se me antoja más completa y garantizadora que la contemplada en la Ley 30/92, artículos 80 y 81.

C. Las dilaciones en el procedimiento

El derecho al procedimiento debe reforzarse con las responsabilidades directas al instructor.

Los artículos 47 y 49 de la Ley Panameña 38/31, abordan con vigor las responsabilidades por dilaciones en el procedimiento.

El artículo 47, prohíbe establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida ejecución. Siendo tipificada como falta disciplinaria la violación de este precepto, considerándose responsable el Jefe o la Jefa del Despacho respectivo.

Y el artículo 49 preceptúa que es responsabilidad de la Administración y de manera especial del Jefe o la Jefa del Despacho respectivo y del funcionario encargado de la tramitación del proceso, el impulso de éste. Por tanto, ambos funcionarios serán solidariamente responsables de que el proceso se desarrolle conforme a los principios estatuidos en esta Ley y demás normas pertinentes.

Estas y otras mejoras que podrían proponerse tienen como objetivo no solo reconducir las decisiones de los órganos administrativos a la legalidad y lo más oportuno para satisfacer los intereses generales, sino el reconocer el derecho de los administrados a defender sus posiciones frente a la Administración.

IV. El acto administrativo como fin del procedimiento administrativo. Su consideracion como fuente de derechos y obligaciones

El acto administrativo expreso o presunto, pone fin al procedimiento en vía de petición. Tal acto podrá o no ser susceptible de recurso en vía gubernativa, que también podrá terminar con un acto expreso o presunto.

Tanto para el derecho panameño como para el español, y no entrando ahora en consideraciones en torno al silencio positivo o negativo, lo que hay que mantener y reforzar es la obligación de resolver.

En la práctica, con demasiada frecuencia, la Administración no resuelve. El artículo 89,4 de nuestra Ley 30/92 preceptúa que en ningún caso podrá la Administración abstenerse so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso. El artículo 153 de la tantas veces citada Ley indica como forma de poner fin al proceso, la resolución.

Aparece así el acto administrativo, ligado al mismo nacimiento del Derecho Administrativo. La Administración ha de realizar el interés general, ejecutar los servicios en una posición de supremacía que pronto expresará el privilegio del "prealable".

La Ley de 29 de floreal año X, artículo 4, señaló que las decisiones de los Consejos de Prefectura se ejecutarán "sans visa ni mandament des tribunaux". La separación de poderes "a la francesa" se introduce con la conocida Ley 16-24 de Agosto de 1.790, completada con la Ley 16 de fructuoso del año III, prohibiendo a las autoridades judiciales inmiscuirse en los asuntos de la Administración. Tal sustracción de la Administración del control y abuso de los Jueces hunde sus raíces positivas en el Edicto de *Saint Germain* (1.614).

DUCROCQ nos dirá que los actos propiamente dichos, son actos de la "puissance publique", actos imperativos y de autoridad[5].

Este planteamiento se recogió igual en nuestro país. El Poder Judicial no puede anular, reformar o modificar los actos administrativos sino gubernativamente o contenciosamente. Estableciéndose ya en la Real Orden de 9 de Mayo de 1.839 que los jueces no podrán dejar sin efecto los actos administrativos por vía interdictal, salvo determinados supuestos.

Acto administrativo, por tanto, ejecutivo y ejecutorio y que nos interesa desde su perspectiva de resolución recurrible ante la Jurisdicción Contencioso

[5] DUCROCQ: *Cours de droit administratif*, 7ª ed., T. Première, Paris, 1897, pág. 86.

administrativa, tanto en España (Ley 29/98 de 13 de Julio) como en Panamá (Ley 135 de 30 de Abril de 1.943).

Acto administrativo, ejecutivo y ejecutorio en los Ordenamientos europeos, salvo los supuestos de adopción de medidas cautelares en vía de recurso administrativo (o en vía jurisdiccional), (artículos 46 de la Ley 38/31 y 111 de la Ley 30/92). Acto que, además, es el presupuesto para que la Administración pueda iniciar actuaciones materiales de ejecución que limite los derechos de los particulares, tal y como determinan los artículos 93,1 de la Ley 30/92 y 48 de la Ley 36/31.

El acto administrativo genera la relación jurídico administrativa. FLEINER ya indicó que el Estado y los particulares son los sujetos de la relación de Derecho Administrativo.

Para la doctrina española y para la Jurisprudencia, el concepto de acto que nos interesa, es decir desde la perspectiva de su control jurisdiccional, son aquéllas resoluciones o manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas.

Todo acto administrativo encuentra su apoyo en una norma y el contenido del mismo variará según lo previsto en la norma, así como sus efectos. Pero es innegable su efecto negocial; el acto es fuente de derechos y obligaciones, y ese efecto negocial se produce también en virtud de lo previsto en la norma.

El Título XII "Del Glosario" de la Ley Panameña 38/31 de 31 de Julio, es conforme con este carácter negocial del acto administrativo, presupuesto para la constitución de relaciones jurídico administrativas.

El artículo 201,1, de forma concisa, pero con técnica jurídica depurada señala que acto administrativo es "declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa el Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo".

Señalar, finalmente que no debe olvidarse, como ya señaló CICU que era necesario construir la relación de Derecho Público como jurídica, ya que de otra forma no se habría realizado la juridicidad de la relación privada, basada en los conceptos de Ley y Sentencia, propios del Derecho público[6].

[6] CICU: "Problemi Generali del diritto" en *Scritti Minori*, Vol I, T. I, Milano, 1965, pág. 99.

Además, los actos administrativos, en los Ordenamientos europeos, pueden ser: constitutivos de relaciones jurídico privadas, presupuesto para la válida constitución de relaciones jurídico privadas, determinativos del contenido y de los elementos objetivos de las relaciones jurídico privadas y productores de efectos en las mismas.

Como hemos indicado, el acto administrativo es el objeto de una relación jurídico administrativa entre la Administración y los administrados, los actos administrativos producen entre la Administración y los administrados los efectos predeterminados en la declaración de voluntad, efectos que están establecidos en la norma, Y por ello son auténticos negocios jurídicos.

Pero ya GARCIA OVIEDO indicó que no todos los actos suponen negocios jurídicos, como las certificaciones, que son actos administrativos no negociales[7].

Hay también categorías intermedias de actos administrativos, que no son negociales ni simples; son declaraciones de voluntad cuyo contenido se agota en el hecho de su producción, pero en los que la misma manifestación está prevista como constitutiva a los fines de la posible originación de una ulterior relación jurídico administrativa (admisiones, comprobaciones, verificaciones).

[7] GARCIA OVIEDO y MARTINEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, 8ª ed., T. II, 1968, pág. 13.

¿ES EL ACTO ADMINISTRATIVO FUENTE DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Miguel Ángel Sendín García

I. Introducción: la negación del carácter del acto administrativo como fuente del derecho

El título de nuestra aportación a los trabajos del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo es polémico, igual que polémica resulta la rúbrica general seleccionada en la reunión de Salamanca el año pasado para nuestra reunión de Panamá. Por tanto, asumiendo que de vez en cuando no viene mal tratar sobre temas como el presente, que ciertamente ofrece contornos y aproximaciones bien distintas según cual sea la naturaleza del acto y de la norma en los diferentes Ordenamientos de nuestros países, vamos a examinar esta cuestión en el Derecho español. Nuestra conclusión, ya la adelantamos, no puede ser otra, en el marco de la doctrina, de la legislación y la jurisprudencia española, que rechazar la pretensión de otorgar al acto administrativo la condición de ser fuente estricta del Derecho.

Como es bien sabido, el término fuente del Derecho no está dotado de un significado univoco, sino que se puede utilizar con sentidos diferentes[1]. En efecto, en la actualidad, en su sentido más propio, con el término fuentes se designa los modos típicos o categorías a través de los que se manifiesta el Derecho, los modos típicos o categorías en cuya virtud se dota a las normas jurídicas que incorporan de un régimen jurídico determinado[2].

[1] BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coordinador): *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, Tecnos, Madrid, Segunda edición, 2007, pág. 66. ALZAGA VILLAMIL, O., en ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho Político Español* I, Cuarta edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Cuarta edición, 2007, págs. 305 y 306. ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 138-139. ESPÍN, E., en LÓPEZ GUERRA, L. Y OTROS: *Derecho Constitucional*, Vol. I, Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 60.

[2] BALAGUER CALLEJÓN apunta que "podemos entender por "fuentes del Derecho" *las categorías o tipos normativos* por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del Derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento. Así definidas, las fuentes del Derecho constituyen el punto de transición entre la producción y la aplicación del Derecho, la propuesta normativa que los órganos de producción realizan a la sociedad, y especialmente a los órganos de aplicación del Derecho (...). Son igualmente el elemento sintetizador de las normas de contenido material y las normas sobre la producción jurídica, en cuanto incorporan ambos tipos de normas al ordenamiento". En *Manual de...*, pág. 67. En el mismo sentido, ESPÍN señala que "el

Cont.

Esta función, la de determinar el régimen jurídico, no la de identificar su origen, constituye el papel decisivo que juegan las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico actual[3]. Fuentes entre las que se encuentran las normas jurídicas formales, los usos y costumbres, así como la jurisprudencia, los principios generales y, según los casos, la propia doctrina científica. Es decir, tales categorías, en cuanto integrantes del Ordenamiento, del sistema normativo, tienen, según los casos y las circunstancias, valor jurídico, fuerza de obligar, son el Derecho aplicable.

Esta reflexión general sobre el valor y alcance de las fuentes del Derecho nos pone sobre la pista acerca de cuales son las concretas fuentes del Derecho del ordenamiento jurídico. Esta cuestión, para nosotros resuelta desde una concreta manera de entender el Derecho que parte de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, ciertamente no es un asunto carente de importancia, y mucho menos de carácter puramente teórico. Se trata, más bien, de una cuestión práctica de primer orden, por cuanto va a permitir determinar que reglas jurídicas son aplicables y en que medida a un caso concreto[4].

En torno a esta cuestión hay argumentos que parecen avalar la conveniencia de que las fuentes aparezcan reguladas en la Norma fundamental del ordenamiento jurídico[5]. Razones de tradición histórica han llevado, sin embargo, a que en nuestro país dicha cuestión continúe estando recogida en el Código Civil. Esta consideración debe matizarse, pues esa regulación debe hoy en día entenderse a la luz de la más moderna y superior normación contenida en la Constitución.

---

término "fuentes del Derecho" hace referencia a las distintas manifestaciones del Derecho en un ordenamiento dado o, lo que es lo mismo, los distintos elementos que integran un ordenamiento, como leyes, decretos, sentencias, costumbres jurídicas, etc.". *Derecho…*, pág. 60. También en esta línea ALZAGA VILLAAMIL, en *Derecho Político…*, I., pág. 306.

[3] Señala BALAGUER CALLEJÓN que "la fuente es tan sólo una categoría normativa general, indiferenciada, cuya finalidad en nuestro ordenamiento no es tanto la de indicar el origen de la norma, cuanto la de establecer su régimen jurídico (que no siempre depende estrictamente de su origen)". *Manual de…*, pág. 66.

[4] Como apunta ALZAGA VILLAAMIL, "la cuestión trasciende de ser una mera disquisición profesoral, como se percibe fácilmente al ver la directa relación que existe entre la doctrina de las fuentes del Derecho y *la correcta solución de la problemática de la colisión de normas, o incluso de los supuestos de abuso o exceso de poder en que han podido incurrir órganos que se han extralimitado al sobrepasar la órbita de su competencia dispositiva*. El estudio de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se convierte así en prioritario para el jurista práctico, no tanto para hacer su inventario (labor que puede dejar cómodamente en manos de los docentes del Derecho), sino para conocer su orden jerárquico y su esfera competencial, cuestiones vitales cuando a un caso controvertido parecen ser de aplicación diversas reglas jurídicas y es preciso dilucidar cuáles y en qué medida son aplicables, llegado el caso, por el Juez o Tribunal que haya de emitir una sentencia". En *Derecho Político…*, I., pág. 307.

En cualquier caso, al margen de lo que pueda establecer cada Constitución en concreto, la cuestión de las fuentes del Derecho no puede desgajarse, de ningún modo, de la aspiración y constante tendencia y misión del Derecho como expresión concreta del valor justicia, elemento medular de la concepción misma del Estado de Derecho como Estado de justicia que escribiera Klein. Desde este punto de vista, los principios generales del Derecho, aunque no tuvieran la consideración de fuentes en la Constitución o en el Código Civil, no por ello dejarían de tener carácter de criterios que impregnan el sistema normativo en su conjunto. Por una razón: porque los principios, como estudiamos el año pasado en el VII Foro de Valladolid y Salamanca, son el oxígeno, el ambiente que dota de sentido y significado a las normas jurídicas y, por ende, junto al carácter de principios inspiradores del ordenamiento jurídico, también son de aplicación al caso en defecto de norma y costumbre

Aunque la determinación de las fuentes del Derecho es una cuestión siempre polémica y sometida a permanente revisión[6], lo cierto es que en el ordenamiento jurídico español la respuesta a la consideración o no del acto administrativo como fuente del Derecho es un tema cerrado. Cerrado porque se parte de la existencia de una rotunda diferencia de naturaleza entre el reglamento, que innova el ordenamiento jurídico, y es, en consecuencia, susceptible de aplicación indefinida mientras continua en vigor fortaleciéndose cuantas más veces se utiliza. El acto administrativo, como sabemos bien, no innova el ordenamiento jurídico, sino que constituye, y no es poca cosa, una mera aplicación de la norma, agotándose con su aplicación[7].

[5] Apunta ESPÍN que la "determinación de cuáles son las fuentes del Derecho en un ordenamiento y de cual sea la prelación y relación entre ellas es una cuestión esencial en todo sistema jurídico. Por su importancia, es una materia cuyos rasgos esenciales parece que debieran encontrarse, en buena lógica, en la propia Constitución, al ser esta la norma fundamental del ordenamiento en la cual se regula la creación del derecho escrito por parte del Estado". *Derecho...*, pág. 60.

[6] Señalan A. FERNÁNDEZ-GALIANO y B. DE CASTRO CID que "en el ámbito de la identificación de las "fuentes formales" mediante la determinación concreta, existe también una notable dificultad. En efecto, no es fácil determinar cuáles son las formas de manifestación de la normatividad jurídica que han de ser consideradas en cada momento como "fuentes formales" del Derecho más representativas, ya que el dinamismo característico de la organización social implica una gran movilidad histórica de las formas que los sujetos capaces de crear Derecho prefieren emplear para expresar la respectiva normación jurídica. Lo único que puede afirmarse es que las "costumbres", las "leyes", los "estatutos", los "pactos", los "precedentes judiciales", la "doctrina jurídica", los "principios de Derecho", las "sentencias", las "resoluciones"... han sido hasta ahora las formas expresivas utilizadas con más frecuencia y asiduidad por los diversos sujetos sociales con capacidad jurídica creadora. Y puede afirmarse también que, en la actualidad, son las costumbres, las leyes, los precedentes judiciales y, en cierta medida, la doctrina jurídica las "fuentes formales" que acaparan, como tipos más representativos y polémicos, la atención y el interés de los estudiosos. Pero no puede predecirse hasta dónde llegará o cómo avanzará la evolución hacia el futuro". *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Tercera edición, Editorial Universitas, Madrid, 1999, pág. 182.

[7] Señalan E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la "distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico en tanto

Cont.

Así, de este modo, el reglamento es un acto formalmente administrativo, por su procedencia del ejecutivo, pero materialmente normativo, en cuanto genera una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la Administración Pública[8], lo que determina que, aunque los reglamentos sean productos normativos emanados de la propia Administración, son fuente del Derecho y, por lo tanto, vinculan a ésta, en cuanto forman parte del bloque de legalidad al que deben ajustar su actuación[9].

Por todo ello, es precisamente el carácter normativo inherente a la norma, al reglamento administrativo, esa capacidad para incorporarse al ordenamiento jurídico innovándolo, lo que determina sustancialmente el carácter de fuente del Derecho que posee el reglamento desde siempre en el Derecho Administrativo español. *A "contrario sensu"*, si seguimos la misma argumentación, la conclusión es bien clara: el acto administrativo no es fuente del Derecho, porque carece de esa eficacia normativa. Su funcionalidad se reduce, y no es poco, a aplicar el Derecho, a aplicar la norma, el reglamento a la realidad cotidiana.

A pesar de la rotundidad de la afirmación, unánime en la doctrina española, se pueden señalar, no obstante, algunas manifestaciones del acto administrativo que generan un efecto "cuasinormativo" y que podrían esgrimirse, no sin cierta violencia dialéctica, en contra de la postura de general aceptación.

En efecto, analicemos de forma crítica estos elementos, si bien, vaya por delante nuestra firme convicción de que son efectos puramente marginales que no modifican nuestro juicio inicial: el acto administrativo no es fuente del Derecho, sino mera aplicación del ordenamiento jurídico.

que el acto es algo "ordenado", producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto. Como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita soluciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto". *Curso de Derecho Administrativo* I. Thomson/Civitas. Reimpresión de la duodécima edición de 2004 (2005), pág. 187. También partidarios de esta tesis, SERRA ROJAS, A.: *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1988, pág. 231. GONZÁLEZ PÉREZ, J. en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I*, Editorial Civitas, Segunda edición, Madrid, 1999, págs. 1349-1350. MARTÍN REBOLLO, L.: "Disposiciones administrativas y actos administrativos", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 158. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 185. VILLAR PALASÍ, J. L.; y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho administrativo I*, Universidad de Madrid, Madrid, 1982, págs. 235-236.

[8] SERRA ROJAS: *Derecho...*, pág. 233. BAEZ MARTÍNEZ, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Trillas, México, 1997, pág. 17.

[9] CASSAGNE, J. C: "El Derecho administrativo argentino", en *El Derecho administrativo Iberoamericano*, Director: S. González-Varas Ibáñez, Granada, España, 2005, pág. 29.

II. El precedente administrativo

El precedente administrativo puede considerarse, de manera esquemática, como la forma reiterada en que la Administración pública aplica una norma a la realidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de aclarar, como veremos, que el precedente administrativo no es fuente del Derecho, no es equiparable a la costumbre y no dispone de carácter normativo. Más bien, el precedente administrativo vincula a la propia Administración pública en caso de existir dudas o lagunas en la aplicación de la norma. Su funcionalidad se centra en las actuaciones administrativas de carácter discrecional.

Como es sabido, el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones y del procedimiento administrativo común reclama a la Administración que motive sus resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de los órganos consultivos.

Con carácter general, se puede entender por precedente administrativo la doctrina subyacente a las decisiones administrativas[10] que justifica la misma práctica para supuestos de hecho y de derecho idénticos.

[10] En tal sentido señala R. PARADA VÁZQUEZ que constituye precedente administrativo "la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución". *Derecho administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Marcial Pons, 2004. pág. 74. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., que se "entiende por uso o práctica administrativa la reiteración de las conductas y comportamientos por parte de los órganos administrativos. El precedente administrativo es algo más, es la norma inducida de varias decisiones de la Administración en el ejercicio de actividades discrecionales y vinculantes, por tanto, ante supuestos idénticos o, lo que es lo mismo, el criterio decisorio aplicado reiteradamente por un órgano administrativo". *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Decimoséptima edición, Tecnos, Madrid, Decimosétima edición, 2006, pág. 171. Por su parte, E. GAMERO CASADO y S. FERNÁNDEZ RAMOS definen el precedente administrativo como "la reiteración por parte de la Administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos". *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Quinta edición, Madrid, Quinta edición, 2008, pág. 125. M. SÁNCHEZ MORÓN lo define como "la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma Administración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara". *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Segunda edición, Madrid, 2006, pág. 131. Para L. PAREJO ALFONSO es la "práctica (actos sucesivos, reiterados en un mismo sentido) observada por la Administración pública". *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, Segunda edición, 2008, pág. 108. L. COSCULLUELA MONTANER considera que el precedente administrativo "puede definirse como la forma reiterada de aplicar una norma por la Administración". *Manual de Derecho Administrativo*, Décima edición, Civitas, Madrid, 1999, pág. 132. Para J. BERMEJO VERA como "precedente administrativo" se suelen considerar las prácticas y las decisiones reiteradas de las Administraciones Públicas en la interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico-administrativo". *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Thomson/Civitas, Octava edición, Pamplona, 2008, pág. 116.

En este sentido, forzando los argumentos podría llegar a sostenerse, si se sigue una posición del precedente maximalista, que en estos casos estaríamos en presencia de una eventual calificación del acto administrativo como fuente del Derecho. Sin embargo, como ya adelantamos, no es ésta nuestra opinión. Parece, no obstante, necesario fundar esta descalificación en argumentos, no en simples juicios apriorísticos. Para ello, trataremos dos cuestiones: en primer lugar, la posible consideración del precedente administrativo como costumbre, y, por ende, como fuente subsidiaría del Derecho por estipulación expresa del artículo 1.1 y 1.3 del Código Civil[11]. Y, en segundo término, podría argumentarse que la capacidad de pervivencia del precedente a la aplicación del acto que lo contiene origina una línea de doctrina que se aplica reiteradamente a los supuestos sustancialmente idénticos, lo que permite atribuir al acto un cierto efecto normativo, que podría sustentar una eventual consideración del acto como fuente del Derecho.

Prueba de que estas manifestaciones aproximan al precedente en alguna medida a las normas propiamente dichas es que un sector de la doctrina haya subrayado la especial relevancia que reviste para los administrados, lo que aconseja que se someta su creación a un régimen que garantice su publicidad[12].

Pues bien, no es muy complicado negar el carácter de costumbre del precedente[13]. Por un lado, a diferencia de ésta, no exige un determinado nivel de reiteración, sino que existe con un mero acto aislado. Por otro, porque el precedente administrativo es fruto de la simple acción de la Administración, sin participación de la comunidad[14], faltando, en consecuencia, la aceptación de esa conducta como norma por la conciencia colectiva ("*opinio iuris*")[15].

[11] Como es sabido, el artículo 1.1 del Código Civil establece que las "fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho". A lo que añade el artículo 1.3 que la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada". Así como que los "usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre".

[12] Señala PÉREZ ROYO que la doctrina administrativa "vincula sólo a la Administración, no a los órganos judiciales, ni a los interesados. Pero, mientras que los primeros pueden desinteresarse de las opiniones expresadas por los órganos de la Administración con capacidad de crear doctrina, no sucede lo mismo obviamente con los interesados, que saben con quién se juegan los cuartos y estimarán de utilidad conocer su pensamiento acerca de cómo interpreta las reglas del juego. Por eso, aunque la doctrina administrativa no tenga, desde luego, carácter de fuente del Derecho, la exigencia de la seguridad jurídica, obliga a que esa doctrina administrativa se cree con unas condiciones de publicidad que la aproximan a la de las fuentes del Derecho". *Derecho Financiero…*, pág. 109.

[13] COSCULLUELA MONTANER: *Manual de…*, pág. 132.

[14] Señala PARADA VÁZQUEZ que "las prácticas y los precedentes se distinguen de la costumbre en que: a) se trata de reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta es aquí irrelevante; b) la práctica o el precedente no tienen

Cont.

Además, hay que tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se reconoce la costumbre "*extra legem*", no la costumbre "*secundum legem*". Es decir, existiendo norma no cabe considerar obligatoria la forma de entender esa norma por parte de un sujeto, la Administración, sino que deberá de aplicarse siempre en sus propios términos[16]. En ausencia de norma, sin embargo, debe entenderse que la Administración pública dispone de un margen de discrecionalidad que puede aconsejar o no, siempre sobre razones y argumentos lógicos, su vinculación a la conducta o actuación administrativa anterior[17]. Todo ello, como es obvio, sin perjuicio de la prohibición de de actuaciones arbitrarias o discriminatorias tal y como establece el principio de proscripción de la arbitrariedad del artículo 9 de la Constitución española de 1978. Es decir, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 54 1.c) de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPAC), la Administración pública puede separarse del precedente siempre que lo argumente, motive o razone convenientemente.

Se ha señalado también como criterio de distinción que el precedente es siempre una "disposición" escrita, mientras que la costumbre es una norma no escrita[18]. Este criterio, sin embargo no parece definitivo, pues el precedente surge, a nuestro juicio, de la simple toma de una decisión por parte de la

por qué estar avalados como la costumbre por un cierto grado de reiteración o antigüedad, bastando (...) un solo comportamiento en el caso del precedente". *Derecho...*, pág. 74. Línea doctrinal que fue ya defendida por ORTÍZ DÍAZ, J.: "El precedente administrativo", en *Revista de Administración Pública 24* (1977), págs. 76-78. En el mismo sentido, GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS: *Manual Básico de...*, pág.125. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General* I, Iustel, Primera edición, Madrid, 2004, pág. 151.

[15] GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS: *Manual Básico de...*, pág. 125. Como señala R. ENTRENA CUESTA, la "experiencia enseña que en la mayoría de los supuestos de prácticas administrativas no se dan los requisitos que normalmente se exigen para que la costumbre pueda ser considerada fuente del Derecho. No ya por ausencia del elemento material u objetivo –el uso seguido de manera uniforme, duradera y constante–, sino principalmente porque este uso no suele ser la expresión de una convicción jurídica –"*opinio iuris*"–, sino de la tolerancia –en las prácticas "*contra legem*"– o la inercia –en las prácticas "*praeter legem*"– de la Administración". *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I/1, Duodécima edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 136.

[16] ORTÍZ DÍAZ: *El precedente...*, págs. 84-86. Apuntan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "nuestro Derecho sólo admite la costumbre *extra legem*, no la *secundum legem*. Cuando existe una ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que pasar por la versión que de la misma da uno de esos sujetos, la Administración". *Curso de Derecho administrativo* I, Civitas, Sexta edición, Madrid, 1993, pág. 69.

17 Señala ENTRENA CUESTA que "la práctica administrativa *praeter legem*, que es la única que nos interesa considerar, puesto que la contraria o conforme a la ley es evidente que no podrá reputarse generadora de normas, sólo puede darse, por su propia esencia, a falta de ley. Ahora bien, al no existir una ley que regule la actividad de la Administración, ésta dispondrá de facultades discrecionales, por lo que en cada momento, independientemente de cómo se comportase con anterioridad, podrá actuar de la forma que juzgue más conveniente para satisfacer el interés público". *Manual de...*, pág. 135.

[18] ORTÍZ DÍAZ: *El precedente...*, págs. 77-78.

Administración, no de su constancia por escrito. Debe destacarse al respecto, que la LRJAPPC no exige la escritura como elemento consustancial al acto administrativo, aunque lo normal, ciertamente, es la forma escrita. En efecto, es posible, aunque no muy frecuente, que se dicten actos administrativos de forma verbal, e incluso a través de otras formas de manifestación (visual, sonora, etc.) (artículo 55.1 LRJAPPC[19]). Por ello, no se nos ocurre razón alguna para considerar que dichos actos no deben ser considerados precedente administrativo.

En cualquier caso, es evidente que el precedente no constituye costumbre en el sentido del artículo 1 del Código Civil por lo que, en consecuencia, dicho precepto no lo convierte en fuente del ordenamiento jurídico español.

Por si fuera poco, el Tribunal Supremo ha sido constante en su consideración negativa hacia el precedente como fuente del Derecho salvo que haya sido sancionado por resolución judicial. Así, una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993 señala, en relación con la pretendida fuerza vinculante de un precedente, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las sentencia de 4 de noviembre de 1987, que "el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la resolución judicial".

El Tribunal Supremo, a través de una línea constante, sentencias de 12 de febrero de 1979, de 13 de marzo de 1980, de 18 de noviembre de 1982, de 2 de octubre de 1986 o de 18 de febrero de 1987, ha entendido que "el precedente administrativo, que no es equiparable a la costumbre, y no es fuente del ordenamiento jurídico, sólo puede vincular a la Administración en su actividad discrecional, pero no en la reglada". El precedente administrativo, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 1984, carece en nuestro ordenamiento de valor normativo. Además, los precedentes "extra legem" y en todo caso los "contra legem", dice esta misma resolución judicial, no vinculan ni a la Administración pública ni a los Tribunales.

Entrando en la segunda cuestión, debemos comenzar respondiendo una cuestión previa, la de si cabe equiparar el precedente administrativo a la jurisprudencia. En este sentido, resulta evidente la similitud de la cuestión que nos ocupa, la posibilidad de que un acto administrativo adquiera un cierto carácter normativo por la eventual vinculación que podría generar en actuaciones posteriores, con el tópico ya clásico en la ciencia jurídica de si la jurisprudencia puede ser considerada o no como fuente del Derecho.

[19] Este precepto establece que los "actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia".

Como es sabido, nuestro Código Civil ha asumido una posición ambigua al respecto, al afirmar en su artículo 1.6 que la "jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho". El autor del Código sitúa a la jurisprudencia en un lugar muy próximo a las fuentes del Derecho, pero sin incluirla entre ellas. Ello ha dado lugar, aunque no falten voces discordantes[20], a que la doctrina mayoritariamente niegue a esta figura la consideración de auténtica fuente del Derecho, aunque afirme que en la práctica asume un valor que la aproxima bastante a ellas, considerando que en la realidad puede tener esta calificación.

Desde esta perspectiva se nos plantea de forma inmediata la cuestión de determinar si cabe o no equiparar el precedente administrativo a la jurisprudencia en orden a una eventual consideración del mismo como fuente del Derecho. Si dicha equiparación fuera posible, no tendría mayor sentido seguir insistiendo en el tema, pues habría que aplicar simplemente al precedente administrativo la más que consolidada y tratada doctrina que se ha fijado en torno a la jurisprudencia[21].

La clave, sin embargo, se encuentra en subrayar, hay abundante doctrina al respecto, las profundas diferencias que existen entre jurisprudencia y precedente administrativo[22]. Esta afirmación se puede apoyar en diferentes

[20] Aunque reconociendo que el legislador no ha reconocido a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ y A. PEDREIRA ANDRADE señalan críticamente que "la actividad creadora del Juez no depende de reconocimientos doctrinales, ni siquiera de consagraciones normativas expresas, sino de lo que sucede en la realidad. Tampoco resulta admisible pretender arrancar de un concepto estricto de norma, en el que se exige como requisito indispensable la generalidad (lo que además la realidad jurídica, en ocasiones, revela como inexacto). El Juez crea Derecho independientemente de la clasificación que se elabore de las fuentes jurídicas. Esto no sólo sucede en el Derecho angloamericano, sino que ha venido sucediendo desde el Derecho romano, en el que la función del pretor fue esencialmente creadora "plegando los principios a la vida y no a la vida a los principios jurídicos" (IHERING) realizando como enseñó SAVIGNY un labor de creación y formación de Derecho, no meramente interpretativa". *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial* I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 219.

[21] En tal sentido L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN señalan que la jurisprudencia "no es una propia fuente del Derecho. Las fuentes del Derecho son las que la jurisprudencia interpreta y aplica". Si bien destacan "el valor que *de facto* poseen los criterios del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de las normas, cuyo conocimiento es indispensable por el jurista". *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I/1, Tecnos, Segunda edición, Madrid, 1998, pág. 90.

[22] "En atención, pues, a un criterio formal u orgánico, el ámbito del precedente queda circunscrito a las resoluciones de la Administración activa, y el de la jurisprudencia a los fallos de los tribunales en materias contencioso-administrativas. (...) La llamada por algunos autores jurisprudencia gubernativa o administrativa para diferenciarla de la contenciosa, no es propiamente jurisprudencia. Aparte de la razón subjetiva, porque materialmente la función que la Administración realiza en la actividad que crea dicha jurisprudencia (resolución de recursos

Cont.

consideraciones. En este sentido, resulta sencillo certificar la muy distinta posición en que se encuentran los órganos judiciales, dotados de auténtica independencia, respecto a los órganos administrativos, inscritos en una organización jerárquicamente organizada.

Sin embargo, en nuestra opinión, el aspecto decisivo es el de la notable diferencia que existe entre el recurso contencioso-administrativo, a través del que se lleva a cabo un proceso de revisión de la legalidad de las decisiones administrativas, dotado de todas las garantías, respecto a los procedimientos administrativos de los que surgen los precedentes, que por más que hayan tendido durante los últimos años a judicializarse, no son en puridad instrumentos de mera aplicación de la legalidad, sino también, y quizás sobre todo, vías de gestión de los intereses públicos, en los que entran en juego consideraciones de diverso orden, de legalidad por supuesto, pero también políticas y de pura oportunidad.

Desde esta perspectiva resulta evidente que no cabe trasladar el régimen de la jurisprudencia en cuanto fuente del Derecho al precedente administrativo, que debe ser objeto de un tratamiento específico, en el que se debe determinar si genera un grado de vinculación suficiente en las actuaciones posteriores, como para entenderlo dotado de una cierta fuerza normativa.

Adentrémonos en esta cuestión, que es probablemente el nudo gordiano del debate. Para ello, es menester advertir que la doctrina, y la jurisprudencia, como ya hemos adelantado, ha venido negando mayoritariamente el carácter de fuente del Derecho al precedente administrativo[23]. Sólo excepcionalmente se pueden encontrar algunos pronunciamientos que consideran que dicha solución no es tan evidente[24].

---

en vía administrativa), consiste principalmente en la revisión de la actividad administrativa, sin la existencia de un auténtico pleito o litigio, nota característica de la fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa.
Los fallos integradores de la jurisprudencia administrativa, propiamente dicha, van a tener además la característica de los efectos de cosa juzgada, de la que carecen las resoluciones que constituyen la denominada jurisprudencia gubernativa".

[23] Señalan MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO que ni el uso ni el precedente administrativo "constituyen fuente del Derecho Financiero. Respecto del uso o práctica no existe ninguna duda por su carácter interno que no llega a trascender en las relaciones entre la Administración financiera y los ciudadanos. Por lo que se refiere al precedente es necesario decir lo mismo; en ningún caso puede ser utilizado como generador de derechos individuales". *Curso de...*, pág. 171. También niega el carácter de fuente del Derecho al precedente administrativo. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General,* Decimoctava edición, Thomson/Civitas, Pamplona, 2008, pág. 109. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS: *Manual Básico de...*, pág. 125. BERMEJO VERA: *Derecho...*, pág. 396.

[24] CAZORLA PRIETO, L. M.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General,* Thomson/Aranzadi, Séptima edición, Navarra, 2006, págs. 152-153.

No es extraño, por ello, que esta posición haya sido la seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, que se ha mostrado reacia, como ya sabemos, a considerar el precedente administrativo como fuente del Derecho. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar que:

> No es válido el pretender apoyarse, en defensa de la permanencia del muro en cuestión, en la existencia de obras similares en la misma zona: 1.º) porque el muro más inmediato al litigioso, según se especifica en el repetido informe oficial de 10 de julio de 1985, no incurre en la invasión de término de dominio público, que es lo que sucede con el que nos ocupa en este proceso; 2.º) porque aun en el supuesto de que en otros casos se hayan tolerado obras semejantes a la de autos, ello no debe convertirse en fuente de legalización en el caso que nos ocupa, conforme a una constante doctrina jurisprudencial resueltamente contraria a convertir al precedente en fuente de derecho en el derecho administrativo[25].

El criterio parece razonable, en cuanto que, de seguirse la posición contraria, se estaría dando valor de norma a la simple "praxis" administrativa, dificultando, además, la adaptación de la actuación administrativa a las nuevas necesidades que pueda imponer la realidad[26].

Conviene, no obstante, insistir un poco más en la argumentación examinando el grado de vinculación que puede generar el precedente. Debemos comenzar señalando que la conducta de la Administración no puede obligar al poder judicial[27]. El tema se centra, entonces, en una posible vinculación de la Administración a sus precedentes. Cuestión a la que se debe responder de nuevo de forma negativa, pues el precedente también carece de fuerza obligatoria para la Administración, que podrá apartarse de él. Solución hoy en día incuestionable, en cuanto la afirma, como ya hemos advertido, el artículo 54.1.c LRJAPPC a "*sensu contrario*"[28], siendo, además, refrendada por el Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de afirmar que:

[25] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1989. RJ 1989-9836. FJ. 3. En el mismo sentido, se ha señalado que "ni aun tomando dichos casos como precedente, estarían en el presente a modo de instrumento de decisión para declarar que la solución recurrida se aparta del Derecho, porque cuando sucede que en lo que vez se aparte sea en las clasificaciones dadas a otros terrenos, no sólo no afecta el principio de igualdad –únicamente operativo en la legalidad– sino tampoco se puede hacer entrar en juego el precedente porque en Derecho Administrativo no es fuente del derecho, según ha reiterado constante jurisprudencia". Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1995. RJ 1995-6178. FJ. 2 de la sentencia apelada.

[26] Señala SÁNCHEZ MORÓN que el "precedente administrativo no tiene valor normativo por sí mismo, pues si lo tuviera la simple rutina administrativa podría consolidarse como norma, impidiendo o dificultando las variaciones de criterio que muchas veces son necesarias para adaptarse a las circunstancias cambiantes". *Derecho…*, pág. 131.

[27] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de…*, I, pág. 69.

[28] La misma opinión PARADA VÁZQUEZ, que pone de manifiesto que del artículo 54.1.c LRAJPPC "se deduce que la Administración puede desvincularse de su práctica anterior o precedente al resolver un nuevo y análogo asunto con sólo cumplir la carga de la motivación". *Derecho…*, pág. 74.

> La vinculación de la administración a sus procedentes, regla en la que se traduce, en ese plano o nivel, la norma de la igualdad en la aplicación de la ley, no puede significar nunca que le quede vedado a los órganos de la Administración del Estado la búsqueda de una interpretación de las normas más ajustadas al ordenamiento en general[29].

Debe matizarse, no obstante, que la no consideración del precedente como fuente del Derecho no supone, sin embargo, que carezca de valor jurídico[30]. Efectivamente, el artículo 54.1.c) LRJAPPC impone un deber de motivación a la Administración de las decisiones que se aparten del precedente, al establecer que serán

> motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
> ...
> c). Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes...

De esta forma, la Administración puede apartarse del precedente, pero argumentando, razonando, fundando los motivos de esa decisión, lo que facilita controlar si ésta está objetivamente justificada. Esta obligación se debe entender exigible no sólo respecto a las resoluciones, sino también respecto a los actos de trámite[31].

La jurisprudencia ha limitado la obligación de motivar a los supuestos en que se ejerciten potestades discrecionales, no considerándola necesaria, por tanto, en los supuestos en que se ejercitan potestades regladas, como ya hemos adelantado. El Tribunal Supremo ha señalado al respecto la siguiente doctrina:

> La representación procesal de los recurrentes no aporta ningún acto dictado con anterioridad por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial que permita afirmar que el acto impugnado se aparta del criterio seguido en actuaciones precedentes. A mayor abundamiento, aunque lo hubieran aportado, y, efectivamente se hubiera apartado del criterio de un acto anterior, tampoco sería precisa una motivación para justificar tal apartamiento, pues ello sólo es preciso cuando se trata de actos discrecionales, ya que los actos reglados, como es el acuerdo impugnado, han de someterse en todo caso a las normas que habilitan su producción. Dentro de la actividad reglada de la Administración no entra en juego el precedente administrativo, cuyo campo de acción está limitado a la actividad discrecional. Si la Administración dicta en el ejercicio de su actividad reglada un acto contrario al ordenamiento jurídico, el mismo no la vincula para seguir dictando actos ilegales. Ni los administrados podrían invocar

[29] Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1982, de 14 de julio. FJ. 3.
[30] SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho...*, pág. 131.
[31] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 218.

> a tal fin el artículo 14 de la Constitución, pues sólo cabe la igualdad dentro de la legalidad. La necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales que se separen del criterio seguido anteriormente tiene su fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos. La necesidad de que los actos administrativos reglados se sujeten a sus normas habilitantes viene impuesto por el propio artículo 9 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad[32].

Dicha posición ha sido criticada por la doctrina, en nuestra opinión de manera acertada, alegando la literalidad del precepto y la necesidad de que el administrado conozca las razones del actuar de la Administración a fin de controlar su legalidad[33], sea el acto reglado o sea discrecional. Probablemente, el grado y la intensidad de la motivación sean mayores cuando nos encontremos con ejercicio de potestad discrecional que cuando estemos en presencia de actos reglados, como fácilmente puede colegirse.

Por lo demás, para que se entienda satisfecho este requisito de motivación es preciso que la Administración aporte una justificación objetiva y razonable. Así lo ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha señalado que:

> La variación respecto a la interpretación de las normas es naturalmente admisible, pues otra cosa supondría vincular rígidamente a los órganos administrativos a lo ya decidido con anterioridad, pero cuando este cambio de criterio se refiere a una misma persona, a quien se ha concedido y mantenido durante siete años en la titularidad de una licencia de armas, sin que hayan variado las circunstancias que dieron lugar a expedir dicha autorización, debemos exigir, como lo ha realizado la Sala de primera instancia, que tal modificación de criterio se funde en una justificación objetiva y razonable, expuesta en las resoluciones dictadas al efecto, como por otra parte demanda el ya citado artículo 43.1, c) de la Ley de Procedimiento Administrativo[34].

[32] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1995. RJ 1995-5815. FJ. 9.

[33] Señala J. M. AYALA MUÑOZ lo siguiente: "Disentimos (...) de tal interpretación, y entendemos que los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes deben ser motivados tanto si son reglados como si son discrecionales. Ello por cuanto así se deduce del tenor del art. 54 LRJPAC, que se refiere a los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes en el apartado ahora examinado y a los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales en otro apartado, el f), Pero, además, porque aunque la notificación cobre especial importancia en el caso de actos discrecionales, y ello determine que se contemplen expresamente en el apartado f), también es importante en el caso de los actos reglados cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos o cuando, como se contempla ahora, se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes. Pues, ciertamente (...) el principio de igualdad no determinará la vinculación de la Administración al precedente cuando se trate de actos reglados, pero ello no contradice que cuando la Administración cambie de criterio deba motivar su actuación, aún reglada, de tal manera que el interesado pueda mejor conocer el contenido del acto y, en su caso, discutir su legalidad". En AYALA MUÑOZ, J. M. Y OTROS: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Tercera edición, Pamplona, 2004, pág. 369.

[34] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1996. RJ. 1996-307. FJ. 3.

La exigencia de motivación no se cumple con la simple inclusión de una fórmula que no deje acreditados los motivos justificados que motivaron el cambio de criterio. Es menester una tarea de explicación o razonamiento de los motivos sobre los que descansa el acto administrativo. En tal sentido, señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

> Este precepto exige la motivación expresa cuando la Administración se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes, pero no puede entenderse que el precepto se cumpla en debida forma porque la Administración haga una afirmación cualquiera, siendo obvio que la separación del criterio anterior debe fundarse en datos de hecho sólidamente acreditados en el expediente administrativo. En caso contrario, como afirma el juzgador de instancia, se produce una grave quiebra de la seguridad jurídica[35].

Una parte de la doctrina otorga a esta obligación el valor de un requisito de fondo, de tal forma que, en caso de faltar una motivación adecuada, el acto queda viciado por vulnerar los principios de igualdad y de seguridad jurídica[36]. Otro sector doctrinal considera que se trata de un simple requisito de forma. La obligación de la motivación en estos casos se circunscribe, desde un punto de vista material, tan sólo al respecto de un conjunto de principios básicos como son el de seguridad jurídica, igualdad, interdicción de la arbitrariedad u objetividad de las actuaciones administrativas[37].

Esta exigencia de motivación deriva del principio de contradicción y del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el administrado sólo podrá defender su posición ante la Administración debidamente si conoce las razones sobre las que la Administración ha fundado su decisión. Al mismo tiempo, la obligación de motivación en estos supuestos es una clara consecuencia del principio de legalidad, al facilitar notablemente el control judicial por parte

[35] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998. RJ 1998-7651. FJ. 3.

[36] En tal sentido PARADA VÁZQUEZ, que señala que esta carga de motivación "no es simplemente formal, sino que implica la exposición de razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de conducta; de lo contrario, la Administración estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de los administrados, fundamento último de lo que de obligatorio y vinculante puede haber en los precedentes y prácticas administrativas". *Derecho…*, pág. 74.

[37] Esa es la opinión de GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, que entienden que "existen dos tipos de límites para la Administración: desde un punto de vista formal, la LRJPAC –art. 54.1.c– obliga a la Administración a motivar las resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, de modo que la Administración debe exponer las razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de criterio operado; y desde un punto de vista material, la Administración no puede eludir determinados principios generales del Derecho constitucionalidados, como son los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 CE–, igualdad en la aplicación de la Ley –artículo 14 CE– y objetividad de la actuación administrativa –artículo 103.1 CE–, principios éstos que reclaman un mismo tratamiento ante casos o situaciones iguales, vedando, pues, la discriminación de trato en los casos que concurran las mismas circunstancias". *Manual Básico…*, pág. 126.

de la Administración. En tal sentido, señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

> Sólo de esta manera el ciudadano afectado podrá combatir la motivación que constituye la base del cambio de interpretación de la norma efectuado por la Administración y, a su vez, los órganos jurisdiccionales tendrán los datos que les permitirán resolver sobre la materia, ejercitando las facultades de control de los actos administrativos[38].

El precedente si puede servir, sin embargo, para poner de manifiesto una actuación discriminatoria o arbitraria por parte de la Administración[39]. Obviamente, la invalidez del acto no provendría nunca del incumplimiento del precedente, sino de la vulneración del principio de igualdad o del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos[40].

Es doctrina asentada, sin embargo, que el precedente ilegal no puede servir como base para aducir una discriminación, en cuanto se estaría legitimando de este modo un nuevo incumplimiento de la legalidad[41]. Tesis que ha sido refrendada por la jurisprudencia, al entender que:

> La alegación actora relativa a que otros muchos centros educativos incurrieron en esta misma conducta sin que hayan resultado sancionados, no parece de recibo toda vez que no cabe invocar el principio de igualdad respecto de situaciones ilegales aún cuando, por los motivos que sean, no hayan sido perseguidas, ya que un precedente ilegal no puede servir nunca de base para legitimar nuevas conductas infractoras[42].

---

[38] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1996. RJ 1996-307. FJ. 3.

[39] Apuntan MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO que "el precedente juega un papel relevante a la hora de articular la defensa del particular frente a las posibles quiebras de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de los ciudadanos ante la Ley, cuya invocación puede ponerse de relieve para combatir un arbitrario cambio de conducta o de criterio por parte de la Administración". *Curso de...*, pág. 171. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...*, I, pág. 69.CAZORLA PRIETO: *Derecho Financiero...*, págs. 152-153. PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho...*, pág. 108.

[40] Como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, este "juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (artículo 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: artículos 7 CC y 9.3 de la Constitución)". *Curso de...*, I, pág. 69. En el mismo sentido, COSCULLUELA MONTANER: *Manual de...*, pág. 132.

[41] Señala SÁNCHEZ MORÓN que "no puede invocarse un precedente *contra legem*, puesto que el principio de igualdad jurídica sólo tiene valor y eficacia dentro de la legalidad y no como excusa para infringirla". *Derecho...*, pág. 131. En el mismo sentido, COSCULLUELA MONTANER: *Manual de...*, pág. 132. PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho...*, pág. 108.

[42] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008. Nº de recurso 79/2006. FJ. 1. En el mismo sentido, STS de 26 de octubre de 1995. RJ 1995-5815. FJ. 9.

Tampoco puede esta eficacia del precedente evitar un posible cambio de criterio en la interpretación y aplicación de las normas. Más bien, de lo que se trata es de evitar una discriminación singular, esto es, dar a un caso concreto y específico una solución diferente a la habitual sin que existan razones objetivas que lo justifiquen. Nada impide, no obstante, que la Administración por motivos razonados fije una nueva doctrina que se va a aplicar en lo sucesivo a todos los supuestos similares[43].

Debe tenerse igualmente presente, como ya comentamos anteriormente, que el precedente no sancionado por una resolución judicial no puede servir de fundamento para realizar un juicio de igualdad en aplicación de la ley ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha fijado al respecto la doctrina siguiente:

> La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, con mención específica, a lo declarado en relación con el eventual desconocimiento por la Administración de sus propios precedentes. En efecto, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley [por todas, STC 49/1982 y STC 175/1987. Por esta razón, en la antes citada STC 50/1986 (fundamento jurídico 3.º) se declaró que «sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la doctrina del precedente administrativo –esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos– no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley. Como es evidente, la Ley puede imponer a la Administración una actuación necesaria cuando se dan determinadas circunstancias (y, en este caso, cuando en igualdad de circunstancias se producen actuaciones distintas serán inválidas las ilegales, pero en ningún caso podrá establecerse una comparación entre ellas y las legales para argüir sobre la igualdad), o bien puede dejar un margen más o menos amplio de decisión para determinar los elementos fácticos relevantes en función de los cuales situaciones semejantes han de ser consideradas iguales o desiguales desde el punto de vista de la actuación administrativa. En este segundo supuesto, que es quizás el más común y casi obligado cuando se trata, como aquí es el caso, de decisiones de la Administración sobre su propia organización, la capacidad de autoorganización administrativa en el marco de la Ley excluye toda posibilidad de que la simple diferencia entre dos actos pueda considerarse lesiva del principio de igualdad[44].

[43] Apunta al respecto COSCULLUELA MONTANER que "lo que se trata de impedir es la discriminación singular en un caso concreto, no el cambio de criterios dentro de las varias soluciones válidas que la norma a aplicar permita". *Manual de...*, pág. 132. En el mismo sentido, SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de...*, I, págs. 158-159.

[44] Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1995, de 20 de noviembre. FJ. 3.

Como es sabido, no existe uniformidad acerca de la incidencia del precedente administrativo en la doctrina de los actos propios. Hay, por un lado, quien ha considerado que la doctrina de los actos propios juega en el ámbito del Derecho administrativo de igual manera que en el Derecho privado, generando para la Administración una vinculación unilateral a sus precedentes[45].

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales han negado, sin embargo, dicha tesis, apuntando que en el ámbito del Derecho administrativo la doctrina de los actos propios juega de forma muy limitada, sin ir más allá de esta exigencia de motivación a la que ya nos hemos referido. Más concretamente se ha sentado la siguiente doctrina:

> El motivo debe ser desestimado con la misma concisión, toda vez que, obviando incluso el citado defecto de procedimiento, no existe vulneración alguna de esta doctrina, por el simple hecho de que la Administración continúe abonando la prestación hasta tres meses después de que la actora hubiera comunicado la circunstancia motivadora de la extinción de la prestación, ni, además, la doctrina de los actos propios es, en general, aplicable a la actuación de las Administraciones Públicas, a salvo de la llamada regla del precedente de los arts. 3.1, 2 párrafo y 54.1.c de la Ley 30/92, que tiene un régimen muy restrictivo (mucho más que el acto propio en el ámbito iusprivatista) que, además, sólo requiere una simple motivación (art. 54.1.c Ley 30/92 ya citada) para que la Administración se vea liberada de la atadura que le puede imponer el precedente[46].

En nuestra opinión, esta contradicción debe superarse matizando la incidencia del precedente administrativo en la doctrina de los actos propios. Acierta, entendemos, la doctrina que apunta que la doctrina de los actos propios implica la imposibilidad de hacer valer un derecho en contradicción con el propio comportamiento anterior interpretado a la luz de la ley, la costumbre o la buena fe. Debe existir para que se aplique esta regla una íntima relación de causa a efecto entre lo previamente actuado y lo que luego se realiza. Sin embargo, el precedente administrativo no tiene porque estar en esa íntima relación de conexión[47].

---

[45] En tal sentido PAREJO ALFONSO, que señala que el precedente administrativo "produce el efecto de todos los actos propios: la vinculación unilateral a los mismos, que puede ser invocada, desde luego, por el tercero". *Lecciones de Derecho...*, pág. 108.

[46] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, núm. 191/2006, de 10 de marco. AS. 2006/1669. FJ. 5.

[47] Señala ORTIZ DÍAZ que el "principio mencionado "venire contra factum propium non valet", o "nemo pro iure contra factum propium", significa, como dice ENNECCERUS, que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, y justifica la conclusión de que no se hará valer, el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque, contra la ley, las buenas costumbres o la

Cont.

De esta forma, la existencia de precedente administrativo no implica necesariamente la aplicación de la doctrina de los actos propios pues ésta no es más que una mera consecuencia de este principio, no atribuible a la vinculación generada por el precedente administrativo.

En esta materia es pertinente poner en relación la vinculación al precedente con el denominado principio de confianza legítima[48], al que hace referencia el artículo 3.1 LRJAPPC, al afirmar que las Administraciones públicas "deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

El principio de seguridad jurídica exige que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Una derivación necesaria de esta doctrina en el campo del Derecho administrativo, corolario del principio de la buena fe, es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001 estableció que "el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta (...) el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones"[49]. Es decir, la racionalidad, la congruencia y la objetividad, otros tantos principios generales

buena fe. Mas para la debida aplicación del mismo, es necesario, como señala la jurisprudencia, que exista demostrada una íntima relación de causa a efecto, entre el acto efectuado y el que posteriormente se realiza o con las consecuencias de aquél, con pleno conocimiento consentidas. Y en el caso del "precedente", el acto predecesor puede no tener relación en absoluto con el ulterior. La resolución que integra el acto posterior no modifica en nada los efectos jurídicos del "precedente", pueden ser dos actos totalmente independientes, a diferencia de los casos en que juega la doctrina de los actos propios, en que se precisa la debida conexión entre ellos. El que la Administración no le concede a Juan lo que le otorgó a Pedro y Luis, no indica que haya ido contra sus propios actos, siempre que no exista relación de causa a efecto entre los actos de dichos sujetos". *El precedente...*, págs. 91-92.

[48] Véase, en general, sobre dicho principio, COVIELLO, P. J. J.: *La protección de la Confianza del Administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

[49] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001. RJ. 2002-448. FJ. 4.

de aplicación al Derecho administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina de la aplicación directa de los principios generales, entre ellos el de confianza legítima podría "anular un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento".

Parece evidente que, de estos presupuestos, se puede derivar en algunos casos la vinculación de la Administración al precedente, en cuanto su ignorancia o desconocimiento podría redundar en una vulneración de este principio de confianza legítima. En este sentido, se ha señalado la vinculación de la Administración al precedente cuando ésta ha generado con su acción un principio de apariencia jurídica que inculque al administrado la convicción de que está actuando legalmente cuando actúa de una forma determinada[50].En cualquier caso, la doctrina de la apariencia de representación, por ejemplo, no juega de la misma manera, por obvias razones, en el Derecho administrativo que en el Derecho mercantil.

Ahora bien, esto no modifica, no obstante, nuestra consideración acerca de la cuestión que nos ocupa en este trabajo. Nótese que, una vez más, este régimen no es consecuencia en puridad del precedente, que no genera por sí esa vinculación, sino más bien del propio principio de apariencia legítima, que, en definitiva, elimina la viabilidad de emplear esta doctrina para sustentar una eventual consideración del acto administrativo como fuente del Derecho.

Además, debe tenerse en cuenta que el valor práctico del precedente puede conducir, en determinados casos, a que acabe siendo convertido por el poder normativo en una norma[51]. En estos casos, obviamente, el pretendido carácter normativo procede de su adopción por ese sujeto, no del precedente mismo.

III. Los actos administrativos de eficacia general. Los elementos desgajados de la norma

El segundo frente de batalla respecto a una posible consideración del acto administrativo como fuente del Derecho reside, a nuestro juicio, en la existencia

[50] GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Parte General, Decimocuarta edición, Tecnos. Madrid, 2005, pág. 304.

de actos dotados de una eficacia general, en la que se podría vislumbrar, no sin cierta oscuridad, un posible efecto normativo.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico es mayoritaria la consideración de que tal posibilidad debe ser rechazada por aplicación del criterio ordinamental, al que ya nos hemos referido con anterioridad, que descarta dicha calificación. Aunque efectivamente existen actos administrativos dotados de eficacia general, en cuanto no van dirigidos a un destinatario concreto y determinado, sino a una pluralidad indeterminada de personas (convocatoria de oposiciones, anuncios de información pública, fijación de un horario, etc.), considera esta línea doctrinal que dichos actos no dejan de ser simples actos ordenados, que se agotan con su aplicación de tal forma que para una nueva aplicación se requiere dictar un nuevo acto[52].

Esta tesis ha sido refrendada por la jurisprudencia recogiendo expresamente la consideración que la diferenciación entre acto administrativo y reglamento responde a la finalidad normativa del primero, que se incorpora al

[51] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, pág. 139.

[52] En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que la "cuestión presenta mayor complejidad cuando nos fijamos en los actos administrativos que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de personas, para decirlo en los términos precisos del artículo 59.5.a) LRJAPPC. Son muchos estos actos administrativos generales; hay actos cuya pluralidad de sujetos destinatarios no determina, aun siendo determinable (por ejemplo, fijación de horario o de turnos de vacaciones para los funcionarios del Ministerio de Justicia, llamamiento a filas del remplazo de 1993, advertencias o convocatorias de exámenes para los alumnos oficiales del tercer curso de esta Facultad), pero otros en los que ni siquiera la determinación previa o posterior es posible (convocatoria de oposiciones, anuncios de información pública, declaración de fiesta laboral local, licitaciones públicas, etc.). Hay a la vez en estos actos colectivos meras invitaciones, pero también verdaderos condicionamientos de derechos y señalamiento de caducidades e incluso verdaderas órdenes colectivas; el caso más importante de éstas, por su tradición doctrinal, especialmente en Alemania, es el de las ordenes generales de policía (intimaciones colectivas, incluso por medios o signos mecánicos –toques de corneta, señales de tráfico–, orden de limpieza de las calles en día de nevada, instrucciones en caso de catástrofe, etc.). Parece claro que no obstante la generalidad de estos actos, y aun de su posible carácter preceptivo, no estamos en presencia de Reglamentos verdaderos. La razón es la misma que venimos exponiendo: tales actos, no obstante la generalidad de su contenido, no se integran en el ordenamiento jurídico; éste sigue siendo él 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 su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá de dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue "ordenando" la vida social desde su superioridad". *Curso de…*, I, pág. 175. En la misma línea PAREJO ALFONSO: *Lecciones de…*, págs. 378-379. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho…*, I, págs. 59-60. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho…*, Vol. I/1, pág. 118.

ordenamiento jurídico, frente al carácter particularizado del segundo[53]. El reglamento forma es objeto de vigencia indefinida, mientras que el acto se agota con su aplicación[54]. Una buena síntesis de esta doctrina jurisprudencial se puede apreciar en la siguiente sentencia:

> El Tribunal entiende que nos encontramos ante una impugnación indirecta de una disposición general (ya que la resolución de 14 de abril de 2005 que establecía unos instrumentos de prueba concretos para acreditar la residencia había de ser cumplida de forma obligada por los Ayuntamientos), y el Tribunal entiende que dicha resolución es una disposición general y no un acto administrativo con destinatario múltiple e indeterminado, pues como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 con cita de la de 21 de marzo de 1986 que, para distinguir las disposiciones generales de los simples actos, resoluciones o acuerdos administrativos, ni siquiera ha de estarse "a la forma como la norma se adopte, sino a su contenido" (Sentencia de 25 de febrero de 1980) y principalmente a las particularidades que la caracterizan y en razón de sus destinatarios (Sentencia de 11 de marzo); precisa acudir a la consuntividad y ordinamentación del precepto, en el sentido de que, generalmente, el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto y, por el contrario, la norma, con su cumplimiento, no se agota y, por otro lado, el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general –referido a una pluralidad indeterminada de sujetos– es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental, se integra en el ordenamiento (Sentencia de 26 de noviembre de 1979), característica especial esta última que, como esencialmente diferenciadora, se destaca por la Sentencia de 20 de mayo de 1981, según la cual las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran en el Ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada. Es decir que como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997, lo que caracteriza a las disposiciones generales es su aptitud de inserción en el ordenamiento jurídico en abstracto, como fuente de plurales aplicaciones ulteriores.

[53] Se ha señalado "la diferente naturaleza jurídica de unas y otros, estableciendo que disposición general equivale a precepto de carácter general con categoría inferior a la Ley, teniendo una finalidad normativa e integrándose con mayor o menor rango en el ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un sólo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada". Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1981. RJ 1981-2109. Considerando. 2 de la sentencia apelada aceptado por el Tribunal Supremo.

[54] Apunta el Tribunal Supremo que la "consideración del objeto del proceso como cuestión de personal, que determina la primaria inclusión del caso en el artículo 93.2, a) de nuestra Ley Jurisdiccional, no se cuestiona, ni es cuestionable, pues con arreglo a nuestra constante jurisprudencia (Autos de 12 abril, 27 mayo, 25 junio, 23 septiembre y 22 noviembre 1996, entre otros muchos) viene dándose esa caracterización a las impugnaciones de los concursos de acceso a la Administración Pública, que constituyen el acto inicial, constitutivo, en el "iter" de la relación de empleo al servicio de la Administración Pública, la cuestión se centra en la posible caracterización de las bases de la convocatoria como disposición general, pues tal es la base argumental del recurrente.

Sin embargo, esta uniformidad en el plano teórico no puede esconder las dificultades que existen en algunos supuestos en la práctica para aplicar esta distinción[55]. En este sentido, el Profesor MEILAN GIL ha identificado con precisión las razones de esta complejidad al destacar que resulta de las características intrínsecas del Derecho administrativo, en el que la concreción del supuesto de hecho no se lleva a cabo usualmente de una sola vez, sino mediante una cadena de sucesivas concreciones normativa. Por eso es difícil delimitar en muchos casos hasta dónde llega la norma y cuando se inicia el acto en los supuestos intermedios.

Aparecen así, en ocasiones, elementos desgajados de la norma que contribuyen a la concreción de su supuesto de hecho: son parte de la norma y participan de su naturaleza normativa, pero están fuera de ella. Probablemente, lo más razonable y conveniente es huir de afirmaciones rígidas en este campo, pues norma y acto administrativo son a veces realidades difícilmente diferenciables[56].

La tesis de éste no es compartible, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala que viene negando la caracterización pretendida, considerando dichas bases como actos administrativos de destinatario plural, y no como disposiciones generales.
Lo que caracteriza a éstas es su aptitud de inserción en el ordenamiento jurídico en abstracto, como fuente de plurales aplicaciones ulteriores, y precisamente por esa nota es por lo que se ha atribuido esa caracterización, con las consecuencias en orden a los recursos contra ellas, a los instrumentos de ordenación a que se refiere el recurrente en sus escritos (índices del valor de los terrenos en las contribuciones municipales, relaciones de puestos de trabajo, plantillas de personal), lo que explica en esos casos la razón de la jurisprudencia invocada por el recurrente, que no puede marcar la solución del presente, por la total falta de similitud de éste y aquéllos.
No pueden equipararse dichos instrumentos de ordenación a las bases de un concurso para la provisión de un determinado puesto, o unos determinados puestos, en la Administración, que son simplemente un acto aplicativo de la normativa legal, reglamentaria y estatutaria en el caso de la Universidad demandada, cuya eficacia se agota en concreto en el concurso a que se refieren, sin posibilidad de nuevas aplicaciones, faltando así la nota de abstracción y el carácter ordenador que es propio de la disposición general". Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997. RJ 1997-3908. FJ. Único.

[55] SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho…*, pág. 185.

[56] Señala J. L MEILAN GIL que esta "dificultad para fijar la línea divisoria entre norma y acto es muy propia del Derecho administrativo. Común a toda la creación del Derecho, dirá Kelsen, es el continuo paso de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto; pero lo peculiar del Derecho administrativo es el alargamiento de la cadena que va de la norma más genérica a la resolución o acto individual. Puede decirse que, así como en el Derecho civil está por una parte la Ley y por otra parte los actos de los particulares, en el Derecho administrativo hay toda una *concreción sucesiva de normas* a la que corresponden igualmente una *sucesión de actos*. Entre la norma y sus destinatarios se interpone la Administración.
En el Derecho administrativo la regulación del supuesto de hecho no se hace siempre de golpe, sino a base de una gradación sucesiva de normas, ordenadas según un criterio de mayor concreción.
Tampoco la aplicación se realiza siempre por un solo acto: muchas veces la resolución final va precedida de una serie de actos concatenados en un procedimiento. La naturaleza del acto viene determinada, en este caso, por la relación a un procedimiento.
Este proceso de gradación gradual de la norma plantea el problema de la línea divisoria de la norma y el acto: ¿cuándo se está en presencia de una concreción que es todavía desarrollo de la

Cont.

En nuestra opinión, sin embargo, esta dificultad no puede servir de base para una eventual argumentación a favor de la consideración del acto administrativo como fuente del Derecho. Por varias razones. Veamos.

En primer lugar, porque se trata de supuestos puramente marginales, que carecen de entidad suficiente para extraer de ellos consecuencias generales. Y, en segundo término, y sobre todo, porque en el fondo estas explicaciones más que argumentar a favor de una eventual calificación del acto como fuente, precisamente abonan la tesis contraria. Como muy bien aclara MEILAN GIL, se trata de una cuestión de dificultad de diferenciación entre dos figuras, acto administrativo y norma, que encuentran precisamente su criterio de diferenciación en su carácter normativo o no. Desde este presupuesto se manifiesta claramente que el problema para calificar de fuente del Derecho al acto administrativo es de pura definición, pues si el acto produjese efectos normativos ya no sería acto, sino reglamento.

norma o cuándo se está en presencia de una concreción que es ya aplicación de la misma a un caso, es decir, un acto administrativo?.

El desarrollo se da, podríamos decir, forzando la terminología de Nawiasky *intra normam*, la aplicación se dará *extra normam*. El problema puede ser visto descendentemente –desde la norma más genérica– o ascendentemente –desde la resolución individual–. La zona intermedia es la discutida".

"La norma entendida genéricamente como formulación hipotética que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho fija unas consecuencias, no siempre se manifiesta externamente de una vez. Pocas veces, (...) la norma administrativa aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradual distinta.

La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así *escindida* en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos aparecen formalmente *desgajados* de la misma. Estos elementos tienen carácter y entraña normativa. No son aplicación de la norma, sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma, aunque desgajados de ella, la completan".

"La existencia de normas administrativas completas, de normas incompletas, de elementos normativos desgajados, de supuestos en los que la norma y acto se combinan de muy diversas maneras, (...) así como las distintas misiones de los actos, muestran la riqueza del Derecho administrativo en un punto de la teoría general, como son las fuentes, además de la originalidad y flexibilidad de sus técnicas. Frente a la simplicidad del Derecho civil, –ley y autonomía de la voluntad– el Derecho administrativo ofrece una gama que revela una auténtica *gradación de normatividad*, que se continúa muchas veces en la esfera de los actos con su *concatenación procedimental*.

Esta riqueza y flexibilidad responde a la misión y naturaleza propias del Derecho administrativo. Por eso, la tarea científica en este campo debe evitar el empecinamiento en afirmaciones rígidas; o es acto o es norma".

Es, por ello, preciso "estudiar los casos intermedios, sin reconducirlos absolutamente a alguno de los dos extremos, sin exigir que esos casos intermedios tengan las notas de figuras plenarias". *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, 1967, págs. 45 y sigs.

INCIDENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL INTERESADO: ALGUNOS ASPECTOS A PROPÓSITO DE LAS AUTORIZACIONES

José Carlos Laguna de Paz

I. El acto administrativo no es fuente del derecho, pero goza de una especial eficacia jurídica, derivada de su ejecutividad y ejecutoriedad

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.1 Código Civil). La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que –de modo reiterado– establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil). La lectura de estos preceptos deja, pues, claro que –*en sentido estricto– el acto administrativo no es fuente del Derecho*.

2. En el marco constitucional, la *Administración pública ocupa además una posición enteramente subordinada a la Ley y sujeta a un control judicial pleno* (art. 103.1 CE). Esta peculiar situación de la Administración se refleja en el *principio de legalidad*, cuyo significado y alcance separa al mundo jurídico-privado de la actuación de las entidades públicas.

Las normas civiles y mercantiles se asientan sobre un conjunto de reglas y principios imperativos, de necesario cumplimiento. Sin embargo –dentro de este marco–, en general, el principio de autonomía de la voluntad permite a las partes rellenar el armazón básico de cada negocio jurídico, adaptándolo a sus deseos o intereses. Esto les permite configurar con gran amplitud el entramado de derechos y obligaciones por los que van a regirse (*contractus lex inter partes*). Al final, este gran ámbito de libertad ordenada que es el Derecho privado no hace sino reflejar la posición central que ocupa el individuo en el ordenamiento jurídico. No hay que olvidar que el fundamento del orden político y de la paz social, justamente, es la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1 CE)[1].

[1] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 172.

En cambio, la posición de los entes públicos en el ordenamiento jurídico es radicalmente distinta. La Administración es una elaborada creación del Derecho, enriquecida por una tradición multisecular y animada por un régimen jurídico crecientemente perfeccionado. Desde el advenimiento del Estado constitucional, en ninguna latitud, resulta imaginable un ordenamiento jurídico que pueda prescindir de la Administración como instrumento de satisfacción del interés general. Con todo, en su justificación se encuentran también sus límites. A diferencia de las personas, la Administración pública no goza de una legitimación intrínseca, sino que –sencillamente– es una organización al servicio del interés de todos. Ni menos, ni más. Esto explica su posición esencialmente subordinada a la Ley. La *vinculación positiva a la norma* hace que todas y cada una de sus actuaciones tengan que ser concreción del mandato legislativo. En este contexto, el acto administrativo no es expresión de una inexistente autonomía de la voluntad de la Administración, sino mera aplicación de la norma al caso concreto.

3. Las afirmaciones precedentes no significan que el acto administrativo no tenga una *peculiar relevancia en la creación modificación o extinción de las situaciones o relaciones jurídicas*. La Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), lo que requiere que su actuación se vea dotada de un particular vigor jurídico. La eficacia de la actuación pública no puede hacerse depender del consentimiento de los afectados –lo que, en la mayor parte de los casos, malograría la consecución de los fines públicos–, sino que ha de poder imponerse unilateralmente. Los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dicten (*ejecutividad*) (art. 57.1 LRJPAC). Su ejecución forzosa (*ejecutoriedad*) permite además que la Administración pueda vencer –por sí misma– la resistencia que pudiera encontrar su cumplimiento. En definitiva, las resoluciones administrativas se imponen a los particulares sin necesidad de recabar la tutela judicial, que es la carga que el principio de paz jurídica impone a los restantes sujetos de Derecho.

El régimen de la *invalidez* refuerza aún más la eficacia de los actos administrativos. Los vicios de nulidad de pleno derecho son pocos (art. 62.1 LRJPAC), se interpretan restrictivamente y su invalidez requiere ser declarada, ya que –en caso contrario– se benefician de la presunción de legalidad de los actos administrativos[2]. La inmensa mayoría de las infracciones del ordenamiento jurídico son meramente anulables (art. 63.1 LRJPAC), lo que requiere una particular diligencia del interesado, que ha de reaccionar jurídicamente en los fugaces plazos que contemplan las normas administrativas.

[2] GARCÍA DE ENTERRIA,E.,FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 14ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 621 y sigs.

4. Desde estos presupuestos, pueden *seleccionarse* algunos aspectos que suscita el acto –no como fuente del Derecho–, sino como cualificado instrumento a través del que la Administración incide en las situaciones jurídicas del interesado, de los que se ocupan las páginas siguientes.

II. Como exigencia del principio de legalidad, el régimen jurídico de la actividad debe ser definido por la norma, sin perjuicio de su posible modalización a través del acto administrativo

5. Como exigencia del principio de legalidad, corresponde a la norma –no al acto– establecer el régimen jurídico de la actividad. En el marco constitucional, es la ley la que define el régimen de derechos y libertades de los ciudadanos. El papel de la Administración se reduce a contribuir a garantizar su efectividad, así como a asegurar su compatibilidad con los derechos de los demás, incluida la salvaguardia del interés general. La cuestión es que –cada vez más–, las normas parecen remitir al propio contenido del acto la concreción del régimen sustantivo de la actividad. Seguramente, ello se debe a la influencia del Derecho comunitario europeo (anglosajona). Sin embargo, no debe alimentarse esta tendencia, que no se compadece bien con el principio de legalidad objetiva (superadora del *cosmos de privilegios*), al tiempo que incrementa la discrecionalidad administrativa y –en último término– empuja a la deslegalización de la actividad.

6. No siempre que las normas hablan del *clausulado* del acto administrativo lo hacen en sentido propio. A veces, sencillamente, aluden al régimen normativo por el que se rige la actividad, que puede también tener su reflejo en la resolución, a través de cláusulas *iuris*. Con todo –como decimos–, parece apuntarse una tendencia en la legislación a que el régimen jurídico de la actividad se vea crecientemente determinado por la resolución administrativa (autorización)[3].

Así –con frecuencia–, las normas definen el ejercicio lícito de la actividad en base a criterios genéricos, más o menos determinados, remiten a umbrales límite (de aprovechamiento o gravamen) o exigen la adopción de determinadas medidas, que han de especificarse después para cada actuación. En este contexto, se encomienda a la Administración la concreción de dichos parámetros con ocasión del otorgamiento del acto administrativo habilitante. Esto es precisamente lo que sucede con el art. 92.7 de la Ley 33/2003, de 3.11, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPatrimAP), que –mezclando cláusulas *iuris* y cláusulas accidentales– vuelca sobre la autorización la precisión de los aspectos más relevantes del aprovechamiento demanial[4].

[3] LAGUNA DE PAZ,J.C.: *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006, págs. 215 y sigs.

7. El mayor protagonismo del título habilitante en el régimen de la actividad –muy común en el Derecho anglosajón– también tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico español (como muestra el veterano Decreto 2414/1961, que aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas). La cuestión es que algunas normas recientes –no es ya que permitan la modalización del acto administrativo–, sino que parece que le trasladan, en medida no pequeña, la definición del régimen sustantivo de la actividad. Como hemos avanzado, esto no está exento de consecuencias:

1) Sin duda, supone una mayor flexibilidad en la intervención administrativa, que no se limitará a trasladar un régimen estereotipadamente fijado en la norma, sino que podrá adaptarlo a cada iniciativa concreta. Sin embargo, como contrapartida, esto también significa avanzar en la deslegalización de la actividad. La normativa cede mayor relevancia a la Administración de cara a la concreción del régimen jurídico efectivamente vigente en cada caso.

2) La necesidad de que la Administración concrete en cada autorización exigencias vagamente definidas en la norma nos lleva al territorio pantanoso de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad técnica[5], al que después nos referiremos. El riesgo es trasladar materialmente la decisión sobre las actuaciones a realizar al parecer técnico de la Administración, que –como con frecuencia sucede– no es unívoco e incoloro, sino bien sujeto a preferencias y valoraciones subjetivas. A este respecto, no hay que olvidar que la jurisprudencia ha trazado claramente los límites del control jurisdiccional, que en ningún caso puede significar que el juez sustituya la valoración subjetiva de la Administración por la suya propia[6].

En resumen, debe hacerse una interpretación estricta de la posibilidad de que la Administración defina en cada acto administrativo el régimen jurídico de la

[4] Vid. también el art. 251.1 del Real Decreto 849/1986, de 11.4, que aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (redacción del Real Decreto 606/2003, de 23.5); art. 9 de la Ley 10/1998, de 21.4, de Residuos.

[5] GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Actos y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 100. COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, 16ª edic., Thomson-Civitas, 2005, págs. 333-336. BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo básico. Parte General*, 6ª edic., Thomson-Civitas, 2005, págs. 208-209. MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, págs. 259 y sigs.

[6] En los conceptos normativos indeterminados –junto a las zonas de certeza positiva y negativa– se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre". En éste, no se aplica sin más la presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos, ni tampoco la vieja doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos, en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso. Ahora bien –si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos ("más ventajoso", "más conveniente")–, para que el Tribunal pueda rectificar la apreciación de la Administración tiene que acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad. Entre otras, vid. STS de 25.5.1998 (Ar. 4486); STS de 19.7.2000 (Ar. 7428).

actividad, que –sobre todo– debe estar contenido en la norma. De nada sirve declarar el carácter reglado del acto, si –a continuación–, en la práctica, se reconocen a la Administración amplias facultades valorativas para permitir o no la actividad. De ahí la necesidad de que las normas concreten en la mayor medida posible los parámetros técnicos a tomar en cuenta, a cuyos efectos pueden utilizar tanto reglamentos generales, como específicos para el ámbito o territorio de que se trate (planes urbanísticos, hidrológicos de cuenca, de residuos, etc.).

III. El acto administrativo como título habilitante: su naturaleza jurídica, en particular, en el caso de potestades discrecionales

8. Los sistemas de economía de mercado se asientan sobre el derecho de propiedad privada (art. 33 CE) y la libre iniciativa empresarial (art. 38 CE). Esto no impide que –por razones de interés general–, el ordenamiento jurídico pueda supeditar el desarrollo de determinadas actividades a la previa obtención del correspondiente título administrativo habilitante. En algunos casos, éste tiene forma contractual, pero las más de las veces se instrumenta a través de una resolución (generalmente, una autorización). Se plantea con ello la necesidad de precisar el significado y alcance de esta intervención pública, en particular, cuando la Administración ejerce potestades discrecionales, pero también cuando las normas se alimentan de conceptos jurídicos indeterminados.

9. La sujeción de una actividad a previa autorización administrativa se explica por dos *razones*:

1) El *riesgo* de lesión de intereses merecedores de protección jurídica (seguridad de las personas o cosas, garantía del adecuado funcionamiento de actividades esenciales, protección de los consumidores, etc.). Esto justifica que –con frecuencia– la normativa condicione el acceso a la actividad al cumplimiento de requisitos jurídicos, técnicos, económicos, o incluso, de profesionalidad, honorabilidad y buena conducta. En relación con los usos del dominio público, la Administración debe verificar que la iniciativa reúne las condiciones que permiten presumir su adecuada utilización, así como la indemnidad del bien. En estos casos, la exigencia de previa autorización permite a la Administración comprobar *ex ante* que la iniciativa reúne las condiciones exigidas por la normativa[7]. En caso necesario, el control puede también extenderse a la realización de las principales operaciones por parte de la empresa.

[7] MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ,J.L.: "La regulación económica en España", en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTINEZ, J. M., MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ,J.L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1997, pág. 239.

2) La necesidad de proceder a una adecuada asignación de *recursos escasos*. Determinadas actividades –por razones legales o físicas–, no admiten más que un número limitado de operadores. En estos casos, se requiere un control preventivo, que asigne esas capacidades escasas de acuerdo con los principios de concurrencia e igualdad.

10. En todo caso, la autorización se proyecta sobre actividades privadas[8], cuyo ejercicio la Administración controla[9]. Esta debe ser la clave desde la que interpretar el régimen jurídico de la actividad y, por tanto, las relaciones entre la Administración y el sujeto autorizado. La normativa sectorial puede ser más exigente respecto de determinadas actividades. Sin embargo, ello no muda la naturaleza de la intervención, la posición jurídica del titular de la autorización, ni –desde luego– permite a la Administración dirigir una actuación privada, sujeta a la libertad de empresa (de ahí, la inadecuación de las llamadas autorizaciones operativas)[10]. La intervención administrativa no debe empañar el *derecho a realizar la actividad*, que hay que reconocer a todo operador que reúna los requisitos fijados en la normativa[11].

11. En los actos *reglados*, en general, la doctrina acepta la preexistencia del derecho a la realización de la actividad, o lo que es lo mismo, el carácter declarativo de la autorización. En cambio, un nutrido sector de la doctrina entiende que la preexistencia del derecho a realizar la actividad no puede sostenerse en las autorizaciones *discrecionales*. En estos casos –se dice–, el particular no es titular de un derecho subjetivo, sino de un interés legítimo a su obtención, que se concreta con su otorgamiento[12].

En el fondo, lo que sucede es que la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo es relativa[13]. En ambos casos, sobresale la existencia de una situación jurídica activa frente a la Administración. Lo que ocurre es que la presencia de facultades discrecionales, necesariamente, exige la previa

[8] DE LA CUETARA MARTINEZ, J. M.: *La actividad de la Administración*, *Tecnos*, Madrid, 1983, pág. 263.
[9] PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, págs. 648-649.
[10] LAGUNA DE PAZ, J. C.: "La autorización administrativa: entre la *Escila* del dogmatismo y el *Caribdis* del relativismo", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., LAGUNA DE PAZ, J. C., PIÑAR MAÑAS, J. L., GÓMEZ PUENTE, M., MARTÍN REBOLLO, L.: "La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy", en *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 35-39.
[11] ARIÑO ORTIZ,G.: "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (Hacia un nuevo modelo de regulación)", en ARIÑO ORTIZ,G., DE LA CUETARA MARTINEZ, J. M., MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 27.
[12] GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 177.
[13] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 53.

intervención de la Administración, que identifique, concrete y declare el derecho, en los términos previstos en la ley. *La discrecionalidad no excluye, pues, la preexistencia del derecho a realizar la actividad*[14]. La posición jurídica del ciudadano viene definida por un ordenamiento jurídico que la Administración aplica. La discrecionalidad sólo incide en los *criterios* con los que la Administración debe valorar si se dan o no las condiciones que permiten el despliegue de la actividad. No hay que olvidar a este respecto los logros alcanzados por la doctrina y jurisprudencia, que han vinculado plenamente la discrecionalidad administrativa al principio de legalidad. La discrecionalidad no deja de ser aplicación de la ley, que en un sistema de libertades es el único instrumento capaz de definir los derechos de los ciudadanos.

Por otra parte –desde el principio de legalidad–, no hay una diferencia sustantiva entre el derecho subjetivo y el interés legítimo, dado que éste se traduce en un *derecho subjetivo reaccional o impugnatorio*[15]. Así las cosas, si el particular reúne las condiciones previstas en la normativa –aunque éstas tengan que ser discrecionalmente apreciadas por la Administración–, puede aceptarse que es titular de un derecho subjetivo a la realización de la actividad y, consiguientemente, a la obtención de la autorización.

El carácter declarativo de la actividad tampoco desaparece en el caso de *autorizaciones cuyo número se encuentre limitado*. Esta circunstancia no muda la naturaleza de la técnica de intervención, sino las reglas de otorgamiento (publicidad y concurrencia) y, en algunos casos, también las de ejercicio de la actividad (que puede ser obligatoria para el sujeto autorizado). Ciertamente, no todos podrán realizar la actividad, sino sólo los que estén en mejores condiciones de llevarla a cabo. En este sentido, el derecho a realizar la actividad sólo alcanza a aquellos que –por sus condiciones subjetivas o por el precio que estén dispuestos a pagar en la correspondiente subasta– sean merecedores del título habilitante. Sin embargo, esto no trastoca la naturaleza declarativa de la autorización, sino que sólo afecta al alcance de los titulares del derecho. Lo mismo sucede con los servicios o prestaciones públicas cuando –por razones coyunturales o estructurales– la actividad no pueda llegar a todos. Ello no es obstáculo para seguir manteniendo el derecho de acceso al servicio, en condiciones de igualdad[16].

12. En resumen, el carácter declarativo de la autorización es lo que corresponde a la naturaleza privada de la actividad, mientras que la concesión encaja en

[14] LAGUNA DE PAZ*: La autorización…*, pág. 141.
[15] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso…*, vol. II, 11ª edic., 2008, pág. 53.
[16] SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 1ª edic., Iustel, Madrid, 2004, págs. 335-336.

los sectores publificados. Afirmar el carácter constitutivo de la autorización sería introducir un elemento distorsionante, que alimentaría una dinámica más favorable a la intervención que al derecho cuyo control se articula. La idea del derecho preexistente fortalece la posición jurídica del ciudadano[17] e inclina la intervención administrativa del lado de la libertad[18], especialmente en los casos en que la norma no precisa el alcance de los poderes administrativos[19]. Hay que tener en cuenta que, con frecuencia, la aplicación de las normas deja un no desdeñable margen de apreciación a la Administración. De ahí la importancia de contar con una construcción dogmática de la autorización que –en todos los aspectos de su régimen jurídico–, recuerde que preexiste la libertad, sin perjuicio de que ésta deba también acomodarse a lo que demande el interés general[20].

Lo mismo sucede en relación con los *aprovechamientos del dominio público* sujetos a autorización administrativa. No hay que perder de vista que estos usos resultan imprescindibles para la realización de muchas de las actividades de las que depende el normal desenvolvimiento de nuestra vida colectiva. El carácter constitutivo de las autorizaciones favorecería la precariedad de las situaciones jurídicas sobre las que se asientan dichos usos. Las autorizaciones tenderían a ser títulos esencialmente vulnerables, como se dice que sucede con las ambientales y demaniales[21]. La prueba está en las amplias posibilidades de modificación o revocación de estas autorizaciones que la legislación más reciente reconoce a la Administración, excluyendo expresamente toda indemnización.

---

[17] PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, vol. I, 16ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 349.

[18] MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ: *La regulación...*, pág. 238.

[19] La idea del derecho preexistente -destaca DE LA CUETARA- presenta una gran utilidad como límite a la autoridad del Poder público. "Sirve como criterio orientador a la hora de valorar la actuación administrativa que concede o no la autorización. El enfoque ha de ser forzosamente distinto en cuanto a la intensidad del poder que se concede a la Administración si se acepta la idea de que sólo se está controlando al particular en función de unos criterios que afectan al ejercicio de sus derechos, o si, por el contrario, se parte de la premisa de que la Administración puede crear y configurar el derecho del particular por un poder específico que le concede el Ordenamiento. En los casos -muy frecuentes- en que la norma no precisa concretamente el significado de la autorización, el resultado puede ser muy diferente si se parte de una u otra premisa: piénsese en la posibilidad de condicionar, imponer cargas accesorias y, en general, de darle un carácter creativo o no al acto autorizante". DE LA CUETARA MARTINEZ: *La actividad*... Pág. 259.

[20] MEILAN GIL, J. L.: "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. (A propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)", en *RAP*, núm. 71, 1973, pág. 98; DE LA CUETARA MARTINEZ, J. M.: *La actividad...* Pág. 259. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L.: *La regulación...* Pág. 238. LAGUNA DE PAZ, J. C.: *La autorización...*, págs. 105 y sigs.

[21] GALERA RODRIGO, S.: *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en la prevención de daños ambientales*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 75; CASADO CASADO, L.: *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004, pág. 376.

IV. Dificultades y límites del control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados

13. Con frecuencia, las normas están cargadas de *conceptos jurídicos indeterminados*. Su aplicación es controlable judicialmente, ya que la niebla que los hace inicialmente indeterminados se disipa al volcarlos sobre el caso concreto. Esto es lo que permite contrastar la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

No obstante, la doctrina también reconoce que –junto a las zonas de certeza positiva y negativa– en estos conceptos hay una "zona de incertidumbre", en la que resulta difícil precisar la (única) solución justa a que debería conducir su aplicación en el caso concreto[22]. La imprecisión del concepto resulta aún mayor cuando la norma remite a juicios de valor (orden público, interés público). Lo mismo sucede cuando apela a criterios técnicos, que –como con frecuencia sucede– están sujetos a preferencias y valoraciones subjetivas.

Así, por ejemplo –en relación con las *entidades de crédito*–, las autoridades denegarán la autorización, si: (i) "*atendiendo a la necesidad de* garantizar una gestión saneada y prudente de la entidad de crédito, no estuvieren persuadidas de la idoneidad de los accionistas o socios" (art. 12.2 Directiva 2006/48/CE); (ii) la normativa de un tercer país o la existencia de vínculos con otras personas puedan obstaculizar "el buen ejercicio de su misión de supervisión" (art. 12.3 Directiva 2006/48/CE). Por su parte, los Estados miembros podrán oponerse a la pretensión de una persona de adquirir o incrementar una participación cualificada en una entidad de crédito, si, "*atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito*, no se hallan satisfechas de la idoneidad de la persona interesada" (art. 19.1 Directiva 2006/48/CE). La autorización administrativa que requieren las instalaciones de distribución de energía eléctrica se denegará, "cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema" (art. 40.1, párrafo 3º, de la Ley 54/1997). La autorización de los transportes privados complementarios requiere la previa justificación de la *necesidad* de realizarlos, sin que pueda existir una *desproporción manifiesta* entre fines y medios (art. 104.1 de la Ley 16/1987). Los ejemplos podrían multiplicarse.

En estos casos, la subsunción del supuesto de hecho, con frecuencia, resulta dudosa o discutible[23]. En rigor, no puede decirse que exista verdadera

[22] GARCÍA DE ENTERRIA,E.,FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. I, 14ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 470-473.

[23] GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNEZDEZ REXACH, A.: *Actos y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 100.

discrecionalidad, ya que la Administración no puede elegir entre diversas consecuencias jurídicas. La zona de incertidumbre "expresa sólo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda"[24]. En otros términos, la interpretación jurídica "no hace sino reducir lo más posible los supuestos de duda, pero no los evita enteramente, ya que en la zona de incertidumbre la validez de la solución adoptada por la Administración Pública no tiene parámetros firmes de contraste..."[25]. Es lo cierto, pues, que la Administración dispone en estos casos de un margen de apreciación real, que hace que, a veces, se hable de *discrecionalidad cognitiva*[26] o de *discrecionalidad técnica*[27].

Los conceptos jurídicos indeterminados que remiten a juicios de valor "proporcionan a la primera y decisoria apreciación de la Administración una cierta presunción en favor de su juicio dentro del 'halo' del concepto, presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades, ya que el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir, siempre posibles, y que la prueba que se practique en el curso del proceso podrá eventualmente acreditar"[28]. "De ahí que, incluso, en la zona de incertidumbre quepa el control judicial y una eventual anulación de la decisión administrativa, si se demuestra que la Administración no obró razonablemente o incurrió en error"[29]. Cuando esto suceda, "el juez no estará sustituyendo la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino simplemente identificando si ésta ha rebasado los límites que la Ley ha querido imponerle el establecer el concepto jurídico indeterminado"[30].

14. En esta línea, la jurisprudencia –refiriéndose a la llamada discrecionalidad técnica– ha trazado los límites del control jurisdiccional de estos conceptos, que en ningún caso pueden amparar que el juez sustituya la valoración subjetiva de la Administración por la suya propia, en base a criterios de oportunidad o de discrecionalidad técnica. En el ámbito de incertidumbre del concepto no se aplica sin más la presunción *iuris tantum* de validez de

[24] GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, vol. I, 14ª edic., 2008, cit., pág. 471.
[25] COSCULLUELA MONTANER,L.: *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, 16ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 335.
[26] GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH: *Actos...*, cit., pág. 100.
[27] COSCULLUELA MONTANER: *Manual...*, tomo I, 16ª edic., cit., págs. 333 y sigs.
[28] GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, vol. I, 14ª edic., 2008, cit., pág. 471.
[29] COSCULLUELA MONTANER: *Manual...*, tomo I, 16ª edic., cit., págs. 336-337.
[30] GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, vol. I, 14ª edic., 2008, cit., pág. 472.

los actos administrativos, ni tampoco la vieja doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos, en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso. Ahora bien –si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos ("más ventajoso", "más conveniente")–, para que el Tribunal pueda rectificar la apreciación de la Administración tiene que acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad[31].

15. Desde esta perspectiva, el legislador debe evitar que la remisión a vagas referencias al interés general permita la introducción de criterios de oportunidad en el otorgamiento de las autorizaciones. En especial, hay que cuidar la elaboración de los planes técnicos, cuyas soluciones han de motivarse, a fin de permitir su contraste y control efectivo. Todo ello sin excluir por completo el posible condicionamiento o modulación de la autorización, que puede ser una medida necesaria para satisfacer el interés general, e incluso, ampliatoria del derecho del particular, ya que –en otro caso– no podría ejercer la actividad.

V. Protección de la situación jurídica amparada por el acto administrativo: supuestos de revocación

16. El ordenamiento jurídico ha de proteger las situaciones jurídicas amparadas por un acto administrativo. De ahí que pueda hablarse de un *principio general contrario a la revocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos*[32]. A ello apunta el art. 105.1 LRJPAC, que sólo se refiere a la revocación de los actos de gravamen[33]. Además, lo contrario no solo mermaría los derechos adquiridos[34], sino también el principio de seguridad jurídica[35].

Desde esta perspectiva, se contempla con inquietud el hecho de que –en algunos casos– la más reciente legislación reconozca a la Administración amplísimas facultades para la modificación y revocación de actos declarativos de derechos, sin derecho a indemnización[36]. Como muestra, el art. 26 de la Ley 16/2002 incorpora un listado virtualmente abierto de causas que permiten a la Administración modificar de oficio la autorización ambiental integrada, sin

[31] STS de 25.5.1998 (Ar. 4486); STS de 19.7.2000 (Ar. 7428). COSCULLUELA MONTANER: *Manual…*, tomo I, 16ª edic., cit., págs. 333-336.
[32] SALA ARQUER, J. M.: *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, IEA, Madrid, 1974, págs. 231 y sigs.
[33] GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "La revisión de oficio", en LEGUINA VILLA, J., SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág.. 317.
[34] Vid. crítico SALA ARQUER: *La revocación…*, cit., págs. 231 y sigs.
[35] GONZALEZ PEREZ,J.: "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *RAP*, núm. 1, 1950, págs. 151 y sigs.
[36] LAGUNA DE PAZ: *La autorización…*, cit., págs. 333 y sigs.

derecho a indemnización. Por su parte, el art. 92.4 LPatrimAP –con carácter básico– declara que las "autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general". La lectura de estos preceptos puede transmitir la impresión de que nuestro ordenamiento jurídico ha dado entrada a una cláusula general de precario en el uso del dominio público[37], así como en las autorizaciones ambientales. Sin embargo, ello no estaría justificado y, además, tendría resultados contraproducentes. De ahí que, en lo posible, deba intentarse una interpretación conforme con el principio general de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos.

17. Cuestión distinta es que el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos deba ser *flexibilizado*, arbitrando vías que permitan su eliminación, cuando el interés público así lo exija. Ahora bien, debe hacerse dentro de los límites que marca el art. 106 LRJPAC y con respeto a la situación jurídica individualizada creada por el acto. En concreto, la revocación puede deberse a las siguientes causas: (i) cambio normativo; (ii) cambio de criterios de apreciación; (iii) cambio de circunstancias; (iv) imposibilidad sobrevenida; (v) revocación indirecta; (vi) incumplimiento del particular.

18. El primer supuesto es el *cambio normativo*. En la mayor parte de los casos, la discrepancia sobrevenida se resuelve con el deber que pesa sobre el sujeto autorizado de adaptar su actividad a las nuevas exigencias normativas. Sin embargo, hay casos en los que las nuevas opciones normativas hacen de la revocación una auténtica exigencia para la Administración, al no permitir el mantenimiento de las situaciones jurídicas anteriores[38]. Así lo prevé la normativa, que dispone que las licencias podrán ser revocadas "cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación" (art. 16.1, *in fine*, RSCL). Por su parte, el art. 92.4 LPatrimAP expresamente prevé la posibilidad de revocar las autorizaciones demaniales "cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad", es decir, ante un cambio normativo.

En principio, la revocación del acto administrativo como consecuencia del cambio normativo debe ir acompañada de la correspondiente *indemnización* (art. 16.3 RSCL). Esto no significa que, automáticamente, en todos los casos,

[37] FERNÁNDEZ ACEVEDO,R.: "Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)", en MESTRE DELGADO,J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, 2004, pág. 909.
[38] STS de 17.3.1989 (Ar. 5524); STS de 24.3.1992 (Ar. 3383).

deba reconocerse el derecho a obtener una compensación económica[39], que podrá minorarse –o incluso– excluirse, en función de las circunstancias concretas: prolongado ejercicio de la actividad; inversiones amortizadas; ausencia de un perjuicio individualizado, por afectar a la generalidad, etc. Por otra parte, la protección de la confianza legítima no siempre exige una indemnización compensatoria, sino que puede también garantizarse con la previsión de plazos de adaptación suficientes.

En cambio, el art. 92.4 LPatrimAP expresamente excluye la indemnización por cambio normativo, lo que no parece justificado. La categórica exoneración que contiene la legislación patrimonial es "un exceso del legislador que habrá de ser corregido por la jurisprudencia"[40].

19. En segundo lugar, la autorización –es decir, la relación jurídica o efectos creados por ésta– puede ser revocada ante un *cambio de apreciación* por parte de la Administración de lo que conviene al interés general. Así lo ha venido reconociendo tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico. Las autorizaciones podrán ser revocadas "cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación" (art. 16.1, *in fine*, RSCL)[41]. Por su parte, el art. 92.4 LPatrimAP prevé la revocación de las autorizaciones demaniales cuando "impidan su utilización para actividades de mayor interés público". Este supuesto puede producirse por un cambio objetivo de circunstancias, pero también por un cambio subjetivo de criterios de apreciación.

En principio, este tipo de revocación no resulta admisible en relación con las autorizaciones *regladas*, respecto de las cuales los criterios de valoración son directamente aportados por las normas[42]. Con todo –como hemos comentado–, no debe olvidarse que las potestades regladas están cargadas de conceptos jurídicos indeterminados, cuya aplicación es sensible al paso del tiempo y deja un margen de apreciación a la Administración. En cambio, no hay reparos en admitir la revocación por razones de mera oportunidad en relación con las autorizaciones *discrecionales*, que reconocen a la Administración una amplia capacidad para valorar lo que en cada caso y en cada momento conviene al interés general[43]. En cualquier caso, conviene insistir en que la discrecionalidad

[39] VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 274 y sigs.

[40] FERNÁNDEZ ACEVEDO,R.: *Utilización*..., cit., pág. 910.

[41] ENTRENA CUESTA,R.: "Las licencias en la legislación local", en *REVL*, núm. 107, 1959, pág. 676.

[42] De ahí que SALA -que concibe a las autorizaciones como actos reglados- señale que el único cambio de criterios admisible es el provocado por la derogación o modificación normativa, es decir, por la alteración de los requisitos exigidos para su otorgamiento. SALA ARQUER: *La revocación*..., cit., págs. 160 y sigs.

[43] En los supuestos en que, excepcionalmente, acepta este tipo de autorizaciones, SALA reconoce también estas facultades a la Administración, aunque exija entonces que la revocación sea motivada y que el cambio de criterio se adopte con carácter general: no debe ir tanto referido al

Cont.

no equivale a la gratuidad en la intervención pública, sino que es un medio para satisfacer el interés general. Así lo exige la jurisprudencia, recordando que la revocación de la licencia en base a "nuevos criterios de apreciación" (art. 16.1 RSCL) es una facultad que "no debe entenderse como un mero cambio de opinión administrativa, sino más bien fundado en circunstancias objetivas y contrastadas" [STS de 20.12.1988 (Ar. 10030)][44].

La revocación por cambio de criterios de apreciación entraña una operación *materialmente expropiatoria*, por lo que debe ir seguida de la correspondiente indemnización (art. 16.3 RSCL)[45]. No obstante, la compensación económica puede excluirse en los casos en que no exista un verdadero perjuicio económico para el interesado, debido al período transcurrido, la armonización de las inversiones, etc. En principio, la indemnización está también excluida en las autorizaciones a precario, que permiten revocar el título administrativo ante un cambio de circunstancias o una nueva valoración de la situación[46].

20. En tercer lugar, cabe también la revocación del acto administrativo por *cambio de circunstancias*. Las licencias "deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación" (art. 16.1 RSCL). Por su parte, el art. 92.4 LPatrimAP prevé la revocación de las autorizaciones demaniales cuando "impidan su utilización para actividades de mayor interés público".

La revocación por cambio de circunstancias debe ser cuidadosamente *distinguida de la que deriva del cambio de criterios de apreciación*, ya que las consecuencias de una y otra son distintas. A estos efectos, es preciso que se den dos requisitos: (i) ha de tratarse de un cambio *objetivo* de circunstancias, ajeno a la propia actuación de la Administración[47]; (ii) ha de producirse de manera *imprevisible*[48], lo que se interpreta de manera rigurosa por los tribunales.

acto que se revoca, cuanto a la formación de una nueva idea acerca de lo que es conveniente para el interés público en una determinada materia. SALA ARQUER: *La revocación*..., cit., págs. 178 y sigs.

[44] En esta sentencia, el Tribunal considera improcedente la revocación de una licencia para el establecimiento de una actividad de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos urbanos -así como la subsiguiente licencia de obras para la construcción de dicha planta-, en la medida en que no se había producido ninguna circunstancia urbanística posterior que se opusiera a su otorgamiento, ni tampoco consecuencias molestas o perjudiciales que no se hubieran previsto o que no pudieran corregirse con los medios técnicos adecuados. En relación con la licencia de obras se destaca, además, su carácter reglado.

[45] ENTRENA CUESTA: *Las licencias*..., cit., pág. 676, quien cita a este respecto las sentencias del TS de 19.2 y de 5.3 de 1959.

[46] SALA ARQUER: *La revocación*..., cit., pág. 46.

[47] STS de 8.11.1965; STS de 19.1.1968; STS de 13.12.1968; STS de 28.2.1970; STS de 19.7.1996 (Ar. 6219).

[48] SALA ARQUER: *La revocación*..., cit., págs. 168 y 175.

En cuanto a su régimen jurídico, la interpretación *a contrario* del art. 16.3 RSCL permite llegar a la conclusión de que este tipo de revocación *no va acompañada del deber de indemnizar* los daños y perjuicios causados. La exoneración de responsabilidad se explica por el hecho de que la Administración no ha contribuido a la producción del resultado.

21. En cuarto lugar, el supuesto más extremo de cambio de circunstancias lo constituye la *imposibilidad sobrevenida* de llevar a cabo la actividad amparada por el acto administrativo. En este sentido, entre las causas de extinción de la autorización demanial se prevé la "desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento" (art. 100.g) LPatrimAP).

En cuanto a su naturaleza jurídica, una vez más, hay disparidad de opiniones, que son continuación de las que la doctrina mantiene sobre la invalidez. Así, se ha dicho que la imposibilidad sobrevenida constituye un supuesto de invalidez del acto[49]. Frente a ello, hay que advertir que la imposibilidad sobrevenida no afecta a la validez[50]. En realidad, estamos ante un supuesto de *ineficacia sobrevenida* de un acto válido, cuyo contenido resulta imposible llevarlo a la práctica[51]. En consecuencia –si resulta procedente por razones de seguridad jurídica–, la técnica a aplicar no es la anulación, sino la revocación del acto.

La imposibilidad sobrevenida *no está sujeta al deber de indemnización* por parte de la Administración, sino que ha de ser soportada por el titular del acto administrativo. Sólo en el caso de que aquélla hubiera determinado dicha imposibilidad podría derivar alguna responsabilidad indemnizatoria.

22. En quinto lugar, cabe que un acto posterior modifique o desvirtúe –total o parcialmente– otro anterior, o bien destruya al que servía de soporte a este último (*revocación indirecta*). Así, por ejemplo, la autorización demanial se extingue cuando se produce la desafectación del bien [art. 100.g) LPatrimAP][52].

[49] CANO CAMPOS.T.: *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 311.

[50] Así se interpreta, en general, al analizar la imposibilidad como causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo [art. 62.1.c) LRJPAC]. GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH: *Acto...*, cit., pág. 215.

[51] BACA ONETO,V.S., *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 39 y sigs.

[52] Ahora bien –en tanto no se proceda a su extinción– "se mantendrán con idéntico contenido las relaciones jurídicas derivadas de dichas autorizaciones y concesiones. No obstante, dichas relaciones jurídicas pasarán a regirse por el Derecho privado, y corresponderá al orden jurisdiccional civil conocer de los litigios que surjan en relación con las mismas" (art. 102.3 LPatrimAP). Como puede verse, la norma opta por una solución pragmática, pero poco ortodoxa. Resulta difícil admitir la transformación automática de la autorización en un contrato privado de uso del bien, aunque sea puramente temporal. La regularización de la nueva situación jurídica parece, pues, inevitable.

En realidad, la contradicción entre actos interdependientes es un supuesto de revocación de hecho, que se realiza sin respetar las formas y garantías legalmente establecidas[53].

En principio, esta revocación debe ir seguida de la correspondiente *compensación económica*, cuando entrañe un cambio de criterios de apreciación, pero no cuando pueda interpretarse como debida a un cambio de circunstancias.

23. En sexto lugar, la extinción del acto administrativo se produce también por *incumplimiento* de la normativa vigente o de las específicas condiciones previstas en el título habilitante (*revocación-sanción*). Así lo establece con carácter general el art. 16.1 RSCL, que dispone que las "licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas". Por su parte, el art. 92.4 LPatrimAP prevé la revocación de las autorizaciones demaniales "cuando produzcan daños en el dominio público, o menoscaben el uso general", lo que –implícitamente– puede entenderse como incumplimiento. Adicionalmente, el art. 100 LPatrimAP prevé su extinción por falta de "pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización".

El incumplimiento no necesariamente determina la automática extinción de la autorización. No todas las obligaciones tienen la misma trascendencia, por lo que –de acuerdo con el principio de proporcionalidad– no todos los incumplimientos deben acarrear, automática y necesariamente, la extinción de la autorización administrativa[54]. Sólo los incumplimientos más graves deben conducir a la revocación de la autorización[55]. La normativa debe establecer con claridad los deberes y obligaciones a que se sujeta el titular de la autorización, así como las consecuencias de su incumplimiento.

La extinción de la autorización no se produce de plano, sino que –de acuerdo con una reiterada jurisprudencia–, es precisa una declaración formal de la

[53] SALA ARQUER: *La revocación...*, cit., págs. 186 y sigs.

[54] MESTRE DELGADO, J. F.: "La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales", en CHINCHILLA MARÍN,C.: *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 505; CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 288.

[55] STS de 6.6.1988 (Ar. 4594): el Tribunal sanciona lo desproporcionado de la revocación de la autorización (actividad de reconocimiento médico para la obtención del permiso de conducir) por la comisión de infracciones solamente calificables como graves. A estos efectos, el TS tomó en cuenta que se trataba de la primera infracción cometida y que no había mediado advertencia o apercibimiento previo. La normativa aplicable (art. 3.3 de la Orden Ministerial de 22.9.1982) contemplaba de manera genérica la posibilidad de revocar las autorizaciones concedidas ante el incumplimiento de las condiciones en ellas previstas. STS de 14.9.1995 (Ar. 6830).

Administración[56]. A estos efectos, debe abrirse el correspondiente expediente administrativo, con audiencia del interesado, en el que ha de acreditarse el incumplimiento y la responsabilidad en que haya podido incurrirse.

En cuanto a su *naturaleza jurídica*, un sector de la doctrina reconoce la existencia de una escala de sanciones, en la que tendría encaje la revocación-sanción[57], de la que se ha dicho que es una sanción *sui generis*[58]. La normativa refleja también la estrecha relación entre la revocación y la sanción. Con frecuencia, el incumplimiento se configura como una infracción, al objeto de forzar al titular de la autorización a desarrollar la actividad en los términos establecidos. En estos casos, la infracción merece una respuesta sancionadora, además de la revocación del título habilitante[59]. Por su parte, la jurisprudencia –al aplicar el art. 16.1 RSCL–, en ocasiones, termina deslizándose en sus razonamientos al ámbito sancionador[60]. El propio Tribunal Constitucional ha admitido que "la revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y en otras no" (STC 181/1990, FJ 4º)[61].

Frente a ello, hay que afirmar que la revocación-sanción representa una consecuencia desfavorable que se impone frente a un incumplimiento de la normativa vigente, pero *en sí misma no es una sanción*. No todos los incumplimientos están tipificados como infracción administrativa y, por tanto, no todos merecen una respuesta sancionadora. Por otra parte, el incumplimiento no siempre resultará imputable al sujeto autorizado, sino que puede deberse a razones objetivas[62].

[56] LLISET BORRELL,F., LÓPEZ PELLICER,J.A.: *Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales*, 2ª edic., El Consultor, Madrid, 2002, págs. 113 y sigs.; CABALLERO SÁNCHEZ: *Prescripción...*, cit., pág. 287.

[57] VILLAR PALASÍ, J. L., voz "Concesiones administrativas", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. IV, Barcelona, 1952, págs. 745-746.

[58] CABALLERO SÁNCHEZ: *Prescripción...*, cit., págs. 261 y sigs.

[59] VELASCO ha dicho que la caducidad no es sanción, sino una condición resolutoria potestativa. Ocurre, sin embargo, que en la normativa, a veces, aparecen confundidas, de manera que puede pensarse que la caducidad se configura como una sanción. GALLEGO ANABITARTE,A., *Prólogo* al libro de VELASCO CABALLERO: *Las cláusulas...*, cit., págs. 24-25.

[60] STS de 31.1.1989 (Ar. 408): en un proceso seguido por la vía de la Ley 62/78, a efectos dialécticos, admite que la revocación de una licencia de explotación sea una sanción, que quedaría suficientemente amparada por el principio de legalidad (art. 25 CE); STS de 27.6.1991 (Ar. 5305): acaba clasificando como sanción la revocación de la licencia -y consiguiente clausura del bar-, debida a un incumplimiento de las condiciones con que había sido otorgada.

[61] Vid. también la STC 61/1990, de 29.3 (FJ 6º).

[62] STS de 2.12.2002 (Ar. 1421/2003): "No existe aquí infracción alguna que sancionar. Las razones para la revocación o limitación pueden no derivar de ninguna conducta culpable del piloto. Pueden ser motivos objetivos, nacidos de las circunstancias concurrentes, que, al poner en peligro la seguridad aérea, determinan el ineludible deber de la Administración de tomarlos en cuenta y evitar sus graves consecuencias... en tanto en cuanto la revocación de la licencia, al igual que su no otorgamiento, se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el

Cont.

En caso de que el incumplimiento sea constitutivo de una infracción, la *vis atractiva* del procedimiento sancionador conducirá a la tramitación conjunta de la sanción y de la retirada del título habilitante. Sin embargo –como decimos–, esto no significa que la revocación sea una sanción administrativa, como sostiene parte de la doctrina[63] y no dejan de reconocer algunas sentencias[64]. Lo que ocurre es que –por razones de economía procesal–, la revocación se instrumenta a través del procedimiento sancionador, de manera conjunta, aunque independiente, de la sanción por infracción grave o muy grave[65].

El ejercicio de la facultad revocatoria por parte de la Administración no tiene, pues, una naturaleza sancionadora, por lo que tampoco se somete a sus reglas, ni a las exigencias del art. 25.1 CE[66]. La invalidez –y eventual anulación– de la sanción no necesariamente determina la de la revocación y medidas accesorias que hayan podido imponerse, ya que se trata de actos independientes. Los defectos de forma –incluida la falta de audiencia del interesado– sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados[67].

V. Transmisibilidad de los títulos jurídicos habilitantes

24. La transmisibilidad de las autorizaciones es un aspecto *decisivo* del régimen jurídico de la actividad, especialmente en aquellas cuyo número se encuentra sujeto a restricciones cuantitativas[68]. Hasta cierto punto, permite la "patrimonialización" de la autorización, que puede ponerse en el mercado y generar un preciado tráfico (oficinas de farmacia, auto-taxis, etc.).

---

ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionatoria, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente" (FJ 3º).

[63] GARRIDO FALLA,F.: "Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios", en *RAP*, núm. 45, 1964, pág. 231. LAFUENTE BENACHES, M.: *La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 143-145 y 400-401. VELASCO CABALLERO: *Las cláusulas...*, cit., págs. 87 y sigs.

[64] STS de 2.3.1987 (Ar. 1439); STS de 11.3.1987 (Ar. 1471 y 1472); STS de 7.3.1987 (Ar. 1522).

[65] GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH: *Acto...*, cit., págs. 300-302 y GALLEGO ANABITARTE: *Prólogo* al libro de VELASCO CABALLERO: *Las cláusulas...*, cit., pág. 26.

[66] STS de 2.12.2002 (Ar. 1421/2003).

[67] STS de 30.5.2003 (Ar. 5013): caducidad de permiso de investigación minero: "Si el no oído dispone de posibilidades de defensa de eficacia equivalente, la omisión de la audiencia será o deberá calificarse como una irregularidad no invalidante... los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite". STS de 11.7.2003; STS de 16.11.2006 (FJ 4º).

[68] LAGUNA DE PAZ: *La autorización...*, cit., págs. 293 y sigs.

Se trata de un tema de siempre. Sin embargo, la cuestión ha cobrado *renovada actualidad* con la discusión de la transmisibilidad de los derechos de uso, digamos, de última generación: agua[69]; *slots* para la utilización de los aeropuertos; espectro radioeléctrico[70]; o los derechos de emisión de gases de efecto invernadero[71]. En términos gráficos, se habla de la conveniencia de facilitar la creación de los correspondientes mercados de derechos de uso respecto de estos bienes y servicios, lo que permitiría optimizar su aprovechamiento.

25. La *normativa* establece restricciones a la transmisibilidad de las autorizaciones cuyo número esté limitado:

1) En relación con las autorizaciones de *policía*, así lo prevé categóricamente el art. 13.3 RSCL: "No serán transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables fuere limitado". Este criterio general puede verse corregido en la legislación sectorial[72]. Más aún –como antes advertíamos–, en determinados campos, la legislación más reciente favorece la creación de mercados sobre derechos derivados de títulos administrativos.

2) En relación con las autorizaciones *demaniales*, más matizadamente, el art. 92.2 LPatrimAP [B] restringe su transmisibilidad cuando su número estuviera limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen expresamente la admitan, previa autorización de la Administración competente[73].

26. La razón de ser de estas restricciones se encuentra en los principios de libre concurrencia, igualdad y buena administración. A este respecto, se ha dicho que permitir la transmisión de las autorizaciones cuyo número esté contingentado "equivaldría a propiciar un fraude institucional al régimen de licitación"[74] y, en algunos casos, también un mal negocio para las arcas públicas[75].

[69] ESTEVE PARDO,J.: "El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente", en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof.Dr. S. Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 743 y sigs.

[70] LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 2ª edic., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 124 y sigs.

[71] Ley 1/2005, de 9.3, de Contaminación Atmosférica.

[72] Así, la transmisibilidad de las licencias de auto-taxis tiene reglas propias en el art. 14 del Real Decreto 763/1979, de 16.3, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transporte en Automóviles Ligeros. BOTELLA CARRETERO, J.: *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 246 y sigs.

[73] En esta línea, ya el art. 77.2 RBCL.

[74] SANTAMARÍA PASTOR: *Principios...*, vol. II, 1ª edic., cit., pág. 269; FERNÁNDEZ ACEVEDO: *Utilización...*, cit., pág. 911.

[75] En este sentido, se ha dicho que el mercado de licencias de auto-taxis es "un gran negocio, en el que los 'protegidos' del sector se permiten ganar millones de pesetas por algo que, en principio, es gratuito". BOTELLA CARRETERO: *El régimen...*, cit., pág. 259.

Con todo, la regla de la intransmisibilidad absoluta de las autorizaciones contenida en el art. 13.3 RSCL puede resultar demasiado rígida. A este respecto, hay que distinguir dos situaciones:

1) Supuestos en los que el *adjudicatario no paga el teórico "valor de mercado de la autorización"*. Si se aplica el concurso, el precio es sólo un elemento más a tener en cuenta en la adjudicación, que recaerá sobre el operador que –en conjunto– esté en mejores condiciones de realizar la actividad. En este caso, se justifican las restricciones a la libre transmisibilidad de las autorizaciones, cuya admisión podría afectar al principio de igualdad y defraudar la razón de ser de los procedimientos de selección de operadores[76]. Además, no tendría sentido que un derecho de uso que se recibe en un procedimiento público de selección, sin una contraprestación que se corresponda con su valor de mercado, pueda convertirse después en objeto de comercio, del que obtenga un beneficio económico el adjudicatario.

2) Supuestos en los que el *adjudicatario paga el teórico "valor de mercado de la autorización"*. Cuando se aplica la subasta como procedimiento de selección, la Administración otorga el título habilitante en condiciones no lucrativas para el beneficiario[77]. En estos casos, admitir la transmisibilidad de la autorización permite flexibilizar el régimen de la actividad y, en determinados sectores, abrir vías para un mercado secundario de derechos amparados en títulos administrativos.

[76] LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones...*, cit., págs. 124-126.

[77] La comercialización de radiofrecuencias solo tiene sentido si éstas no han sido asignadas a través de procedimientos administrativos, sino mediante subasta. KOENIG, C., BARTOSCH, A., BRAUN, J.-D.: *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pág. 545.

EL ACTO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA

Hugo Haroldo Calderón Morales

I. Los actos administrativos

La administración pública realiza la función administrativa, que le es propia, la que realiza a través de actos administrativos, así como los otros organismos del Estado también actos administrativos, aunque su principal función sea la legislativa y la jurisdiccional.

Los actos administrativos, como declaración unilateral del órgano, son los actos típicos del Derecho Administrativo, puesto que es el conducto por el cual se manifiesta hacia los particulares la administración. Mientras que en el Derecho privado predomina fundamentalmente el acuerdo de voluntades entre las partes, en el Derecho público se impone principalmente la voluntad de la administración, declarada en forma unilateral.

La administración pública, en su concepción dinámica, implica el ejercicio de las funciones que, en general le asigna el Ordenamiento jurídico, en especial la norma jurídica, para la realización de los fines que se propone el Estado. La función administrativa se va a manifestar a través de los actos administrativos que tienen diferente connotación y contenido, especialmente con los hechos administrativos.

A decir de DELGADILLO GUTIÉRREZ[1], hemos de establecer que antes de entrar al estudio de los actos administrativos, es conveniente recordar que de acuerdo con la teoría general del Derecho, los diferentes fenómenos que se producen por los hombres y la naturaleza, pueden o no estar regulados por el Derecho; cuando lo están, su realización produce efectos jurídicos, lo cual permite hacer la diferenciación entre hechos naturales o materiales y hechos jurídicos. Estos a su vez pueden ser diferenciados en razón de la manifestación de la voluntad del agente que los genera, expresada o no con el propósito de producir los efectos jurídicos en sentido estricto y de actos jurídicos. Por ello, se dice que el acto jurídico es una manifestación de voluntad cuyo caso podemos hablar de hechos jurídicos en sentido estricto y de actos jurídicos. Por ello, se dice que el acto jurídico es una manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos.

[1] DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H.: *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrua, México, 2002, pág. 257.

De esa cuenta, se puede identificar que la actuación de la administración pública puede ser jurídica o no jurídica, y que la misma puede exteriorizarse a través de hechos y actos no jurídicos y hechos y actos jurídicos, en donde los actos no jurídicos son declaraciones de voluntad que no producen efectos jurídicos a un sujeto de derecho, como por ejemplo una invitación, las comunicaciones generales, las simples recomendaciones, alguna información oficial, etcétera.

Los hechos no jurídicos consisten en operaciones técnicas o materiales que no producen consecuencias de derecho, como la limpieza de las oficinas o la impartición de clases en una escuela pública.

Los actos jurídicos, son las declaraciones de voluntad, de juicio o de opinión, que producen efectos jurídicos directos; estos crean modifican y extinguen derechos u obligaciones, el acto administrativo, el contrato administrativo y los reglamentos administrativos.

Los hechos jurídicos constituyen conductas administrativas de carácter material o técnico, que pueden o no producir efectos jurídicos, como el desplome de un edificio que puede causar daños o no el accidente de un vehículo de la administración, etcétera.

La diferencia entre actos y hechos jurídicos, estriba en que los primeros la estricta declaración de voluntad, dirigida a un particular; en cambio el hecho no depende de la voluntad del órgano o si depende únicamente es una actuación física, material o técnica.

Pero en general, los hechos son aquellos fenómenos, acontecimientos o situaciones que se producen independientemente de la voluntad de la administración, pero que en determinado momento pueden llegar a producir efectos jurídicos.

Aproximarse a una noción del acto administrativo, dice el Profesor uruguayo CARLOS DEL PIAZZO, como manifestación fundamental de la actividad administrativa supone señalar, en primer término, que se trata de un acto jurídico, a diferencia de un mero hecho (acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material), ya que el acto administrativo implica una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral, u otro signo convencional o ideográfico dirigido a lamente del o de los destinatarios del acto.

Dado el segundo paso, dentro del universo de los actos jurídicos, el acto administrativo (en sentido amplio) ha sido definido por la doctrina uruguaya,

a partir de SAYAGUÉS LASO, como una declaración de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos[2].

Por definición la administración pública es una acción. La administración como actividad se encamina al logro de algo y estas se caracterizan por el cumplimiento de fines, que es el bienestar general, el que se genera a través de una actividad administrativa y en el sentido más amplio por medio del acto administrativo.

En el presente capítulo se tratará de definir al acto administrativo y a partir de las ideas anteriores, es posible esboza una definición que reúna sus principales elementos. Determinar sus elementos y características, sus efectos y su extinción, son sin lugar a dudas lo esencial para tener clara su concepción.

Resulta difícil concretar la definición del acto administrativo, por cuanto de esta materia se han generado constantes discusiones.

JAIME RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, dice que el acto administrativo es toda decisión unilateral sometida al Derecho administrativo que ejecutivamente crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva, ejercitando una potestad administrativa a través del procedimiento legalmente establecido[3].

El acto administrativo constituye, como lo manifiesta CANASI, "la base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado, en sentido lato, y regula la función administrativa, ya sea en forma de actos jurídicos o de actos materiales, dando origen, por su complejidad, a la llamada teoría del acto administrativo, regulada por el derecho administrativo y que constituye la rama del derecho público"[4].

Doctrinariamente se han definido en diversas formas el acto administrativo, y se ha llegado en ocasiones a confundir el Acto Jurídico con el Acto Administrativo. A nuestra forma de verlo podríamos decir que el ACTO JURIDICO es el GÉNERO y el ACTO ADMINISTRATIVO es la ESPECIE.

II. Evolución

Tomando como base la relación histórica que hace el connotado maestro español JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, vemos como es que evoluciona el

[2] DELPIAZZO, E. C.: *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrua, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pág. 151.
[3] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Derecho Administrativo Español*, Editorial Porrua, universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 163.
[4] CANASI, J: *Derecho Administrativo*, pág. 99.

acto administrativo en el Estado francés y como el acto administrativo toma matices diferentes hasta llegar a una concepción más exacta del concepto.

Como ocurre en otras categorías jurídicas, especialmente en el derecho administrativo, el acto administrativo nace en el Derecho francés y, con escasos matices, su dogmática se incorpora a otros Ordenamientos continentales.

El acto administrativo surge inicialmente para consagrar una idea completamente opuesta a la que con el tiempo se impondrá: las actuaciones del Poder Ejecutivo no son susceptibles de ser controladas por los tribunales de justicia. Así, en Francia, esta idea se sustentó ya durante el Antiguo régimen al afirmarse que determinados actos del monarca, en tanto que manifestaciones de poder o autoridad, no eran fiscalizables (asuntos gubernativos o de policía, frente a otro tipo de asuntos, los contenciosos o fiscales, sobre los que se admitía el control de los tribunales ordinarios).

Esta idea va a sufrir una importan transformación a raíz de dos hechos hitos jurídicos estrechamente relacionados: la elaboración del principio de legalidad, a partir de la Revolución francesa; y el nacimiento de la jurisdicción especializada en asuntos de la administración (la jurisdicción contencioso-administrativa).

Efectivamente, la Revolución francesa supuso, entre otras cosas, el reconocimiento del sometimiento de la actuación administrativa a Derecho. Pero también, por circunstancias históricas perfectamente comprensibles (desconfianza de los tribunales, considerados por los revolucionarios como herederos del Antiguo Régimen), dicho sometimiento a Derecho no se canalizó a través de los tribunales de justicia.

En ese momento de la historia del Derecho administrativo, había que hacer frente a dos incógnitas fundamentales: cuales eran los actos de la administración sometidos al principio de legalidad y quien o quienes llevarían a cabo el control de dicha actuación.

Se llega así a definir al acto administrativo como el acto jurídico dictado por la administración y sometido al Derecho administrativo, entendiendo inicialmente comprendidos en esta categoría los llamados actos de autoridad, dictados en materia de libertades, policía y propiedad, fundamentalmente; y diferenciándose de los actos de gestión, sometidos a los tribunales ordinarios.

Con el tiempo, la categoría de acto administrativo va experimentando una importante ampliación, sobre todo al distinguirse, dentro de los actos de

gestión de la administración entre actos de gestión privada, y actos de gestión pública que son los que dicta la administración en relación con los llamados servicios públicos, y que quedan también excluidos del conocimiento de los tribunales ordinarios.

Consecuentemente había que determinar quien o quienes debían llevar a cabo el control de legalidad de los actos administrativos. La desconfianza hacia los tribunales ordinarios provoco que varios textos legislativos franceses de la época se pronunciaran de la siguiente manera: "No podrán los jueces y tribunales, sin incurrir en delito de prevaricación, intervenir de ninguna manera en las operaciones de los Cuerpos Administrativos (Francia, 1970)[5].

Con ello surge también la jurisdicción administrativa, de lo que se le ha denominado como JUSTICIA DELEGADA, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano administrativo (el Consejo de Estado), la separación misma de los PODERES DEL ESTADO y la desconfianza del pueblo francés en los tribunales ordinarios, obliga a que los actos administrativos sean controlados en el propio seno de la administración pública.

El acto administrativo, como la parte medular de la función administrativa, el aparecimiento del Estado de Derecho, han provocado que apliquen principios que no habían aplicado para la administración, el principio de LEGALIDAD que surge en Francia adoptado por los ordenamientos jurídicos de muchos estados y del surgimiento del principio de JURIDICIDAD en la actualidad, especialmente en Guatemala, que queda regulado en el artículo 221 de la Constitución.

Como en el Estado Absoluto, las arbitrariedades y el abuso del soberano para imponer a los particulares, no había reglas claramente establecidas, el Rey o Monarca imponía a sus súbditos en una forma antojadiza y arbitraria sus determinaciones, violaciones a los más elementales derechos del hombre, fueron socavando las estructuras del sistema, hasta llegar a conformar un Estado de Derecho, en donde el poder pertenece al pueblo, únicamente lo delega en las autoridades para su ejercicio, los actos de la administración van cayendo en las redes de la legalidad y de la juridicidad. Con ello también el surgimiento de de controles para garantizar a los subordinados, a través de órganos jurisdiccionales especializados, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la aplicación de los principios sobre los que debe basarse la función administrativa (legalidad y juridicidad), y el cumplimiento de la finalidad del Estado (el bien común).

[5] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Op Cit., pág. 162

Consecuentemente del surgimiento del Estado de Derecho, en forma paralela surgen la necesidad de la aplicación de los principios, en Francia, a raíz de su revolución, surge el Principio de Legalidad, en donde el funcionario público no puede dictar un acto administrativo, sin la existencia de una norma legalmente establecida que le autorice la actuación, de lo contrario el funcionario incurre en abuso de poder o abuso de autoridad. Pero el principio se tornó muy rígido y provoco negligencia, puesto que el acto administrativo quedara inmerso dentro de una norma legal plena.

Por eso el surgimiento de otro principio importante, el Principio de Juridicidad, en el cual el funcionario tiene la opción que a falta de una norma pueda aplicar los principios generales del derecho administrativo y desde ese momento los principios cobran una importancia especial, el acto administrativo queda encuadrado en el ordenamiento jurídico administrativo y especialmente en el Derecho.

III. Características

Es necesario que para poder precisar, con alguna exactitud sobre el acto administrativo es necesario detenernos para analizar las principales características del concepto.

Creemos que las características más importantes del acto administrativo son:

- Presunción de Legitimidad, legalidad y de juridicidad;
- Ejecutoriedad-Posibilidad de ejecución;
- Revocabilidad;
- Irretroactividad;
- Unilateralidad;
- La decisión administrativa;
- Sometimiento al Derecho Administrativo.

Algunos otros autores agregan a las características del acto administrativo la impugnabilidad, tratado por otros autores como la revocabilidad que en el fondo es lo mismo con la única diferencia que la revocabilidad puede hacerse hasta de oficio, siempre que el acto no esté notificado a los particulares.

Veamos y analicemos cada una de estas características:

A. La presunción de legitimidad, juricidad y legalidad

El acto administrativo goza de la suposición que ha sido dictado con arreglo al ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista del principio de juridicidad, se trata de una presunción relativa que encuentra su fundamento en que bajo la aplicación de este principio, cuando se resuelve en base a derecho, son aplicables los principios.

En opinión de COMADIRA, mencionado por DELPIAZZO, de la presunción de juridicidad se derivan principalmente las siguientes consecuencias:

- no es necesario que ningún órgano jurisdiccional declare la legitimidad de los actos administrativos;
- en razón de ella, los actos administrativos no pueden ser anulados de oficio jurisdiccionalmente;
- ante un acto administrativo que no esté afectado por vicio grave y manifiesto, es necesario alegar y probar su ilegitimidad;
- los particulares deben obedecer los actos administrativos, sin perjuicio de las impugnaciones que puedan corresponder;
- entre dos interpretaciones posibles, s debe elegir la que favorezca la validez del acto administrativo[6].

Para el Profesor GODÍNEZ BOLAÑOS la legitimidad del acto administrativo se da Cuando se ha cumplido con todas las etapas del procedimiento administrativo y los requisitos de fondo y de forma que señale la ley, se produce el acto administrativo que se presume legítimo y empieza a producir efectos jurídicos luego de su notificación, salvo que sea impugnado por el afectado por medio de los recursos administrativos o en la vía judicial por medio del contencioso administrativo, el amparo y la inconstitucionalidad[7].

La presunción de legitimidad, consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme al principio de JURIDICIDAD (acto apegado a DERECHO), es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y a la de los principios del derecho administrativo. Esa presunción de legitimidad sólo puede hacer referencia al acto administrativo perfecto, o sea que tenga validez y eficacia. Si es un acto válido pero ineficaz sólo será ejecutorio. Esta presunción de legitimidad es iuris tantum y por lo que puede probarse que el acto administrativo no tiene la legitimidad que en él se presume. Así, la presunción iuris tantum de validez es coadyuvante implícita en la ontología de la doctrina de la discrecionalidad y en la teoría de la irrecurribilidad del acto confirmatorio y definitivo. Quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar que el acto no cumplió con los principios, y la acción sólo puede darse a los interesados o administrados a quienes la ley permita ejercer tal poder; es claro que la ilegitimidad no puede

[6] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrua, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pág. 153.
[7] Op. Cit., pág. 1.

declararse de oficio ni la legitimidad presumida debe ser declarada por el tribunal contencioso administrativo.

Consecuentemente la presunción de juridicidad, denominada también presunción de validez, consiste en una suposición legal que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho.

Esta presunción implica que el acto fue realizado de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico administrativo, y es válido en cuanto a los efectos que produce; tiene como fundamento el hecho de que las garantías subjetivas y objetivas de los administrados, que preceden a la formulación del acto administrativo, han sido respetadas en cuanto a que previamente los órganos administrativos han instruido un procedimiento en el cual se contienen los hechos, circunstancias y demás elementos materiales y jurídicos que debe reunir todo acto de la administración.

Con base en estos principios es que la administración pública logra la ejecución de sus actos administrativos, por ella misma; por tal motivo, la existencia de los principios de legalidad y de juridicidad son de suma importancia para el cumplimiento de las finalidades estatales, ya que de no existir, toda actividad administrativa quedaría supeditada a la verificación del cumplimiento de los requisitos que para su formación establece la ley, lo que provocaría el retardo administrativo en su debido ejercicio y se pierde la finalidad.

La validez de un acto administrativo deriva de una presunción legal o humana, que la ley establece a favor de los actos administrativos de órgano y que subsiste mientras no se demuestre su invalidez. Consecuentemente, la presunción de legitimidad, legalidad o juridicidad no es absoluta, sino relativa (juris tantum), lo que significa que admite prueba en contrario.

B. La ejecutoriedad

La ejecutividad del acto administrativo, consiste en que produce todos sus efectos jurídicos e inmediatos y, por lo tanto, debe ser cumplido aun en contra de la voluntad de los administrados a que va dirigido; es decir, es la cualidad de producir sus efectos sin necesidad de una declaración posterior.

Mientras tanto, la ejecutoriedad del acto administrativo consiste en la posibilidad que el órgano administrativo, por si mismo, haga efectivos los efectos jurídicos sin necesidad de recurrir a una autoridad jurisdiccional.

Sobre estos dos conceptos encontramos falta de unanimidad en el término usado por los tratadistas. Algunos autores hablan de “ejecutoriedad” y otros

de “ejecutividad”. Pero creemos que todo se reduce a determinar la fuerza ejecutiva, la cualidad de ejecución con que nacen los actos administrativos, diferenciándose dentro de esa fuerza o cualidad, la posibilidad inmediata de ejecución -ejecutividad- y el hecho de que es la propia Administración quien pueda llevar a cabo el contenido del acto -ejecutoriedad-. De tal manera que este carácter podría denominarse de “Posibilidad de Ejecución” que sería el hecho de poder o deber llevar a la práctica la fuerza ejecutiva con que se supone nace el Acto Administrativo. A su vez, esa “Posibilidad de Ejecución” se desdoblaría en dos aspectos: la ejecutividad y la ejecutoriedad, de acuerdo con las definiciones que hemos dado antes. La ejecutividad sería la fuerza inmediata de ejecución, el hecho de que pudiera o debiera exigirse y cumplirse la ejecución; mientras que la ejecutoriedad, sería la posibilidad que tuviera la administración de hacerlo cumplir por sí misma. Aunque este carácter sea denominado ejecutividad o ejecutoriedad, casi todos los autores están de acuerdo en que ambos términos tienen significados distintos.

Para otros autores la ejecutoriedad es la fuerza ejecutiva del acto, consistiendo en una particular vis jurídica propia del acto administrativo. Es uno de los privilegios de la administración pública y también un requisito para promover recurso contra el acto, pues solamente la decisión ejecutoria puede atacarse con los procesos contencioso-administrativos, la ejecutoriedad puede ser propia o impropia. Propia cuando no sólo la decisión sino también la ejecución directa es de competencia de la autoridad administrativa, salvo casos especiales. Es impropia cuando la ejecución del acto administrativo es ordenada o previamente aprobada la decisión por autoridad de otro poder (en general la autoridad jurisdiccional).

En nuestro sistema, por ejemplo, la autoridad administrativa mediante resolución administrativa puede imponer multas, pero la ejecución de la medida es judicial, a través del órgano jurisdiccional. El órgano administrativo no puede decretar medidas para el cumplimiento, como embargo, arraigo, etc.

Como vemos, hay que analizar de ejecutividad y ejecutoriedad como términos de distintos significado; habla sólo de ejecutoriedad diciendo que es la fuerza ejecutiva del acto. Pero como hemos dejado explicado, esos vocablos tienen significado propio, por lo que es preferible seguir conservando ambos, catalogándolos como aspectos de la fuerza de ejecución, o posibilidad de ejecución del acto administrativo. No creemos conveniente dar al término ejecutoriedad más alcance del que realmente tiene.

Es necesario diferencian esas palabras en el mismo sentido que lo hemos hecho. Estamos de acuerdo en que cada una tiene un significado propio, cuando menos en el lenguaje del derecho administrativo.

La doctrina ha considerado que los órganos administrativos pueden valerse de algunos medios de ejecución del acto administrativo como: a) La coacción directa, b) la coacción indirecta y c) la ejecución subsidiaria.

Para el Profesor GODÍNEZ BOLAÑOS, la ejecutoriedad implica: "Cuando el acto administrativo llena los requisitos de fondo y de forma que exige la ley, debe cumplirse luego de notificado. La ejecución puede ser:

a) Ejecución Directa: Cuando los propios órganos centralizados o las entidades autónomas o descentralizadas del Estado, se encargan de ejecutarlo, pues el particular voluntariamente lo acepta en su totalidad y empieza a cumplirlo. (Por ejemplo, se notifica al particular una notificación por ajuste de impuestos y la multa la paga en la caja fiscal); y

b) Ejecución Indirecta: Que se produce cuando debe pedirse la intervención de un órgano jurisdiccional especial o privativo (económico-coactivo) o común (penal), para que coactivamente proceda a la ejecución del acto. (Por ejemplo, si el particular al que se le impone una multa no la paga, el Estado lo demanda en la vía económico-coactivo. En otros casos, la falta de pago de una multa administrativa provoca la intervención a través de un juicio penal)"[8].

c) La ejecución subsidiaria: Que se trata de una ejecución efectuada directamente por el propio órgano de la administración o encomendada por aquél a un tercero, con cargo al obligado a cumplir el acto. Esta tiene lugar tratándose de obligaciones que no son personalísimas y que impliquen una actividad material y fungible y, por lo tanto, puede realizarla una persona distinta del obligado, pero siempre a nombre y por cuenta de éste, como por ejemplo la obligación de demolición de una construcción que represente peligrosidad para los vecinos de un municipio, construcción de bardas de seguridad, aceras, si el administrado no las cumple.

Por último hay que señalar que si bien ftodos los actos de la administración tienen el carácter de ejecutividad, existen algunos que no son ejecutorios, puesto que para que se de esta característica es necesario que sea factible física y jurídicamente su ejecución. No pueden ser ejecutoriados los actos en los que se haya que cumplir una condición especial, que se haya suspendido su ejecución por orden judicial, que estén sujetos a un plazo o alguna otra condicionante.

[8] Op. Cit., pág. 1.

C. La irretroactividad

Toda norma de cualquier naturaleza impone en este principio, en que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal en lo que favorezca al reo, preceptuado en el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El acto administrativo es irretroactivo, por regla general, pero puede -y aun debiera en ciertas circunstancias-, gozar de retroactividad en varias situaciones, especialmente cuando satisfaga las ingentes necesidades públicas o los fines del Estado, aún a costa del interés particular. El acto administrativo emitido en esas circunstancias, nunca podría ser atacado de ilegítimo.

Creemos que aun por interés público no se puede dar en los actuales momentos se puede aplicar la retroactividad de los actos administrativos, pues como ya lo expresamos al principio, solamente en el caso de la Ley Penal se puede dar y únicamente en lo que favorezca al reo.

La irretroactividad implica que el acto administrativo, en primer lugar, puede ser dictado posterior al otorgamiento legal de una competencia administrativa del órgano; en segundo lugar, debe surtir efectos a partir de la notificación o publicación, a la persona a quien se dirige y nunca antes. De lo contrario, en cualesquiera de los casos se produce la violación constitucional.

D. La unilateralidad

El Acto Administrativo es unilateral, pues como lo podremos expresar dentro de la definición, siendo éste una declaración unilateral y concreta, se establece, que para que la administración tome una decisión, no se requiere la voluntad del particular.

Algunos autores no aceptan la unilateralidad del acto, puesto que dentro de la misma pueden existir actos que se emiten por varios órganos, y manifiestan que en este caso deja de existir la unilateralidad. Desde este punto de vista creemos que en este caso no existen varias voluntades, sino la confluencia de varias competencias para tomar una decisión administrativa.

Otros autores analizan los actos desde el punto de vista del acto administrativo de contratación. Aunque el contrato es administrativo, no se puede tomar como un acto, pues en este caso, si es bilateral y lo más importante es que se pone de manifiesto la voluntad de las partes para poder suscribirlo.

La nota de unilateralidad implica que los actos administrativos son válidos por la mera voluntad de la administración pública. Con esto es posible excluir del mismo la actuación bilateral, la que supone la integración de la voluntad de más de un sujeto. Las decisiones administrativas corresponden con exclusividad al Estado a través de sus órganos administrativos.

Sin duda, el Estado puede también entablar relaciones bilaterales y el ejemplo más claro es el contrato administrativo, en la que la administración y una persona individual o jurídica se ponen de acuerdo sobre un negocio jurídico, en la que se adquieren derechos y obligaciones de ambos lados y esto es lo que lo hace bilateral el tercero no puede ser obligado a suscribir un contrato ni el Estado puede obligar a suscribirlo. Las partes (Estado y terceros) tienen que someterse al libre consenso de voluntades para perfeccionar el contrato. Esto es lo que distingue al acto administrativo, puesto que éste si es unilateral, depende únicamente de la voluntad del Estado y es de derecho público mientras que la contratación es de derecho probado.

E. La revocabilidad

La revocabilidad del acto administrativo, significa la posibilidad que un determinado acto pueda ser dejado sin efecto, por la administración pública o por impugnación, razón por la que se puede analizar desde dos puntos de vista, de manera oficiosa o a petición del interesado a través de los recursos administrativos.

1. Revocación de oficio

Que se manifiesta cuando el superior jerárquico del órgano administrativo, revoca la decisión tomada por el subordinado o el propio órgano que toma la decisión la revoca. En este caso se encuentran plasmados dentro de la ley las razones, por las cuales se puede revocar de oficio una resolución ya consentida por los interesados (el caso contemplado en la Ley de lo Contencioso Administrativo, cuando hay error de cálculo o de hecho).

El otro caso es cuando el superior, a través de los poderes que otorga la jerarquía revoca un acto emitido por el subordinado, pero en este caso hay que tomar en cuenta que la resolución o acto administrativo, no ha sido notificado y en este caso no ha producido efectos jurídicos, para el particular, el acto no está perfecto.

2. La revocación a petición de parte

Este caso se da cuando la resolución administrativa ha sido notificada legalmente al particular y éste hace uso de los medios que la ley le otorga para oponerse a las resoluciones o actos administrativos, por afectarle sus derechos e intereses. En este caso se trata de los recursos administrativos o en la vía judicial.

Para algunos autores ésta es otra de las características del acto administrativo, a la que le denominan la impugnabilidad de los actos administrativos, pero nosotros lo vemos como la revocabilidad a petición de parte.

F. Sometimiento al derecho administrativo

Con esta característica se tienen que excluir de manera definitiva, del concepto de acto administrativo, todas aquellas actuaciones de los órganos administrativos sujetas al Derecho laboral, civil o mercantil. Pero lo que es más importante, Dice JAIME RODRÍGUEZ-ARANA permite incluir en el concepto las actuaciones de personas o entes que, aún no formando parte del complejo orgánico que es la Administración Pública (personas privadas a las que se les encomienda la gestión de un servicio público) y los actos administrativos de ciertos órganos del Estado que no están integrados en la administración[9].

IV. Elementos

Los elementos más importantes del acto administrativo, los podemos clasificar de la siguiente forma:

A. Elementos de forma

Dentro de los elementos de fondo de los actos administrativos, podemos señalar los siguientes:

1. Un órgano competente

La competencia administrativa, como ya vimos en capítulos anteriores, es la facultad legal que tienen los órganos administrativos para poder actuar, un órgano sin competencia incurre su funcionario en responsabilidad de todo tipo al resolver en ausencia de ella. Por tal razón uno de los elementos más importantes es que el órgano ejerza legalmente la competencia conferida por el Ordenamiento Jurídico Administrativo.

[9] RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Op. Cit., pág. 165

2. La voluntad administrativa legalmente manifestada

La voluntad del órgano legalmente manifestada, consiste en el contenido natural o necesario, que debe hacerse saber al administrado mediante una resolución administrativa, a través de una notificación, por los medios que normalmente lo hace el propio órgano administrativo (citación por telegrama para notificarle o mediante notificador).

En sentido estricto, el contenido de un acto administrativo se identifica con su objeto. La declaración unilateral del órgano administrativo que crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva, como puede ser la autorización o licencia, una multa, el nombramiento de un funcionario.

La doctrina distingue tres partes del contenido de un acto administrativo: El contenido natural o necesario, el contenido implícito y el contenido eventual.

3. Los motivos del acto

Las resoluciones de la administración deben ser motivadas, esto lo establece la Ley de lo Contencioso Administrativo, la motivación implica argumentar legal y administrativamente cual es el fundamento del acto administrativo que se está declarando en la resolución notificada.

4. Su objeto

El objeto del acto va dirigido a manifestar la voluntad del Estado y significa lo que el órgano administrativo le está declarando al particular, le otorga una licencia de construcción, la deniega o le impone una multa por construcción inadecuada, etc.

5. La finalidad

Al configurar una potestad, la norma le asigna un fin específico, que debe ser catalogado como un fin público, el acto administrativo en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente al fin previsto en la norma y cuando se habla de fin público debe tomarse en cuenta el bienestar general. Si el acto administrativo se desvía del fin, el funcionario incurre en un vicio de desviación de poder, que puede determinar la anulabilidad del acto administrativo. El contralor de la juridicidad (Tribunal de lo Contencioso Administrativo) así lo puede declarar.

B. Los elementos de forma

Los elementos de forma de los actos administrativos los clasificamos de la siguiente manera:

1. La forma

La forma escrita es la manera normal de manifestación de los actos de la administración, realmente el hecho que sea por escrito da garantía de seriedad de la administración y la seguridad jurídica para todos.

La excepción será entonces la forma verbal, aunque si existen los actos verbales que son decisiones que surgen de la administración de manera unilateral, con características de inmediatez, se trata de ordenes muy simples que son emitidas para que cumplan una serie indeterminada de personas, por ejemplo el ordenamiento del trafico que hacen en las ciudades los agentes de las policías de tránsito.

Fuera de estas particularidades, los actos administrativos no tienen que ajustarse a una forma determinada; únicamente tienen que contener los requisitos que la ley exige para poder emitirlos y en la forma que la misma le atribuye.

2. El procedimiento

Ya dijimos que la competencia es una facultad otorgada por la ley, también diremos que el procedimiento es una facultad reglamentaria. El reglamento marca el procedimiento que se debe emplear en el ejercicio de la función administrativa. El procedimiento son los pasos que se tienen que seguir en el expediente administrativo.

Como tema conexo del Derecho Procesal Administrativo, es de suma importancia abordar el una definición de procedimientos administrativo, puesto quede de estos deviene, como finalidad principal “El ACTO o RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA”, que al final es lo que va a producir los efectos jurídicos hacia los particulares y en la medida que la administración tiene fijadas una serie de tareas a cumplir y fines a perseguir, los órganos administrativos deben seguir un determinado cause o lineamiento para hacerlo, es lo que se denomina procedimiento administrativo.

Se estudiará en este apartado lo que respecta al procedimiento administrativo, desde su iniciación, formas de iniciarlo, principios que lo inspiran y todo lo que a él respecta, se tratará de dar una visión generalizada de lo que significa

y ante todo el procedimiento administrativo en Guatemala, que es la razón de ser de este trabajo.

En adelante se llegará a una definición de este concepto, pero iniciamos nuestro tema estableciendo lo que significa, lo que a nuestro criterio es el procedimiento administrativo, aunque es prematuro dar una definición, hay que analizar algunos elementos, principios y características, para llegar a comprenderlo.

De acuerdo con las doctrinas modernas hay dos elementos que devienen fundamentales: La fijación de un supuesto de hecho, la participación de un sujeto interesado o interesados, la de órganos administrativos. Supone también un orden determinado en intervenciones diversas en el que todos los hechos, trámites, audiencias, dictámenes deben ser cumplidos hasta cumplir con la decisión final, con el que concluye el procedimiento.

El procedimiento administrativo tiene que estar desarrollado por una serie de formalidades esenciales, que van desde lo legal hasta lo reglamentario, que dan seguridad jurídica y una garantía para los particulares, con las que se evita la arbitrariedad del órgano administrativo y con la finalidad de obtener un resultado determinado, asegurando el interés general. El procedimiento es una sólida garantía de los diversos intereses, tanto de la administración como de los particulares. La administración debe garantizar el interés general, que desde luego prevalece sobre el interés particular, por esos queda obligada a seguir con las etapas señaladas en el ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a los procesos técnicos se deben distinguir, dice el Maestro SERRA ROJAS[10]: Cuando el procedimiento es ordenado por una ley administrativa y cuando dicho procedimiento queda a la libre determinación de la propia administración. Cabe señalar que, aun y cuando quede a despensa de la disposición de la administración, en nuestro medio la ley deja señalado cuales son los lineamientos que se deben seguir dentro del procedimiento. Para ello el artículo 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece en su segundo párrafo: "...El órgano administrativo que reciba la petición, al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen..."

Con esta norma se le garantiza al administrado que se realizarán únicamente las formalidades o trámites que están establecidos en las leyes y reglamentos,

[10] SERRA ROJAS, Op. Cit., pág. 277

o en caso que el procedimiento quede a la libre determinación de la propia administración y que se señalaron en la resolución de trámite.

Como primera cuestión al definir al procedimiento administrativo hay que precisar que la elaboración del acto administrativo, debe estar sujeto a una forma establecida por las normas legales y reglamentarias y que se le designa como la ULTIMA EXPRESIÓN del procedimiento administrativo. Esto significa que el Acto Administrativo no puede ser producido de cualquier manera a voluntad del titular del órgano administrativo, que ejerce la competencia del mismo, por el contrario tiene que seguir el procedimiento determinado, cuidando cumplir con los Principios, especialmente el de defensa, audiencia previa y el derecho del particular de ser oído.

En fin del procedimiento existen múltiples definiciones las que se analizarán de acuerdo a su importancia, de los distintos autores del derecho Administrativo.

Para MARTA GARCÍA PÉREZ, en el libro de Derecho Administrativo Español, coordinado por el Maestro JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, excelente amigo del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, nos dice que se puede definir el "Procedimiento administrativo" Como: "El cauce formal a través del cual se deben producir los actos y las disposiciones administrativas. En nuestro sistema jurídico es una institución constitucionalmente garantizada, según lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución Española, ("La ley regulará... el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia...")"[11].

Para el autor ACOSTA ROMERO, el procedimiento administrativo significa "La serie de actos en que se desenvuelve la actividad o función administrativa"[12].

RODRIGUES LOBATO RAÚL, mencionado por el autor MANUEL DEL RÍO GONZÁLEZ, indica que, procedimiento administrativo es la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación administrativas"[13].

Para el Maestro CARLOS E. DELPIAZZO, extraordinario amigo y miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, en su obra "Derecho Administrativo Uruguayo", nos dice que el procedimiento administrativo es: La serie, secuencia o sucesión de actos jurídicos y operaciones materiales que

[11] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Derecho Administrativo Español,* Editorial Porrua, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pág. 173.
[12] ROMERO ACOSTA, M.: *Teoría General del Derecho Administrativo,* pág. 340.
[13] DEL RIÓ GONZÁLEZ, M.: *Compendio de Derecho Administrativo,* pág. 98.

constituye el elemento ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa"[14].

El Procedimiento Administrativo para la mayoría de autores debe ser conceptualizado como: La serie de fases o etapas que comprende un expediente administrativo, que se ejecutan por o ante las autoridades administrativas o los funcionarios o empleados públicos cuya finalidad es la decisión administrativa.

Del procedimiento no podemos decir que se trata de una serie de ACTOS, no todas las etapas el procedimiento administrativo PRODUCEN EFECTOS JURÍDICOS, sino se trata de hechos administrativos que se suceden dentro de un expediente, es decir dentro del Procedimiento Administrativo, acto sólo uno y es lo que pone fin al procedimiento administrativo, al menos en la parte ordinaria, puesto que posteriores puede reiniciar con la interposición de los recursos administrativos.

El procedimiento administrativo está constituido por un conjunto de trámites y formalidades ordenados y metodizados en leyes y reglamentos administrativos, que determinan los requisitos previos que deben preceder al ACTO ADMINISTRATIVO, con su antecedente y fundamentación, los que son necesarios para su perfeccionamiento y condiciona su validez, al mismo tiempo que para la realización de su fin.

El procedimiento está formado por una serie de formalidades mínimas, para garantizar a los administrados, que la administración no va a actuar en forma arbitraria en contra del particular, así como deberá cuidar por el orden público, para garantizar el interés general, que debe prevalecer sobre el interés particular.

Al respecto nos explica el Profesor GORDILLO: "Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, por ejemplo una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados[15].

[14] DELPIAZZO C. E.: *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrua México, Universidad Autónoma de México, México, 2005, pág. 175.
[15] GORDILLO: Op. Cit., pág. 7.

Estudia en particular el Derecho de Petición (Artículo 28 de la Const.) la defensa de los interesados, y como lógica consecuencia de ello la impugnación o recursos administrativos en contra de los actos y resoluciones de la administración pública y los procedimientos administrativos de oficio por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

Esto merece una explicación, puesto que hasta hoy día todo lo relacionado con las ciencias se analizaba bajo la concepción que las ciencias jurídicas o ciencias del derecho, regulaban situaciones de derecho, pero hay que entender que el derecho administrativo no regula nada, lo que regula es la norma y únicamente la norma, lo que hace la ciencia es estudiar los fenómenos jurídicos. Por esas razones dejamos establecido que el Procedimiento es la parte del derecho administrativo que estudia reglas y principios.

El Procedimiento Administrativo puede ser definido también como "La parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados e impugnación del acto administrativo, las fases o etapas que comprende un expediente administrativo, que se ejecutan por o ante las autoridades administrativas o los funcionarios o empleados públicos, cuyo cause formal y material de la decisión o acto administrativo."

El procedimiento o conjunto de trámites establecidos por el ordenamiento jurídico administrativo, preceden, preparan y contribuyen a la perfección de las decisiones administrativas. Las leyes administrativas por lo general son de competencia pero en buena parte con contenido procedimental, tal el caso del Código Tributario, Ley de Contraloría General de Cuentas, Etc. Por esa razón dice SERRA ROJAS: "El sometimiento de la acción administrativa a un cause formal se ha justificado en dos perspectivas distintas: Como garantía del interés público y de los derechos de los particulares"[16].

Se discute sobre si el procedimiento administrativo es una serie de actos administrativos o si el procedimiento administrativo sólo tiene un acto administrativo que es el final.

Esta cuestión se puede analizar desde el punto de vista de lo que realmente pasa dentro del procedimiento, pues dentro del mismo se producen hechos como los dictámenes en general y estos por sí no producen efectos jurídicos.

[16] SERRA ROJAS, A.: *Derecho Administrativo, Primer Curso,* Editorial Porrúa, México 2002, pág. 281.

Particularmente somos del criterio que dentro del Procedimiento Administrativo solo existe una cuestión que produce efectos jurídicos inmediatos al particular y es la resolución final del procedimiento, razón por la cual no existe una serie de actos, ni siquiera preparatorios, lo único que produce efectos jurídicos es el acto o resolución final, el hecho de autorizar, no autorizar, sancionar, amonestar al particular o administrado, otorgar una licencia, etc.

V. Vicios

Ya dijimos que para que el acto administrativo, sea válido es necesario que concurran una serie de elementos que hacen al acto administrativo perfecto.

La falta total o parcial de cualesquiera de los elementos de forma o de fondo, pueden ser calificados como actos viciados, lo que puede ser motivo del control directo o recursos administrativos en contra de estos actos.

El sometimiento de la actuación administrativa a los principios de legalidad y de juridicidad, es indudable que los actos administrativos queden necesariamente inmersos en la ley y el Derecho es una afirmación esencial en un Estado de Derecho, en especial si tenemos en cuenta el privilegio de la decisión ejecutoria de los actos administrativos y la presunción de validez, de la actuación administrativa.

Se distingue una clasificación de esta clase de actos analizados por el Profesor GODÍNEZ[17], dentro del trabajo denominado Los Actos Administrativos, los cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

A. Actos jurídicamente inexistentes

En los actos jurídicamente inexistentes, como su nombre lo indica no tienen una existencia jurídica, pues los mismos carecen de los requisitos esenciales de fondo y de forma y es manifiestamente ilegal; carecen de legalidad o juridicidad y el administrado o particular afectado, puede inmediatamente impugnarlo, por los mecanismos establecidos en la ley.

B. Actos anulables

Son anulables todos aquellos actos que tienen una apariencia de ser legales, pero carecen de algunos de los elementos de forma o de fondo. Esta clase de actos producen efectos jurídicos, siempre y cuando el particular o afectado los impugne. Se puede impugnar en la vía administrativa y si el acto es confirmado

[17] Op. Cit., pág. 2.

en resolución del recurso, el particular puede acudir a la vía judicial a través del proceso Contencioso-Administrativo.

De estos vicios, de los actos administrativos el Profesor GODÍNEZ[18], distingue dos clases de acto anulable:

– Actos viciados de nulidad absoluta.

La nulidad absoluta significa que el Acto Administrativo no cumplió con elementos de fondo que no pueden ser subsanados, por ejemplo, cuando un funcionario público emite una resolución ejerciendo una competencia que no le corresponde.

– Actos viciados de Nulidad Relativa.

Cuando el acto administrativo adolece de elementos de forma y que puede quedar perfecto si se subsana el error.

VI. Clasificaciones

Clasificación de los Actos Administrativos existen tantas como autores de Derecho Administrativo existen, pero en este capítulo se tratará de hacer una clasificación extensiva de los mismos.

A. Atendiendo a su contenido

Atendiendo a su contenido los actos administrativos pueden ser: Imperativos, conformadores, declarativos y registrales.

1. Imperativos

Los que contienen una prohibición, consisten en provocar en los administrados una determinada conducta y en caso necesario, obligar coactivamente al obligado, por ejemplo, el cumplimiento de medidas sanitarias, para evitar epidemias.

2. Conformadores

Son aquellos que van dirigidos a crear, modificar o suprimir una relación jurídica concreta con los administrados, por ejemplo, las autorizaciones, las licencias, los permisos. Estos crean o modifican una situación jurídico-administrativa del administrado.

[18] Op. Cit., pág. 3.

3. Declarativos

Son aquellos en los que lleva implícito declaraciones sobre determinadas propiedades de personas o cosas, de cuya existencia o ausencia depende determinadas consecuencias jurídico-administrativas; por ejemplo, el reconocimiento de la calidad de vecino, el ejercicio de la calidad de ciudadano, declaratoria de la calidad de residente de un extranjero que vive en forma permanente en Guatemala, etc.

4. Registrales

Estos actos no contienen disposiciones sobre determinada situación jurídico-administrativo, sino se limitan a consignar que en los registros se encuentran asentadas determinadas particularidades, Constituyen hechos de los ya registrados y tienen el carácter de documentos públicos. Los efectos jurídicos se contraen a legitimar los hechos a que los mismos se refieren; por ejemplo, las certificaciones del Registro de la Propiedad, del Registro Civil, etc.

5. Requerimiento del interesado

Estos son aquellos en los que las leyes prescriben que sólo pueden tener lugar con la previa solicitud de los administrados, el administrado participa con su voluntad a la creación del acto administrativo. En este caso el particular o administrado, por medio de la manifestación de voluntad, pone en movimiento la actividad de la administración que inicia un procedimiento administrativo que finaliza con un acto administrativo. Estos casos los podemos encontrar dentro de la solicitud de licencias, autorizaciones, permisos, etc.

Normalmente, es el particular en la que la mayoría de veces pone en movimiento a la administración pública, a través de las peticiones.

B. Por sus efectos

Los actos administrativos por sus efectos pueden ser internos y externos.

1. Actos administrativos internos

Son los actos que surten sus efectos dentro de la esfera de la administración pública. Dice el Profesor GODÍNEZ, que son aquellos que “agotan sus efectos, se cumplen, en el seno de la Administración sin afectar a los particulares (por ejemplo, nombramientos, destituciones, ascensos, etc.)[19].

[19] Op. Cit., pág. 3.

2. Actos administrativos externos

Los externos trascienden hacia los particulares que son los destinatarios de los efectos jurídicos del acto. Estos son los que si se consideran como verdaderos Actos Administrativos. Expresa el Profesor GODÍNEZ, que estos actos "son los que surten efectos fuera del órgano o entidad que los emite y afecta a los particulares o a otras entidades o dependencias del Estado. Por ejemplo otorgar licencias para manejar vehículos, exportar o importar mercaderías, abrir bancos, etc."[20]

C. Por el órgano que los dicta

Los Actos Administrativos por el órgano que los dicta pueden ser actos simples y actos complejos.

1. Actos simples

Cuando el acto administrativo emana de una sola voluntad, en ejercicio de una competencia administrativa exclusiva, que corresponde a un órgano administrativo, por ejemplo, una resolución de un ministerio de Estado, resolución de un Director General, un Gobernador, etc.

2. Actos complejos

Los actos complejos, llamados también colectivos, son aquellos que se forman por el concurso de varias competencias, es decir que el acto es emitido por varios órganos administrativos con distintas competencias, por ejemplo, una resolución emitida por dos municipalidades vecinas, acuerdos emitidos por el Presidente de la República en Consejo de Ministros o con uno o varios Ministros de Estado, etc.

D. Por los efectos del acto

Los actos Administrativos por sus efectos pueden ser actos de limitación y actos de ampliación.

1. Actos limitativos

Estos son los llamados por algunos autores como los actos imperativos, que son los que contienen prohibiciones. Dice el Profesor GODÍNEZ, que son aquellos "que contienen prohibiciones y disminuyen el patrimonio de las personas o controla el ejercicio de los derechos de los particulares (por ejemplo,

[20] Op. Cit., pág. 3.

no autorizar una manifestación pública en resguardo del orden, limitar la velocidad en una carretera o las horas de atención al público, cancelar una licencia de operación de transporte extraurbano o a una línea aérea, evitar que un edificio pase de cierta altura, etc.)[21].

2. Actos de ampliación

El acto administrativo de ampliación es aquel en el que la administración pública aumenta la esfera de los derechos de los particulares, a través de la autorización, licencias, permisos, etc.

E. Por la concurrencia de elementos

Los actos administrativos por la concurrencia de sus elementos pueden ser, actos válidos o perfectos y actos viciados o imperfectos.

1. Actos válidos o perfectos

Para el Profesor GODÍNEZ, "cuando el acto administrativo contiene todos los elementos de fondo y de forma necesarios, está ajustado a derecho y al encontrarse firme, porque no se impugna o porque se declara sin lugar el recurso, se procede a su cumplimiento o ejecución en forma voluntaria o coactiva[22].

2. Actos viciados o imperfectos

Cuando los actos administrativos adolecen de algún elemento de forma o de fondo el acto administrativo está viciado o imperfecto y puede ser susceptible de cualquier impugnación administrativa y judicial, a efecto que sea revocado, porque viola principios fundamentales de la administración como la legalidad o la juridicidad.

VII. Definición

Visto todo lo anterior y a partir de todas las ideas anteriores, es posible esbozar una definición de acto administrativo, que reúna sus principales elementos.

Una definición de acto administrativo debe satisfacer, por un lado, la necesidad teórica intrínseca en su marco conceptual la forma de actuación de la administración pública sometida a un ordenamiento jurídico administrativo determinado, y por otro lado, de imperativo concreto de construir un

[21] Op. Cit., pág. 3.
[22] Op. Cit., pág. 3.

instrumento técnico ideológico para la protección de los derechos e intereses de los particulares e incluso del propio interés público.

Que el acto sea concebido como una declaración, la que significa la exteriorización de una idea, generada por la capacidad de un funcionario público.

Tomando en cuenta la unilateralidad se puede decir que acto administrativo es como un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado.

La concepción dada es bastante amplia del acto administrativo, puesto que abarca los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios. Como se puede observar, se tima como parte del acto administrativo los actos bilaterales o contractuales y como ya explicamos antes, los contratos aunque son administrativos, no constituyen meramente actos administrativos. Lo valioso de la concepción, es lo relativo a involucrar dentro de la definición la COMPETENCIA y establecer al REGLAMENTO como un acto administrativo, que creemos que es su naturaleza jurídica.

El acto administrativo también puede ser conceptualizado como una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública, crea, reconoce, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.

En esta definición se explica el acto administrativo desde varios puntos de vista:

1. En un orden lógico, el acto administrativo supone la existencia de una decisión unilateral previa por parte del titular del órgano de la administración, o la ejecución de esa decisión con independencia del contenido y de la forma que posteriormente adopte el acto.

2. Una vez adoptada la decisión unilateral, el paso siguiente es la expresión externa de la voluntad que también se realiza unilateralmente.

3. La decisión de la voluntad es del órgano administrativo competente que actúa a través de su titular y precisamente en uso de la potestad pública, lo que implica que el acto este fundado en ley.

4. Como acto jurídico, implica que puede crear, modificar transmitir, reconocer y extinguir derechos y obligaciones, por lo tanto, puede tener una, varias o todas las anteriores consecuencias.

Aunque la definición es aceptable, podemos concluir, que no siempre el acto administrativo va dirigido a satisfacer el interés general, sino que en ocasiones va dirigido a la satisfacción de intereses particulares, siempre cuidando que no se altere el orden público ni se afecte el interés general con el mismo.

Acercándonos más a una definición restringida, podemos decir que el acto administrativo es: toda declaración de voluntad de un órgano público actuando dentro de una función administrativa y con un fin administrativo, y que produce efectos jurídicos, concretos o generales.

En esta definición podemos observar que los efectos jurídicos pueden ser concretos o generales, esto implica que se puede establecer que el reglamento como un acto general, queda comprendido como un acto administrativo. Creemos que lo único que faltaría a la definición es que la declaración es unilateral, aunque se entiende, desde el momento que se indica que la declaración es de un órgano público.

Analizados algunas definiciones que se han desarrollado a lo largo del tiempo, podemos concluir diciendo que el acto administrativo es:

> "Una decisión unilateral, concreta o general de voluntad, de un ente administrativo competente, sometida al orden jurídico administrativo y a los principios de legalidad y de juridicidad,, que produce efectos jurídicos directos, concretos o generales, que ejecutivamente crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva, ejercitando una potestad administrativa a través del procedimiento legal o reglamentariamente establecida".

Veamos los elementos que contiene nuestra definición:

1. Declaración unilateral de voluntad del órgano administrativo

La declaración de voluntad es unilateral del órgano administrativo, pues las decisiones administrativas, no son sometidas al consenso de voluntades, el Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público es de imposición y no de coordinación, esto significa que para la emisión del acto administrativo, no es necesario coordinar con los particulares, sino por el contrario, la administración pública impone a los administrados sus determinaciones.

2. La declaración es concreta o general

La declaración del órgano administrativa es concreta, cuando va dirigida a persona o personas determinadas, en la cual se autoriza, se prohíbe o restringe un derecho, por ejemplo, una multa o un apremio, por violación a las leyes o reglamentos administrativos. General cuando el acto va dirigido a toda la colectividad, por ejemplo, un reglamento administrativo que es de aplicación general, hay que recordar, que la naturaleza jurídica del reglamento, es que se trata de un acto administrativo y no una facultad legislativa de los órganos administrativos.

3. El órgano administrativo es competente

Necesariamente el órgano administrativo que está emitiendo el acto administrativo, tiene que estar investido de esa facultad, poder o potestad para poder actuar, lo que se le denomina la Competencia Administrativa. Para que un acto administrativo sea válido y perfecto, tendrá que ser emitido por un órgano al que la ley le otorga la competencia, de lo contrario el acto o resolución administrativa es ilegal y puede convertirse en un Abuso o desviación de poder.

4. Produce efectos jurídicos directos y concretos

Todo acto de la administración pública produce efectos jurídicos, que es el elemento más importante de nuestra definición, pues si no hay efectos jurídicos no podrá denominarse acto administrativo, los que son directos y concretos cuando van dirigidos a persona o personas determinadas, como ya lo explicamos antes.

Los efectos jurídicos pueden ser también generales, cuando van dirigidos a toda la colectividad, como ya lo hemos explicado van dirigidos a toda la colectividad, caso del reglamento.

VIII. Los hechos administrativos

Los hechos administrativos, se pueden definir como todo acontecimiento del cual surge o se producen efectos; también existen hechos a los que el orden jurídico no les asigna efectos directos.

Los hechos se pueden dar en comportamientos materiales de la administración pública. Este ejemplo se puede dar dentro de los dictámenes técnicos o jurídicos, estos son verdaderos hechos administrativos.

Algunos autores expresan que los hechos pueden tener o no efectos jurídicos, por ejemplo los hechos naturales, pero estos se producen sin la voluntad de la administración, salen de la esfera de la función administrativa. Así, también expresan que la ejecución de los actos pueden ser conceptualizado como hechos de la administración, lo que no es cierto, pues la ejecución de los actos, es el acto mismo.

Creemos que los hechos los podemos definir como "acontecimientos de los cuales pueden o no producir efectos, pero en el caso de producirse efectos es la voluntad expresa del órgano administrativo, pues si es expresada voluntariamente la voluntad de la administración, será acto administrativo".

Esto lo podemos ejemplificar en las resoluciones de un Juez de Asuntos Municipales, que resuelve paralizar una obra, por falta de licencia, construcción inadecuada, peligrosa, etc., y cuando la administración municipal notifica y sella la obra que se trate, en ese caso está ejecutando el acto administrativo, no es un hecho.

Otro caso son las autorizaciones, licencias o permisos que la administración resuelve, por ejemplo la administración resuelve otorgar licencia a una empresa para instalar un depósito de combustible para una caldera, cuando el particular es notificado de la resolución que autoriza, licencia o permiso, el particular llena de combustible el depósito, el propio particular ejecutó el acto administrativo, este tampoco es un hecho, es el acto mismo.

IX. Actos reglados y discrecionales

Dentro de la clasificación de los actos administrativos podemos señalar, como los más importantes, los Actos Reglados y los Actos Discrecionales, de los cuales se tratará de definir cada uno de ellos.

A. Los actos reglados

Los actos reglados son aquellos que se producen dentro de la administración, mediante preceptos legales imperativos que contienen reglas vigentes y específicas, que regulan la actividad de la administración en una materia determinada.

En consecuencia se puede decir que el acto reglado fluye de normas jurídicas, cuya referencia a las circunstancias del caso, no contienen formas elásticas en tal elemento normativo. En este caso del órgano administrativo debe fluir una resolución apegada a lo que la norma indica, sin un marco de amplitud para aplicarla, la ley le indica al funcionario los requisitos a llenar, el procedimiento y la resolución del caso.

Para FRAGA, el acto reglado es el acto obligatorio e indica que el acto obligatorio es aquel en "que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho. En esta clase de actos, sigue diciendo FRAGA la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si esta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso"[23].

Para el Profesor GODÍNEZ, "El acto administrativo es reglado, cuando la ley señala el procedimiento, los requisitos y el sentido de la resolución negativa o positiva (de limitación o de ampliación). La ley le indica al funcionario como debe resolver como norma de observancia obligatoria. Cuando el funcionario resuelve en contra de lo dispuesto en la ley, el perjudicado puede interponer el recurso administrativo que corresponde y en caso de confirmación del acto en la vía administrativa, puede acudir a la vía judicial (contencioso administrativo)"[24].

B. Los actos discrecionales

El acto discrecional dice FRAGA, "tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o como debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a la autoridad una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como la de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público etc., lo mismo que cuando en las leyes se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio"[25].

El acto discrecional se dicta de acuerdo a la oportunidad y conveniencia del Estado; por el contrario de los actos reglados, los discrecionales fluyen de normas jurídicas en las cuales existen fórmulas elásticas que permiten al funcionario encargado del órgano administrativo aplicar su criterio, al resolver, una vez concluido el procedimiento administrativo.

[23] Op. Cit., pág. 231.
[24] Op. Cit., pág. 3.
[25] Op. Cit., pág. 232.

En conclusión podemos decir que el acto discrecional es aquel en que se aplican preceptos que concede al órgano administrativo cierta libertad de actuación, pues la norma fija un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de tomar una decisión, naturalmente dentro de los parámetros que la misma ley le fija.

X. La ejecución directa e indirecta de los actos administrativos

A. La ejecución directa de los actos administrativos

Como lo manifiesta FRAGA[26], que el acto administrativo produce sus efectos a partir del momento que ha quedado formado y una vez que se cumplan ciertos requisitos que las leyes pueden establecer para que el propio acto sea conocido, tales los relativos a la notificación mediante comunicación personal, o mediante publicación en algunas de las formas que la misma ley dispone, por ejemplo la publicación en el diario oficial.

En cuanto a la ejecución directa de un acto administrativo perfecto, podemos observar que se pueden dar varias situaciones, como las que podemos observar a continuación:

1. Ejecución directa voluntaria

Existen casos dentro de la Administración pública, en las cuales el particular por sí mismo, en forma voluntaria ejecuta el acto administrativo y esto naturalmente no tiene problemas, máxime si los efectos jurídicos del mismo consisten en otorgar un beneficio al particular, una licencia, un permiso, una autorización. En este caso el particular recibe la notificación de la resolución y automáticamente la cumple.

También suele suceder que el particular recibe la notificación de una resolución administrativa y la misma consiste en una sanción, prohibición, o una multa impuesta al particular por infracciones a leyes y reglamentos administrativos, la puede cumplir.

En estos casos, independientemente, que la resolución beneficie o perjudique al particular y la cumple no hay problema, pues la Ejecución del Acto Administrativo, se realizó en una forma voluntaria por el particular.

[26] Op. Cit., pág. 281.

2. Ejecución directa no voluntaria

En este caso cuando el Acto Administrativo, se ejecuta por parte de la Administración Pública en una forma coercitiva, usando mecanismos necesariamente administrativos para hacer que se cumplan con sus resoluciones, estaremos ante una ejecución directa no voluntaria, por ejemplo, cuando un Juez de asuntos municipales ordena la paralización de una obra que pueda representar peligro o el cierre temporal de una industria o comercio por afectar el medio también del municipio o el cierre de comercios para evitar una epidemia.

En estos casos, la Administración Pública cumplió a plenitud con el acto administrativo y ejecutó en forma directa voluntariamente o no el mismo.

B. La ejecución indirecta de los actos administrativos

En este caso y principalmente cuando se trata de actos en donde se les impone a los particulares una obligación o actos en los cuales se pueda afectar los derechos e intereses de los mismos y el acto no es voluntariamente cumplido por el particular. El problema es, cómo debe actuar la Administración Pública.

Va a depender mucho de la situación en que se encuentre la resolución administrativa, para el modo de proceder de la administración. Si la resolución se encuentra en período de planteamiento de un recurso, la administración debe esperar que la resolución esté firme, para poderla ejecutar.

Cuando se trata de incumplimiento de pago en impuestos, arbitrios, tasas, contribuciones obligatorias, etc., en donde la administración no tiene el poder suficiente para hacer que se cumpla con obligaciones preestablecidas o sanciones por infracción a leyes o reglamentos en la que implique adeudos al fisco, la administración tiene necesariamente que acudir a los órganos jurisdiccionales a efecto de ejecutar estos actos.

En este caso, el medio idóneo que debe emplear la administración es el juicio o proceso Económico-Coactivo, ante órganos jurisdiccionales.

XI. El económico coactivo en Guatemala

El Estado desarrolla una actividad que se le denomina Financiera, y a través de ésta, adquiere los medios necesarios para la existencia, sostenimiento y el cumplimiento de la finalidad que se propone el Estado, a través de sus órganos administrativos.

A este respecto FRAGA establece que, "el sostenimiento de la organización y funcionamiento del Estado, implica necesariamente gastos que éste debe atender procurándose los recursos pecuniarios indispensables. El Estado puede obtener por dos medios diferentes los recursos pecuniarios indispensables para su sostenimiento; en virtud de un acto de colaboración de los particulares, o por un acto unilateral del poder público obligatorio para los particulares. En el acto de colaboración voluntaria, el particular, por medio de un contrato, proporciona al Estado los recursos que éste necesita. Pero además de que el contrato impone al Estado obligaciones a favor del particular de pagarle intereses, de reembolsarle el empréstito, etc., obligaciones que suponen otras fuentes de ingresos con que atenderlas, el Estado no puede estar atenido a la voluntad de los particulares para obtener los medios necesarios a su subsistencia, encontrándose por tanto obligado a recurrir a la colaboración forzosa que se realiza mediante un acto unilateral que impone al particular una prestación pecuniaria. En otros términos, el impuesto constituye la forma normal de que el Estado dispone para proveerse de los fondos que necesita"[27].

Como lo indica MARROQUÍN en su Tesis, se puede inferir que las consecuencias de la actividad financiera del Estado son:

a. Los impuestos son necesarios para cubrir los gastos públicos;
b. Los impuestos son necesarios para que el Estado pueda mantener una contraprestación de servicios a los particulares;
c. Los impuestos los establece el Estado ejerciendo prerrogativas inherentes a la soberanía[28].

Cuando los particulares, que son los sujetos pasivos de los impuestos, arbitrios, tasas, contribuciones, multas, etc., se rehúsan al pago de las mismas, que por mandato legal están obligados, la administración pública se ve en la necesidad de cobrar en una forma coercitiva dicho pago, acudiendo a un órgano jurisdiccional, que se denomina Juzgado de lo Económico-Coactivo.

El proceso Económico-Coactivo entonces, es un medio por el cual el Estado cobra sus adeudos que los particulares tienen con éste, los que deben ser líquidos, exigibles, de plazo vencido y preestablecidos legalmente a favor de la administración pública.

GARCÍA OVIEDO dice que, "la acción recaudadora comprende dos períodos: Voluntario y Ejecutivo. En el primero la realización de los créditos se efectúa sin medida coactiva alguna, dentro de los plazos reglamentarios. El segundo,

[27] Op. Cit., pág. 345.
[28] MARROQUÍN GONZÁLEZ, J.: *La Necesidad de Regular la Caducidad de Instancia en el Proceso Económico-Coactivo*, pág. 2.

que se inicia con la correspondiente diligencia de apremio, el cobro se obtiene coactivamente llegándose, en su caso al embargo y adjudicación de bienes del deudor"[29].

Las características más importantes del proceso o juicio Económico-Coactivo, son las siguientes:

a. El juicio Económico-Coactivo, es un proceso de ejecución pues, persigue el cumplimiento de una obligación o de un adeudo o de los particulares, como sujeto activo de los impuestos, arbitrios, tasas, contribuciones, etc.

b. La parte actora siempre van a ser los órganos administrativos en general;

c. Las pretensiones de la administración pública son de carácter coactivo, es decir por la fuerza;

d. En este caso, la jurisdicción económica coactiva la ejercen los juzgados de lo Económico-Coactivo, los tribunales ordinarios de primera instancia y las salas del tribunal de cuentas. En este caso observamos la primera y segunda instancia.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el procedimiento económico-coactivo, se puede establecer que se trata de una ejecución especial en donde el Estado, a través de los órganos administrativos siempre es la parte actora, contra existencia de un título ejecutivo y que persigue el cumplimiento de una obligación del particular a favor del Estado.

A. Breve referencia en Guatemala

1. Procedencia del económico-coactivo

Para que este juicio proceda, es necesaria la existencia de un documento en donde se establezca plenamente el adeudo que el particular tiene al Estado o a sus entidades.

En Guatemala encontramos regulado este proceso, en el Decreto 1126, del Congreso de la República, "Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas"; así mismo lo encontramos regulado dentro del Decreto 6-91 del Congreso de la República, "Código Tributario".

Dentro del Decreto 1126 del Congreso de la República, en su artículo 45 establece la jurisdicción en materia económica-coactiva, la que será ejercida

[29] GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho Administrativo*, pág. 404.

por los Jueces privativos de la materia en el departamento de Guatemala y por los Jueces de Primera Instancia en los departamentos.

Señala la Ley, que el proceso o juicio económico-coactivo tiene como fin exclusivo conocer en los procedimientos para obtener el pago de los adeudos a favor del Fisco, las Municipalidades, las entidades autónomas y las entidades descentralizadas.

Los adeudos son aquellos que proceden de un fallo condenatorio de cuentas, multas y demora en obligaciones tributarias.

Para que proceda el económico-coactivo en Guatemala, es necesario que exista un título ejecutivo.

Para el Decreto 1126 del Congreso de la República, son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Certificación que contenga sentencia firme dictada en juicio de cuentas.

2. Certificación que contenga sentencia firme con motivo de aplicación de la ley de probidad.

3. Certificación o actuación que contengan el derecho definitivo establecido y el adeudo líquido y exigible.

4. Certificación que contenga la liquidación definitiva practicada por la autoridad competente, en caso de falta de pago total o parcial de impuestos, tasas, arbitrios, cuotas o contribuciones.

5. Certificación en que se transcriba la resolución que imponga multa administrativa o municipal y la causa de la sanción.

6. Testimonio de la escritura pública en que conste la obligación que debe hacerse efectiva.

7. Certificación del reconocimiento de la obligación hecha ante autoridad o funcionario competente.

8. Certificación de sentencia firme o resolución dictada por cualquier tribunal o autoridad competente, en la que se establezca una obligación que deba hacerse efectiva por el procedimiento económico-coactivo.

Para el Decreto 6-91 del Congreso de la República, Código Tributario, son títulos ejecutivos los documentos siguientes:

1. Certificación o copia legalizada administrativamente del fallo o de la resolución que determine el tributo, intereses, recargos, multas y adeudos con carácter definitivo.

2. Contrato o convenio en que conste la obligación tributaria que debe cobrarse.

3. Certificación del reconocimiento de la obligación tributaria hecha por el contribuyente o responsable, ante autoridad o funcionario competente.

4. Toda clase de documentos referentes a deudas tributarias que por disposiciones legales tengan fuerza ejecutiva.

Dentro de la misma ley encontramos, en su artículo 173, que para que los documentos administrativos mencionados anteriormente constituyan título ejecutivo de cobranza deberán reunir los requisitos siguientes:

1. Lugar y fecha de la emisión.

2. Nombres y apellidos completos del obligado, razón social o denominación del deudor tributario y su número de identificación tributaria.

3. Importe del crédito líquido, exigible y de plazo vencido.

4. Domicilio fiscal.

5. Se precisa del concepto del crédito con especificación, en su caso, el tributo, intereses, recargos o multas y del ejercicio de imposición a que corresponde.

6. Nombres, apellidos y firma del funcionario que emitió el documento y la indicación del cargo que ejerce aún cuando sea emitido en la forma que establece el artículo 125 de este código.

7. Sello de la oficina administrativa.

2. Los principios procesales del juicio económico-coactivo

2.1 Impulso de oficio

En este caso, de conformidad con la ley, el impulso del proceso económico-coactivo es de oficio, significa que el Juez debe impulsar su marcha sin necesidad que las partes se lo pidan, siendo en consecuencia el Juez el responsable de la decisión del trámite.

El impulso de oficio lo encontramos contemplado en el artículo 104 del Decreto 1126 del Congreso de la República, el que preceptúa que los procedimientos en el juicio de cuentas y económico-coactivo, serán promovidos de oficio por

los mismos jueces que conozcan de ellos. Por consiguiente, no se puede alegar abandono.

2.2 El juicio económico-coactivo es antiformalista

En esta clase de procesos, los demandados no necesitan del auxilio de Abogado ni están obligados a citar leyes. Deberán tramitarse por escrito pero si hubiere necesidad de una gestión verbal urgente para el caso, se levantará acta de la diligencia en las propias actuaciones.

2.3 Superioridad de otras leyes

Tanto dentro del Decreto 1126 del Congreso de la República como en el Decreto 6-91 del Congreso de la República, establecen la supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil, como la Ley del Organismo Judicial, en este proceso en lo que no contraríen las disposiciones o se opongan a los procedimientos establecidos en dichas leyes. (Artículo 107 del Decreto 1126 del Congreso de la República y 185 del Decreto 6-91 del Congreso de la República).

2.4 Planteamiento de la demanda

No existe en ninguna de las dos leyes que hemos venido analizando requisitos para la demanda, sin embargo, al hacerse una aplicación supletoria en ambos casos, del Código Procesal Civil, se deben reunir dentro de la demanda los requisitos establecidos dentro del artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, para la primera solicitud y los del artículo 62 para las demás solicitudes.

Con la demanda la administración pública deberá acompañar el título ejecutivo, en el que demuestre el adeudo que el particular tiene con el Estado.

Planteada la demanda el Juez calificará el título y con base en el mismo mandará a requerir del pago al obligado y si el obligado no cancela en el acto el requerimiento se trabará embargo sobre bienes suficientes que cubran el valor de lo demandado. (Artículos 84 del Decreto 1126 del Congreso de la República y 174 del Decreto 6-91 del Congreso de la República).

2.5 Audiencia al demandado

En este caso encontramos dos situaciones que se dan dentro de las dos leyes analizadas:

a) Dentro del artículo 84 del Decreto 1126 del Congreso de la República, se establece que en la primera resolución el ejecutado queda prevenido que dentro del término de tres días debe manifestar su oposición bajo apercibimiento de continuar el trámite en su rebeldía.

Si el ejecutado se opone o interpone excepciones dentro del mismo término se mandara oír al Ministerio Público y al ejecutante por cinco días.

b) Dentro del Código Tributario Artículo 174, establece que en la primera resolución se dará audiencia al ejecutado por un plazo de cinco días hábiles, para que se oponga o haga valer sus excepciones.

Si se trata de ejecución de sentencia, sólo se admitirán las excepciones nacidas con posterioridad a la misma.

2.6 Excepciones

Dentro del proceso económico-coactivo, como en cualquier proceso se pueden plantear las excepciones que el demandado considere necesarias.

Como lo establecimos en el caso anterior si se aplica el Decreto 1126 del congreso de la República el planteamiento de las excepciones será de tres días y si el procedimiento se lleva conforme a lo dispuesto en el Decreto 6-91, el plazo para las excepciones será de cinco días hábiles.

2.7 Período de prueba

Para el período de prueba, también se dan dos supuestos dependiendo de la ley que se aplique dentro del proceso:

a) Si se trata del Decreto 1126, en su artículo 86 se establece que si el juez lo estima necesario o a solicitud de alguna de las partes, mandara abrir a prueba las excepciones por el término de seis días. Vencido este término se resolverá sin necesidad de señalar día para la vista.

b) si el procedimiento es llevado conforme el Decreto 6-91, se establece en el artículo 176 que el Juez deberá oír por cinco días hábiles a la administración tributaria y, con su contestación o sin ella, mandará a recibir las pruebas por el plazo de diez días hábiles comunes a ambas partes, si lo pidiere alguna de ellas o el Juez lo estima necesario.

En este caso no se puede otorgar plazo extraordinario de prueba.

2.8 Tercerías dentro del proceso económico-coactivo

En las tercerías excluyentes de dominio o preferente de pago, se verifican dependiendo del procedimiento que se trate.

2.9 Procedimiento del Decreto 1126 del Congreso

a) Según el artículo 91 de dicha Ley, únicamente pueden interponerse tercerías excluyentes de dominio o preferentes de pago, las que se promoverán y sentenciarán ante los tribunales ordinarios.

b) Las tercerías excluyentes de dominio deben interponerse antes de que se otorgue la escritura traslativa de dominio y las preferentes de pago, antes de haberse efectuado éste (artículo 92 del Decreto 1126 del Congreso de la República).

c) Para que pueda suspenderse el procedimiento económico-coactivo a consecuencia de una tercería, es necesario que se compruebe en forma auténtica, que se ha interpuesto y que los tribunales ordinarios le han dado trámite. (Artículo 93 del Decreto 1126 del Congreso de la República).

d) el juez ordinario que conozca de una tercería tiene obligación bajo su estricta responsabilidad, de comunicar al funcionario que sigue el procedimiento económico-coactivo, que se dictó resolución firme que pone fin al juicio de tercerías, para lo cual certificará lo conducente. (Artículo 94 del Decreto 1126 del Congreso de la República).

3. Procedimiento del Decreto 6-91 del Congreso.

a) Únicamente pueden interponerse tercerías excluyentes de dominio o preferente de pago, las que se tramitarán como incidente ante el mismo juez que conoce del juicio económico-coactivo. (Artículo 179 del Decreto 6-91 del Congreso).

b) Las tercerías excluyentes de dominio deberán interponerse antes de que se otorgue la escritura traslativa del dominio y las preferentes de pago antes de haberse efectuado éste. (Artículo 180 del Decreto 6-91 del Congreso).

c) Interpuesta una tercería excluyente de dominio se suspenderá el procedimiento hasta que se decida la tercería. (Artículo 181 del Decreto 6-91 del Congreso).

3.1 Sentencia económico coactiva

De conformidad con el Decreto 1126, artículo 86, si el juez lo estima necesario o lo solicitare alguna de las partes, mandará abrir a prueba las excepciones por el término de seis días. Vencido este término se resolverá sin necesidad de señalar día para la vista.

De conformidad con el Decreto 6-91 del Congreso de la República, artículo 178, establece que vencido el plazo para oponerse o el de prueba, en su caso, el juez se pronunciara sobre la oposición y las excepciones deducidas.

Además, el juez declarará si ha o no lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados, o pago en su caso, de la deuda tributaria y de las costas judiciales.

3.2 Recursos dentro del económico coactivo

Dentro del procedimiento del Económico Coactivo se señalan como únicos recursos, los de Apelación y la Aclaración y Ampliación.

En cuanto a la Casación la Constitución Política de la República, en su artículo 220 establece en su párrafo segundo que, el recurso de casación es inadmisible en los procedimientos Económicos-Coactivos.

3.3 Apelación

La apelación procede contra las sentencias o autos que pongan fin al juicio, de conformidad con el artículo 101 del Decreto 1126 del Congreso de la República, con la única particularidad que éste no procede cuando el monto de los reparos no exceda de cincuenta quetzales. El plazo para plantear este recurso es dentro del término de tres días contados desde la última notificación a las partes.

Así mismo dentro del Decreto 6-91 artículo 183, establece que sólo puede impugnarse el auto que deniegue el trámite de la demanda, los autos que resuelvan las tercerías, la resolución final, la sentencia y el auto que apruebe la liquidación.

La apelación según este artículo debe interponerse dentro de tres días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la resolución y es del conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas.

3.4 Aclaración y ampliación

La aclaración y ampliación, son recursos, como ya lo sabemos, el de aclaración, como su nombre lo dice, para aclarar puntos obscuros o ambiguos en una sentencia y él de ampliación, para ampliar puntos en los cuales se dejó de resolver en la sentencia.

Según el artículo 100 del Decreto 1126 del Congreso de la República, podrán interponerse dentro del término de veinticuatro horas contadas desde la última notificación a la parte y cabe únicamente contra los fallos de primera y segunda instancia.

De conformidad con el artículo 183, numeral 1º. la aclaración y la ampliación deberá interponerse dentro de los días hábiles siguientes en que se efectuó la notificación de la resolución impugnada.

3.5 Recurso de revisión

Este recurso según el artículo 102 del Decreto 1126, puede plantearse mientras no se haya consumado la prescripción y deberá conocer el tribunal que dictó la sentencia.

La revisión procede en los casos siguientes:

a) Cuando haya habido error de cálculo;

b) Cuando el interesado obtenga nuevos documentos que, de manera evidente y legítima, desvirtúe los reparos; siempre que se exprese clara y satisfactoriamente a juicio de la autoridad que conozca de la revisión, el motivo por el que no se presentaron los documentos en su oportunidad;

c) Cuando se descubra con posterioridad a la sentencia que se trata de revisar, que ésta se fundó en documentos falsos;

d) Cuando dos o más personas hayan sido condenadas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo reparo o por una misma causa, que no pueda haber sido reparada legítimamente sino en una cuenta;

e) Cuando por el examen de otra cuenta se descubra en la que haya sido objeto de decisión definitiva, omisión de cargo, doble falta o falsas aplicaciones de los fondos públicos; y

f) Cuando habiéndose fundado la sentencia en el método de tanteo, el cuentadante presente posteriormente la cuenta completa que estaba obligado a rendir, o comprobantes legítimamente admisibles de las partes de ésta que se hubieren formado a base de conjeturas.

3.6 Condena en costas dentro del proceso económico-coactivo

Dentro del Decreto 1126 del Congreso de la República, no expresa nada en relación a la condena en costas y al hacer una aplicación supletoria del Código Procesal y Mercantil, hay condena en costas dentro de este procedimiento.

En cuanto al Decreto 6-91 del Congreso de la República, establece en su artículo 182, que las costas a que sea condenada la parte contra quien se litigue la administración tributaria, por medio de mandatario debidamente constituido se hará el pago por la Administración Tributaria de los gastos incurridos y de los honorarios profesionales.

XII. La inacción administrativa

La inacción administrativa, consiste cuando la administración pública no resuelve los expedientes, en los que los particulares han realizado alguna gestión, por supuesto, no necesariamente que haya mediado una petición del particular, pues dentro de la administración pública hay procedimientos que se inician de oficio, en este caso naturalmente hay mora o retardo en resolver, y se cae dentro de la figura jurídica del Silencio Administrativo.

A. La mora y el retardo

Somos del criterio que la mora y el retardo se dan dentro de la administración pública, en aquellos casos en que el órgano administrativo inicia procedimientos de oficio, o bien cuando la administración no cumple dentro del procedimiento administrativo con algunos trámites que necesariamente debe cumplir; en el primer caso no ha mediado ni petición del particular ni ha impugnado una resolución o acto de la misma; y, en el segundo se trata de trámites dentro del procedimiento, por ejemplo, en los recursos administrativos de alzada, cuando el subordinado no eleva el expediente al superior, condición necesaria para que el recurso se resuelva.

En el caso de la petición originaria o de la impugnación administrativa, a falta de una decisión o resolución de la administración, es donde se da la figura jurídica del silencio administrativo.

En consecuencia se puede decir que el retardo y la mora se dan cuando dentro de un procedimiento en el que el particular o administrado no ha sido notificado y existe un procedimiento iniciado dentro de la administración pública en su contra. En este caso, no existen consecuencias jurídicas asignadas legalmente ante tal situación.

Algunos procedimientos de oficio se dan generalmente cuando un particular ha violado alguna norma legal o reglamentaria y se encuentra ante un procedimiento que tendrá como consecuencia una sanción administrativa, y en este caso la mora o el retardo perjudican directamente a la propia administración por el retardo en el procedimiento.

B. El silencio administrativo

> El Silencio de la Administración Pública o Silencio Administrativo es una de las figuras jurídicas sujetas a control legal; la falta de decisión de la Administración Pública, en relación con las peticiones planteadas por los particulares y también por falta de resolución ante la interposición de los recursos en la vía administrativa[30].

El Silencio Administrativo es "la figura jurídica en la que, el órgano administrativo dotado de competencia administrativa, no resuelve las peticiones o las impugnaciones de los administrados".

Los órganos administrativos por mandato constitucional, (Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala), establece el Derecho de Petición, como un derecho general y especial de los particulares, en los que individual o colectivamente tienen ese derecho y por otro lado existe una obligación también por mandato constitucional de RESOLVER y NOTIFICAR a los particulares.

Por otro lado existe otro derecho de los administrados, como lo es el Derecho de Impugnación, en el cual la autoridad administrativa queda obligada a revisar un acto emitido por ésta y resolver posteriormente, sobre la impugnación planteada. Creemos que el Derecho de Petición es el GENERO y el Derecho de Impugnación es la ESPECIE, ambos son de la misma naturaleza y por consecuencia, reguladas por la Constitución Política de la República y aplicable el artículo 28 de la misma.

> El Silencio Administrativo, como quedó apuntado, es la falta de resolución o de actividad por parte de la administración pública, ante el planteamiento

[30] CALDERÓN MORALES, H. H.: *El Silencio Administrativa en le Ley Guatemalteca y sus Efectos reales*, pág. 37.

de peticiones por los habitantes de la República, actuando colectiva o individualmente.

Para que se produzca la figura jurídica del Silencio Administrativo con efectos legales, es necesario que se den las condiciones siguientes:

a) Que la administración pública deba legalmente hacer o resolver algo, es decir que es legalmente competente para tomar una decisión; y

b) Que se encuentre un plazo fijado en la ley o reglamento y que el mismo transcurra sin que la administración se pronuncie o actúe, independientemente que exista o no un procedimiento establecido[31].

Hay que tomar en cuenta, que dentro de la legislación guatemalteca, en cuanto no se tenga un plazo plenamente establecido es necesario, recurrir en primer lugar al artículo 28 de la Constitución Política de la República, que establece los treinta días para resolver y notificar, así como aplicar el artículo 10, inciso "F" de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el que establece que es procedente el Amparo, en los casos que las peticiones y trámites no sean resueltos en el término que la ley establece y de no haber tal término en el de treinta días una vez agotado el procedimiento correspondiente.

Dados estos requisitos se produce el Silencio Administrativo y tanto la doctrina como la mayoría de legislaciones, se han dado solución y los efectos que se pueden producir, dependen de la naturaleza de la petición o impugnación que se utilizó y no se obtuvo la respuesta del órgano administrativo.

Cuando la autoridad administrativa no resuelve en cualquiera de los casos anteriores se da la figura jurídica del Silencio Administrativo, en consecuencia podemos establecer dos clases de silencio administrativo, por un lado el Silencio Administrativo de Naturaleza Sustantiva y el Silencio Administrativo de Naturaleza Adjetiva. Por supuesto que esta clasificación es meramente doctrinaria y para distinguir uno y otro y para precisar los casos en los cuales el Silencio puede producir efectos jurídicos puesto que los mismos son distintos en cada uno de ellos.

C. El silencio administrativo de naturaleza sustantiva

Esta figura jurídica se da cuando se trata de una Petición Originaria del particular, en este caso el particular hace una petición en base a la Constitución Política y no se obtiene la resolución o decisión administrativa a que está obligada la administración.

[31] Op. Cit., pág. 41.

En este sentido, como ya lo explicamos, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el DERECHO que los particulares tienen para dirigir individual o colectivamente las peticiones a la autoridad administrativa y la OBLIGACION que los órganos tienen de resolver las peticiones y notificar las peticiones. El término que el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala tiene para resolver y notificar las peticiones es de TREINTA DIAS.

Este caso, cuando recién entró en vigencia la Constitución Política de la República, preocupó a los funcionarios de la administración por el término tan reducido que se tenía para resolver, pues dentro de la administración pública guatemalteca y de otros países, existen procedimientos en los cuales materialmente es imposible resolver en tal término, puesto que la Constitución es clara en decir que las peticiones hay que resolverlas y notificarlas dentro de treinta días.

Como lo indicamos anteriormente la figura del silencio administrativo de naturaleza sustantiva está sujeta a control judicial, a través del AMPARO, aunque aquí es donde la administración pública tiene un respiro, pues dentro de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su artículo 10 inciso f), establece que es procedente el Amparo cuando "Las peticiones y trámites ante autoridad administrativa no sean resueltas dentro del término que la ley establece o de no haber tal término en el de treinta días una vez agotado el procedimiento administrativo."

Para que proceda el Amparo en este caso, es necesario que dentro de la vía administrativa se encuentre agotado el procedimiento administrativo, de lo contrario si éste no se encuentra agotado, el Amparo devendrá improcedente por prematuro, siempre y cuando exista legalmente el procedimiento para que la administración pública pueda alegarlo dentro del proceso.

En un procedimiento se encuentra agotado el procedimiento administrativo, cuando el expediente se encuentra en estado de resolver, esto significa que el trámite señalado dentro de la Ley o el Reglamento se agotó, audiencias, inspecciones oculares, pruebas, etc., en ese momento ya iniciamos el conteo regresivo de los treinta días en los cuales el órgano administrativo tiene que resolver. Hay que aclarar que los términos o plazos dentro de la administración pública son máximos, esto significa que debe resolverse DENTRO DE LOS TREINTA DIAS, no debe la administración sobrepasarlos, pues es objeto de Amparo.

Actualmente dentro de varias leyes se encuentran contemplados efectos para el silencio administrativo de naturaleza sustantiva, como por ejemplo, entre

otros casos, los contenidos en la Ley de Parcelamientos Urbanos, en el caso de las desmembraciones, cuando la autoridad municipal no resuelve sobre la petición, se tiene por tácitamente aceptada; el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a que la autoridad administrativa no se pronuncia sobre la liquidación, caso también en el que se tiene por aceptada; otro caso es el contenido dentro del Código Tributario en el que la falta de resolución se toma como favorable al particular. Estos casos serán analizados dentro de los efectos que produce el silencio administrativo.

En consecuencia de lo anterior, se puede establecer que cuando este tipo de silencio administrativo se da, el administrado o particular tiene las opciones siguientes:

a) Consentir el silencio de la administración pública y esperar indefinidamente la resolución;

b) No aceptar el silencio de la administración pública y recurrir mediante amparo, a efecto que un órgano jurisdiccional le fije un término perentorio al funcionario público para que proceda a emitir la resolución administrativa;

c) En el caso que la ley lo tenga contemplado, que a falta de resolución se tiene como favorable la petición hecha por el particular, casos que veremos adelante.

Queremos aclarar, que aunque usamos indistintamente el vocablo TÉRMINO y PLAZO, es por la razón que la Constitución Política en su artículo 28 establece el TÉRMINO, así como la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, también establecen el vocablo TÉRMINO.

D. El silencio administrativo de naturaleza adjetiva

Esta figura jurídica se da cuando el silencio de la administración pública, aparece por falta de resolución ante un recurso planteado contra una resolución administrativa, afirmamos que el silencio es de naturaleza adjetiva, por cuanto es de naturaleza procesal. Al momento que un particular impugna una resolución administrativa, pasa de lo sustantivo a lo procesal, pues en este caso ya hay litis o pleito contra la administración pública.

En este caso también la ley protege a los administrados, en muchos casos otorgando efectos desfavorables al recurso planteado para el solo efecto de tener expedita la vía judicial, a través del proceso de lo Contencioso-Administrativo. En este caso aparece la figura jurídica de la decisión ficta desfavorable, ello significa que la ley suple la voluntad del órgano administrativo y le asigna efectos legales negativos a ese silencio administrativo.

Esto se encuentra contemplado dentro del artículo 8 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el cual se expresa que si el Ministro de Estado que tiene que resolver el recurso de revocatoria y el de reposición, no resuelve dentro del mes que tiene para resolver, se tendrá para el efecto como resuelto desfavorablemente el recurso planteado, en consecuencia por agotada la vía administrativa para el solo efecto de acudir a la vía Contencioso-Administrativo.

En este caso si se trata de diligencias preparatorias para el Contencioso-Administrativo, el silencio administrativo por falta de resolución a un recurso administrativo, se tiene los efectos legales siguientes:

a. Que el recurso se considera resuelto desfavorablemente y por agotada la vía administrativa, para someter el conflicto con la administración, a conocimiento del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que revisará la resolución administrativa originaria.

b. Al nacer a la vida jurídica un acto negativo (Decisión ficta), la administración pública queda legalmente sin facultades para resolver el recurso administrativo una vez vencido el plazo para resolver y en caso de resolver el órgano, planteado el Contencioso-Administrativo, el acto o resolución administrativa, tendrá vicios de fondo, dada la incompetencia de la administración para dictarlo en razón del tiempo. En este caso se daría una extralimitación de funciones y sería procedente un Amparo.

c. El último efecto que tiene este silencio administrativo, será para el particular, quien tiene las opciones siguientes:

d. En caso de darse este tipo de silencio administrativo, el particular puede hacer uso de su derecho de acción judicial, a través del proceso de lo Contencioso-Administrativo, derecho que nace de la declaración ficta que la ley le asigna al Silencio Administrativo;

e. El particular puede aceptar el Silencio Administrativo del órgano administrativo y dejar transcurrir el tiempo y esperar indefinidamente la resolución al recurso.

f. El planteamiento de un Amparo, para el sólo objeto de obligar a la administración pública a que resuelva, en la misma forma y con el mismo fundamento que para el silencio administrativo de naturaleza sustantiva, es decir de conformidad con lo preceptuado en el artículo 10 inciso F de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Como podemos observar, tanto en la figura jurídica del Silencio Administrativo de Naturaleza Sustantiva, como de Naturaleza Adjetiva, se encuentran sujetas a control judicial en unos casos, a través del Contencioso-Administrativo y en otros casos mediante la interposición del Amparo.

E. Efectos en la legislación guatemalteca

1. Efectos del silencio administrativo de naturaleza sustantiva

Por mandato constitucional existe el derecho que toda persona individual o jurídica tiene de pedir a los órganos administrativos y éstos la obligación de resolver y notificar sus decisiones o resoluciones a los particulares.

Por regla general con el Derecho de Petición y el Silencio Administrativo de Naturaleza Sustantiva no existe ninguna clase de efectos, ya sean favorables o desfavorables, pero si existen casos excepcionales en los cuales la ley le asigna a la falta de resolución administrativa efectos POSITIVOS para el particular.

Veremos algunos de los excepcionales casos en los que la ley le otorga el efecto positivo al particular, es decir una resolución desfavorable:

a) El primer caso se puede encontrar contenido dentro del artículo 23 del Decreto 1427 del Congreso de la República, "Ley de Parcelamientos Urbanos", el que preceptúa: "La partición o desmembración de un inmueble urbano, deberá ser revisada y autorizada por la municipalidad a cuya jurisdicción pertenezca el inmueble. Para ese efecto la Municipalidad deberá resolver dentro de un término de treinta días, quedando entendido que si así no lo hiciere, la autorización se entenderá tácitamente otorgada. En el Testimonio de la escritura respectiva que se presente al registro, el Notario deberá transcribir la autorización municipal o en su caso, dar fe que tal autorización municipal fue solicitada y que transcurrido el término indicado en este artículo, la autoridad municipal no emitió pronunciamiento expreso aprobando o denegando la autorización".

En este caso también se puede establecer, que si el particular lo deseare puede obligar a la administración municipal a que necesariamente resuelva nuestra petición, a través de un Amparo, de conformidad con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, lo que no es recomendable para el particular, puesto que la misma ley le está otorgando efectos favorables al caso de silencio administrativo. La única observación y recomendación que damos es que el Notario en éste caso debe cuidar y garantizarse a través de un acta notarial haciendo constar que se presentó

a requerimiento de su cliente, a la administración municipal y que no se encuentra resuelta la petición.

b) Otro de los casos en que la ley otorga efectos favorables al silencio administrativo es el contenido en el artículo 57 del Decreto número 57-92, "Ley de Contrataciones del Estado", que indica: "Aprobación de la liquidación. La Comisión deberá practicar la liquidación, dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha del acta de recepción definitiva de la obra. Si transcurrido dicho plazo la Comisión no ha suscrito el acta correspondiente, el contratista puede presentar a la autoridad administrativa de la entidad interesada un proyecto de liquidación. Esta autoridad deberá aprobar o improbar la liquidación o el proyecto presentado por el contratista dentro del mes siguiente de recibida la respectiva documentación. Si vencido el plazo no se produce ninguna resolución, con la petición de aprobación presentada por el contratista se tendrá por resuelta favorablemente".

También se encuentra regulado dentro del Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que indica: "Pago por liquidación. El saldo que existiera a favor del contratista en la liquidación, se le pagará dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la autoridad administrativa superior de la entidad o dependencia interesada apruebe la liquidación del contrato, o treinta (30) días después de que haya transcurrido el plazo de un mes que se indica en el artículo 57 de la Ley, sin que se produzca ninguna resolución con relación al proyecto de liquidación presentado por el contratista."

2. Efectos del silencio administrativo de naturaleza adjetiva

Cuando se trata del silencio administrativo de naturaleza adjetiva, como ya lo explicamos, se da cuando la falta de resolución es de un recurso en la vía administrativa, caso en el cual la ley le otorga efectos negativos para el particular, para el sólo propósito que recurra a la vía judicial, a través del Proceso de lo Contencioso-Administrativo, varios casos encontramos contemplados en la legislación guatemalteca, entre otros los siguientes:

a) El artículo 7o. de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, contiene el procedimiento de los recursos de revocatoria y reposición, en el cual también queda contenido el plazo para plantearlo, así como el plazo en el cual la autoridad administrativa debe resolver el recurso administrativo, el que es dentro del improrrogable plazo de treinta días.

Si el ministro de Estado no resuelve cualquiera de los dos recursos, reposición o revocatoria, el artículo 8 de la misma ley da los efectos negativos para el

particular, para el sólo efecto que se pueda recurrir a la vía Contencioso-Administrativo, pues se tiene por agotada la vía administrativa.

En este caso, como ya lo expusimos anteriormente el particular tiene las siguientes opciones: 1. Esperar indefinidamente la resolución al recurso; 2. Tener por resuelto desfavorablemente el recurso, por agotada la vía administrativa y recurrir mediante el proceso de lo Contencioso-Administrativo; y, 3. Recurrir mediante Amparo a efecto de obligar al órgano administrativo a que emita la resolución.

b) Otro caso contenido expresamente en la ley es el silencio administrativo preceptuado en el artículo 157 del Código Tributario, el que dice que si transcurrido el plazo de un mes, contado a partir de la fecha en que las actuaciones se encuentren en estado de resolver, se tendrá por agotada la instancia administrativa y por resuelto desfavorablemente el recurso de revocatoria o reposición, para el sólo efecto de que el interesado puede interponer el recurso Contencioso-Administrativo. Así mismo manifiesta el interesado en el caso de plantear el Contencioso-Administrativo es opcional. El particular también puede esperar la resolución que corresponda y de ser desfavorable, recurrir al Contencioso.

Iguales opciones que en el caso anterior, tiene el particular, pudiendo plantear el contencioso por silencio administrativo; esperar indefinidamente la resolución o bien recurrir mediante amparo a efecto que le emitan una resolución.

En otros casos como el Código Municipal, en la regulación de los recursos administrativos, no hace referencia al caso de esta figura jurídica del silencio administrativo, ni los efectos que éste pueda tener al darse el mismo.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO

Jorge Fernández Ruiz

En el acontecer cotidiano se registran innumerables sucesos los que, en principio, podemos separar en dos diferentes clases: los fenómenos naturales, o sean, los producidos con la sola intervención de la naturaleza, en una primera, y, en una segunda categoría, los realizados por la voluntad humana.

I. Hechos y actos jurídicos

A los acontecimientos realizados con la sola intervención de la naturaleza, los llamamos *hechos*; a los que generan los seres humanos, los denominamos *actos*; unos y otros acontecimientos pueden causar, o no, efectos jurídicos[1].

Obviamente, la ciencia jurídica sólo se ocupa de los acontecimientos que sí producen consecuencias jurídicas.

La lluvia, por ejemplo, es un fenómeno de la naturaleza; si se trata de una ligera llovizna tal vez no produzca consecuencias jurídicas, pero en el caso de una intensa y prolongada lluvia, que da lugar a graves inundaciones en amplias regiones territoriales, es muy posible que produzca efectos jurídicos, por ejemplo, que no corran los términos procesales en los tribunales, o que las compañías aseguradoras paguen el importe de las cosechas perdidas, a causa de la inundación, de los campos agrícolas asegurados, en cuyo caso estaremos frente a hechos jurídicos.

En otro caso, una persona acude al puesto donde se venden periódicos y saluda al propietario del mismo; se trata evidentemente de un acto, por ser producto de la voluntad de esa persona; sin embargo, ese acto no tiene consecuencias jurídicas; mas si la persona de referencia pide al expendedor la entrega de un periódico, entonces sí realiza un acto jurídico de compraventa, por cuanto asume la obligación de pagar el precio del periódico.

---

[1] Vid. CARNELUTTI, F.: *Sistema de derecho procesal civil*, trad. N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y S. SENTÍES MELENDO, México, UTEHA, 1953, pág. 71.

A. Concepto de hecho jurídico

En este orden de ideas, se puede entender como hecho jurídico el fenómeno de la naturaleza que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones.

Algunos autores señalan otro tipo de hecho jurídico, consistente en un acontecimiento en que interviene una persona, pero sin aportar su voluntad, como ocurre en el nacimiento o la adquisición de la mayoría de edad; así, mi respetado amigo, el doctor JAVIER TAPIA RAMÍREZ explica este tipo de hecho jurídico de la siguiente manera: "Es cuando la intervención de la persona se realiza de manera pasiva, es decir, los hechos se producen en forma natural y afectan la esfera jurídica"[2].

B. Concepto de acto jurídico

Se puede explicar el acto jurídico como el acontecimiento realizado por voluntad humana a efecto de generar, transferir, modificar derechos y obligaciones. Para TAPIA RAMÍREZ "El acto jurídico es la manifestación de voluntad emitida con la intención de que se produzcan las consecuencias de derecho, es decir, con el propósito de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas[3].

C. Clasificación de los actos jurídicos

Los actos jurídicos son susceptibles de clasificarse de acuerdo con diferentes criterios, por ejemplo, por su apego a la ley, por su contenido patrimonial, por el número de personas requerido para realizarlos, por el tiempo en que producen sus efectos, por las ventajas o beneficios que generan, y por su naturaleza, entre otros.

1. Por su apego a la ley

Se pueden clasificar los actos jurídicos con diferentes criterios; así, de acuerdo a su apego a la normativa jurídica se diferencian en actos lícitos y actos ilícitos, ambos son voluntarios; los primeros son los ejecutados con apego a la ley, o cuando menos sin que ésa los prohíba; en tanto que actos ilícitos, son los prohibidos o reprobados por la norma jurídica, que con la intención dolosa de quienes los realizan, causan un daño a otra persona o personas.

[2] TAPIA RAMÍREZ, J.: *Introducción al derecho civil*, México, Mc Graw Hill, 2002, pág. 284.
[3] Idem, pág. 285.

2. Por su contenido patrimonial

En atención a su contenido patrimonial, los actos jurídicos se pueden agrupar en actos de administración y actos de dominio, los primeros atañen al manejo, conservación y explotación del patrimonio, a diferencia de los actos de dominio cuyo objeto consiste en sacar un bien del patrimonio o constituir sobre él un gravamen o derecho real.

3. Por el número de sujetos que los crean

En cuanto al número de personas requerido para realizarlos, los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y bilaterales, según se requiera para su realización de la voluntad de una sola persona, en el primer caso; o de dos o más personas, tratándose de los bilaterales.

4. Por los sujetos a los que afectan

En razón de los sujetos a los que afectan, los actos jurídicos se agrupan en individuales y en generales o impersonales; son actos jurídicos individuales los que afectan a una persona o a varias personas específicas; en tanto que actos jurídicos generales, que también podemos llamar impersonales, son los afectan a un universo indeterminado de personas que se encuentren en el supuesto previsto en el referido acto.

5. Por el tiempo en que producen sus efectos

Conforme a este criterio, los actos jurídicos se pueden dividir en dos grupos: los de actos *inter vivos* y los actos *mortis causa*, los primeros son los que no están supeditados al fallecimiento de persona alguna, a diferencia de los actos por causa de muerte, también conocidos como actos de última voluntad, los cuales producen su efecto una vez ocurrido el fallecimiento de la persona de cuya voluntad emanan, como ocurre en el testamento, o en caso de no existir éste, en la declaración de herederos.

6. Por las ventajas o beneficios

Mediante este criterio los actos jurídicos se catalogan en actos a título gratuito y actos a título oneroso; en los primeros, el sujeto activo actúa guiado por el propósito de ejercer una liberalidad sin la intención de obtener a cambio una equivalencia, compensación o contraprestación, ejemplo, la donación o el comodato; en tanto que en el acto jurídico a título oneroso, ambas partes actúan animadas por el propósito de obtener una ventaja o beneficio patrimonial en correspondencia a su prestación.

7. Por su naturaleza

En razón de su naturaleza, los actos jurídicos se pueden distinguir en civiles, mercantiles o de comercio, laborales, legislativos, jurisdiccionales y administrativos.

7.1 Actos civiles

Se pueden explicar los actos civiles como los realizados por los particulares en el ámbito de sus relaciones con sus semejantes, con prescindencia de sus actividades peculiares específicas; ejemplos: adopción, reconocimiento de hijo, matrimonio, y arrendamiento, entre muchos otros.

7.2 Actos mercantiles o de comercio

La doctrina mexicana considera acto de comercio el acto cuyas consecuencias jurídicas son reguladas por la normativa mercantil, como previene el artículo 1º del Código de Comercio, al disponer que tales actos sólo se rijan por lo dispuesto en dicho ordenamiento y las demás leyes mercantiles aplicables. En su artículo 75, el código en cita, establece el siguiente catálogo de actos que reputa de comercio:

- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- Los contratos relativos y obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- Las empresas de abastecimientos y suministros;
- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;
- Las empresas de fábricas y manufacturas;
- Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;
- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;
- Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y
- establecimientos de ventas en pública almoneda;
- Las empresas de espectáculos públicos;
- Las operaciones de comisión mercantil;
- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;
- Las operaciones de bancos;
- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior exterior;

- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- Los depósitos por causa de comercio;
- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de
- depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se
- pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del
- negociante que los tiene a su servicio;
- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

7.3 Actos laborales

Desde la perspectiva jurídica se puede entender por acto laboral aquel cuyas consecuencias jurídicas son reguladas por el derecho laboral, hablamos pues, de los contratos de trabajo, huelgas, jubilaciones, pagos de marcha, primas de antigüedad, y reparto de utilidades, por ejemplo.

7.4 Actos procesales

Se entienden por actos procesales las manifestaciones de voluntad que tienen por consecuencia directa e inmediata la instauración, el desarrollo o la extinción del proceso, sea que los realicen las partes, el órgano jurisdiccional, o terceros vinculados al proceso por algún con motivo, lo que da lugar a la existencia de actos procesales de iniciación, de desarrollo y de extinción o conclusión.

Dentro del género de los actos procesales, se ubica la especie de los actos jurisdiccionales que sólo pueden ser realizados por los órganos del poder público en ejercicio de función jurisdiccional, a diferencia de los actos procesales que pueden ser realizados, además, por las partes o, incluso, por terceros.

7.5 Actos jurisdiccionales

Está encaminado el acto jurisdiccional a decir o declarar el derecho, *juris dictio*, en una controversia, porque toma resoluciones interlocutorias o definitivas tendentes a resolver ese conflicto, por lo que puede explicarse como el acto jurídico realizado por un órgano del poder público –por lo general, el órgano jurisdiccional– en ejercicio de función jurisdiccional, con propósito de resolver la controversia en cuestión y, por tanto, con trascendencia resolutiva, dadas sus consecuencias jurídicas.

CARLOS DE SILVA define al acto jurisdiccional como "la manifestación exterior y unilateral de voluntad del Estado, realizada con la intención de producir consecuencias jurídicas, cuyo sentido constituye una norma individualizada, manifestación que se produce con motivo de una controversia de derecho que se somete a la decisión de aquél"[4].

7.6 Actos legislativos

Podemos entender por acto legislativo, el acto jurídico realizado dentro del procedimiento legislativo por los órganos que tienen competencia para ello, por lo que podemos citar, a guisa de ejemplos, la presentación de iniciativa de ley o de reformas a un ordenamiento legal; el dictamen de la comisión legislativa a la que se haya turnado la iniciativa; la discusión del dictamen de la comisión respectiva, en el pleno de la cámara legislativa; la votación del pleno para aprobar o desechar el dictamen de la comisión; y la promulgación o, en su caso, el veto de la ley.

7.7 Actos administrativos

Como todo acto jurídico, los actos administrativos son, por antonomasia, voluntarios, y toda vez que conforman el eje temático de este trabajo, los trataremos *in extenso* en páginas posteriores.

II. Las fuentes del derecho

Proveniente de la voz latina *fons, fontis,* traducible en estricto sentido como fuente o manantial, la palabra española fuente, significa, en sentido figurado, principio, fundamento, origen, causa; o como apunta MARTÍN ALONSO en su Enciclopedia del idioma: origen y principio de donde proviene una cosa[5].

[4] SILVA, C. DE: "El acto jurisdiccional", *Revista Isonomía*, No. 21, México, octubre 2004, pág. 157.
[5] ALONSO, M.: *Enciclopedia del Idioma*, Madrid, Aguilar, 1982, t. II, pág. 2679.

En consecuencia, la locución *fuentes del derecho* es una expresión metafórica que relaciona el sentido figurado de la palabra fuente, con el estricto sentido de la palabra derecho, para aludir a la causa del derecho o al origen y principio de donde proviene, lo que explica CLAUDE DU PASQUIER de la siguiente manera:

> El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho[6].

Sin embargo, la expresión fuentes del derecho dista mucho de ser unívoca, dadas las diversas interpretaciones de que ha sido objeto, derivadas de diferentes puntos de vista, entre otros, el filosófico, el sociológico, el político, el ético y el jurídico.

En el contexto filosófico, la expresión *fuentes del derecho* hace referencia a la aptitud connatural al ser humano de conducir su existencia y desarrollo conforme a un orden jurídico; en este sentido, el género humano, dada su vocación jurídica, puede ser considerado como la fuente del derecho por excelencia, porque, al menos en la versión contractualista del Estado, éste es producto de un pacto social, en cuya virtud cada uno de nosotros aportamos al ente estatal una parte de nuestras libertades con el propósito de garantizar, por medio de un orden jurídico que limita dichas libertades nuestras, el disfrute de las restantes.

De acuerdo a la perspectiva sociológica, con la locución *fuentes del derecho* se alude al conjunto de hechos sociales que devienen causas de expedición, actualización o modificación de normas que regulan la conducta externa humana.

Desde el punto de vista ético, la expresión *fuentes del derecho* está dirigida a la protección de ciertas situaciones concretas o de determinados bienes o valores morales tenidos en alta estima, a través de la justificación moral de normas, preceptos y ordenamientos jurídicos específicos.

En la terminología política, la frase *fuentes del derecho* hace referencia a la potestad creadora del derecho: el Estado, el pueblo, el órgano constituyente, el órgano legislativo, el órgano administrativo, el órgano jurisdiccional, el órgano constitucional autónomo, o el Ayuntamiento, entre otros.

---

[6] DU PASQUIER, C.: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Suiza, Editions Ides et Calendes, 1937, pág. 34.

Mientras que en el contexto jurídico, la expresión *fuentes del derecho* invoca el origen de la normativa jurídica, es decir, las actividades o procedimientos mediante los cuales se crea, modifica, sustituye o deroga la norma jurídica; origen que se aclara con la distinción de tres tipos de fuentes: materiales, históricas, y formales.

A. Las fuentes materiales del derecho

Un sector importante de la doctrina entiende por fuentes materiales del derecho, los hechos y acontecimientos, incluidos los avances tecnológicos, que determinan la expedición, el sentido, la modificación y derogación de las normas jurídicas. La aparición y proliferación de conductas indeseables por nocivas, como el lavado de dinero, el narcotráfico y la prostitución infantil, por ejemplo, generan la actividad legislativa encaminada a identificar tales actividades como delitos para cuya comisión se previenen penas específicas. Otro tanto ocurre con el avance científico y tecnológico, por ejemplo, el relativo a los trasplantes de órganos o a la clonación, al internet y a la firma electrónica, que mueven al legislador a normar las actividades respectivas, por lo que tales avances son, sin duda, fuentes materiales del derecho administrativo.

> Es fuente real la serie de factores que determinan el contenido del derecho; los ideales que influyen sobre el legislador para determinar su contenido, el concepto de justicia individual o social, el deseo de equilibrar intereses o resolver conflictos de intereses, las razones geográficas, políticas, individuales o sociales que tuvo en cuenta el legislador para determinar el contenido de la regla[7].

B. Las fuentes históricas del derecho

Los ordenamientos jurídicos antiguos o recientes que rigieron aspectos de la conducta externa humana y ya no están vigentes, conforman las fuentes históricas del derecho; por ejemplo, las leyes de secretarías y departamentos de Estado, que antecedieron a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en vigor, constituyen fuentes históricas del derecho mexicano, cuyos preceptos fueron retomados por el legislador para la elaboración del derecho vigente.

C. Las fuentes formales del derecho

Se pueden entender por fuentes formales del derecho, las actividades realizadas para la creación, expedición, modificación y derogación de normas jurídicas,

[7] MORINEAU, Ó.: *El estudio del derecho*, México, Porrúa, 1953, págs. 51 y 52.

en cuyo caso hablamos de actividades normativas[8], sociales y jurisdiccionales, a las que se agrega otra fuente formal: la doctrina.

D. Otra clasificación de las fuentes del derecho

Es pertinente hacer notar, desde otra perspectiva, que las fuentes del derecho se pueden diferenciar en fuentes directas e indirectas; mediatas e inmediatas; es fuente directa del derecho la actividad materialmente legislativa que genera la constitución, el tratado internacional, la ley, el reglamento y la jurisprudencia; la doctrina, en cambio, se considera fuente indirecta, habida cuenta que influye en el criterio de quienes tienen a su cargo la actividad legislativa o jurisdiccional que elabora la norma jurídica o la jurisprudencia.

Es fuente inmediata del derecho, la actividad materialmente legislativa que genera los preceptos jurídicos contenidos en los cuerpos normativos a que me acabo de referir; en tanto que, los principios generales del derecho son identificados como fuente mediata del derecho mexicano, por cuanto el artículo 14 constitucional, previene que las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse, a falta de ley, conforme a los principios generales de derecho.

III. Las fuentes formales del derecho administrativo

No existen en el derecho administrativo fuentes de tipo exclusivo o diferente a las fuentes generales del derecho, por cuya razón no repetiré lo antes expresado sobre las fuentes materiales, históricas y formales del derecho, y sólo profundizaré en lo relativo a las fuentes formales específicas del derecho administrativo, que a semejanza de las generales del derecho pueden ser: la legislación en el sentido de actividad normativa, la actividad social que deviene costumbre, la actividad jurisdiccional y la doctrina.

A. La actividad normativa

En coincidencia con el eminente jusfilósofo mexicano EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, considero que es la actividad normativa y no la ley, la fuente del derecho, así se trate del administrativo, porque, “así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa”[9].

[8] Dentro de las actividades normativas cabe distinguir la constituyente, la legislativa y la reglamentaria, a cargo del órgano constituyente, del órgano legislativo, y del órgano ejecutivo, respectivamente.

[9] GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Introducción al estudio del derecho*, 34ª ed., México, Porrúa, 1982, pág. 52.

Como es sabido en México, la actividad constituyente y la legislativa se desarrollan conforme a un procedimiento en el que se pueden distinguir las siguientes etapas: iniciativa, dictamen, discusión, aprobación, promulgación e inicio de la vigencia; en tanto que la actividad reglamentaria se realiza en el ámbito del poder ejecutivo, que también genera normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, léase: reglamentos, decretos y acuerdos de carácter general, mismos que en los términos del artículo 92 constitucional, deben estar refrendados por el secretario de Estado a que el asunto corresponda, pues sin ese requisito no serán obedecidos.

Consecuentemente, mediante la actividad normativa, tanto constituyente como legislativa y reglamentaria, se crea el derecho administrativo positivo contenido en la Constitución, las leyes y los reglamentos, caracterizados como ordenamientos que contienen las normas del derecho administrativo. Conviene hacer hincapié en que así como la ley es resultado, en última instancia, de un acto legislativo, el reglamento deriva de un acto administrativo.

1. El reglamento

Producto, como queda dicho, de un acto administrativo, el reglamento es un conjunto de normas que regulan la conducta externa humana, de manera general, impersonal, abstracta, obligatoria y coercitiva; se distingue de la ley, en razón de su órgano emisor, toda vez que ordinariamente es dictado por el poder ejecutivo, de ahí que resulte ser más fácilmente modificable que la ley, lo que no es óbice para la expedición de reglamentos interiores de los otros poderes y de los órganos constitucionales autónomos, sin ninguna intervención del ejecutivo. En la práctica, los reglamentos pueden clasificarse como emitidos de acuerdo con la ley, en ausencia de la ley y en contra de la ley.

Emitido de acuerdo con la ley, es el llamado reglamento heterónomo, así denominado por estar sometido a los dictados de la ley expedida por otro poder, cual es el legislativo, circunstancia que impide su libre desarrollo; en cambio, el reglamento emitido en ausencia de la ley, es el conocido como reglamento autónomo, así llamado por no tener su fundamento en la ley, sino directamente en la Constitución; se trata de un reglamento excepcional, que no requiere de una ley que reglamentar; distinto es el caso de reglamento emitido en contra de ley –y por tanto ilegal–, bien por carecer de fundamento legal y constitucional, o bien por emitirse en infracción de la ley que pretende reglamentar, ya por exceso o por contradicción, situación anómala que puede llegar a contrariar a la propia Constitución, en cuyo caso se tratará de un reglamento no sólo ilegal sino anticonstitucional.

2. Otras disposiciones administrativas de carácter general

Cabe ahora recordar que la actividad normativa no es exclusiva del Constituyente, del órgano legislativo y del titular del ejecutivo, pues también se atribuye en nivel modesto, por ejemplo, a funcionarios de la administración pública, quienes la ejercen mediante actos administrativos relativos a la expedición de disposiciones administrativas de carácter general, tales como circulares, manuales, reglas, instructivos, directrices, criterios de aplicación general, lineamientos generales y demás ordenamientos que contienen disposiciones generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, cuya obligatoriedad, en rigor, se circunscribe a quien la emite y a sus subordinados, mas no a los gobernados, por lo que éstos podrán impugnarlas con éxito cuando rebasen o contradigan, en su perjuicio, la Constitución, la ley o el reglamento. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia sentó la siguiente jurisprudencia: "Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se funden en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales"[10].

B. La actividad social convertida en costumbre

De acuerdo a ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, la actividad social llega a ser costumbre, entendida en sentido amplio como el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie, en tanto que, con un sentido jurídico, se interpreta como la práctica establecida con fuerza de precepto, lo que la erige como una fuente del derecho en general, ya que la repetición de actos de la misma especie puede generar una norma jurídica, llamada por Justiniano: derecho no escrito, es decir, derecho consuetudinario, que por cierto puede ser recopilado por escrito sin perder por ello su carácter consuetudinario. En el Código de las Siete Partidas (Ley 4ª título II, Partida I), se define: "Costumbre es derecho o fuero que no es escrito; el cual han usado los hombres largo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones, sobre que lo usaron"[11].

Como generadora de la norma jurídica, la costumbre consta de dos elementos: el interno, consistente en el tácito consenso popular –*tacitus consensus populi*– de que exista una norma jurídica que regule ciertos casos típicos de la convivencia humana, como expresión de la conciencia social, de la voluntad general, diría Juan Jacobo Rousseau; en tanto que el elemento externo estriba en una forma de manifestación exterior, o sea en el uso, que debe caracterizarse por su uniformidad, pluralidad y antigüedad.

[10] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1975, 3ª Parte, Segunda Sala, Tesis 352, pág. 584.

[11] ALFONSO EL SABIO: "Código de las siete partidas", *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad, t. 2, pág. 23.

Dada la uniformidad de la costumbre, los actos repetidos de la misma especie no deben estar opuestos, ni contradecirse unos con otros, sino todos realizados en el mismo sentido; pues de no ser así, no se podría saber cuál de todos expresa la voluntad general. Dada la pluralidad, un solo acto no puede alumbrar el uso ni la costumbre, es a partir del segundo acto, realizado de forma similar y en el mismo sentido que el primero, cuando empiezan a gestarse el uso y la costumbre, habida cuenta que como dice el refranero popular: una golondrina no hace verano. En cuanto a la antigüedad, se requiere, aun cuando de manera imprecisa, que el uso y la costumbre provengan de bastante tiempo atrás.

El profesor alemán ENRIQUE AHRENS, sostiene:

> La costumbre es el producto de la voluntad libre de los individuos, y nace de una serie de actos idénticos sucesivamente repetidos (...) se forma bajo el impulso inmediato de las necesidades; mientras la ley se forma más bien por reflexión, por vía de raciocinio, sobre un conjunto de relaciones[12].

Una clasificación de la costumbre permite distinguir tres tipos de costumbre: la interpretativa, establecida en presencia de ley, o sea, *secundum legem*; la introductiva, adoptada en ausencia de ley, es decir, *praeter legem*, y la costumbre abrogativa que se opone a la ley, vale decir: *contra legem;* según que esté en consonancia con la ley; la supla en su ausencia, deficiencia o vacío; o la contraríe o derogue; respecto de este último caso, conviene recordar que el artículo 10 del Código Civil Federal previene: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario."

En el ámbito de la doctrina, la costumbre ha sido objeto de un fuerte repudio como fuente del derecho administrativo, circunstancia que comenta el profesor español RAMÓN PARADA en el siguiente párrafo:

> Un derecho fundamentalmente positivista, integrado en su mayor parte por normas escritas de origen burocrático y producto de una actividad reflexiva, como es en esencia el Derecho administrativo, no podía por menos que ofrecer resistencia a la admisión de la costumbre como fuente jurídica caracterizada por dos elementos de origen social o popular: un uso o comportamiento reiterado y uniforme y la convicción de su obligatoriedad jurídica[13].

Sin embargo, la costumbre ha logrado convertirse en una fuente –de reducido caudal—del derecho administrativo en diversos países; en España, por ejemplo, el artículo 29 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, señala que funcionen en Concejo Abierto los municipios con menos

[12] AHRENS, E.: *Curso de derecho natural*, trad. Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, 6ª ed. México, Librería de A. Bouret, 1876, pág. 154.
[13] PARADA, R.: *Derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1991, t. I, págs. 72 y 73.

de 100 habitantes y aquellos otros en los que su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable, y en su último apartado, se lee:

En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una Asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. (subrayado nuestro).

El artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos define como comunidad integrante de un pueblo indígena a la que, asentada en un territorio y con reconocimiento de autoridades propias y formas propias de gobierno interno, acordes con sus usos, costumbres y prácticas tradicionales, forma una unidad social, económica y cultural, lo que significa que la regulación de la estructura y organización de la administración pública específica de una comunidad integrante de un pueblo indígena –materia del derecho administrativo—puede ser determinada por sus usos, costumbres y prácticas tradicionales. Salvo esta posible excepción, la costumbre en México no es fuente del derecho administrativo y carece de fuerza normativa.

C. La actividad jurisdiccional

Las razones por las que reconozco a la actividad legislativa y no a la ley, lo mismo que a la actividad reglamentaria y no al reglamento, como fuentes del derecho, me permiten considerar que es la actividad jurisdiccional, y no su producto, la jurisprudencia, la que genera el derecho.

Se realiza la actividad jurisdiccional en ejercicio de la función pública jurisdiccional que básicamente consiste en *juris dictio,* en dictar el derecho en caso de controversia; el criterio igual empleado respecto de un problema jurídico, a través de un grupo sucesivo e ininterrumpido de sentencias concordes, es lo que se entiende por jurisprudencia, porque como bien observa el prestigiado jurista argentino AGUSTÍN GORDILLO

> La jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales (auctoritas rerum similiter judicatorum)[14].

[14] GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. 1 1998, VII-68.

En México la relevancia de la actividad jurisdiccional como fuente del derecho administrativo es muy modesta, por cuanto sólo puede influir indirectamente en su generación en la medida en que la jurisprudencia administrativa sea tomada en cuenta por el legislador, para la actualización de la norma jurídica, toda vez que dicha jurisprudencia, en los términos de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, sólo obliga a los órganos jurisdiccionales a acatarla, mas no es obligatoria para las autoridades administrativas y los particulares.

D. La doctrina

Dentro del campo jurídico se entiende por doctrina, en sentido amplio, el conjunto de opiniones de los jurisconsultos, en tanto que, en sentido restringido, doctrina "es la condensación de corrientes de opinión coincidentes formadas a través de comentarios, exposiciones, artículos y críticas de los profesionales del derecho"[15].

En la actualidad, la doctrina no puede considerarse como fuente formal y directa del derecho administrativo mexicano, mas, sí debe tenerse como fuente mediata e indirecta del mismo, en la medida en que el legislador se inspira en las opiniones doctrinarias para la elaboración de la ley.

E. Los principios generales de derecho

En el derecho comparado contemporáneo es usual recurrir, a falta de ley, a los principios generales del derecho, cuyo concepto es uno de los puntos muy controvertidos en la doctrina jurídica; pese a lo cual, tales principios se convierten en fuente del derecho mediante varios procedimientos, el principal consiste en el empleo que de ellos se hace en el desarrollo de la actividad legislativa para la elaboración de la norma jurídica, a través de la cual quedan incorporados al derecho positivo; empero, tales principios también pueden ser utilizados como fuente del derecho, mediante otros procedimientos, por ejemplo, el de usarlos para llenar las lagunas o subsanar las indebidas omisiones de dicha norma jurídica, cuando ésta no contiene precepto aplicable al punto en controversia, supuesto para el cual el artículo 14 constitucional previene resolverla, en los juicios del orden civil, conforme a los principios generales de derecho, que de este modo se usan como derecho supletorio, disposición que se reitera en el artículo 158 de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en el artículo 19 del Código Civil Federal y en el artículo 11 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

[15] MORENO, F.: "Doctrina de los autores", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1974, T. VII, pág. 610.

De cualquier modo, importa determinar ¿qué se entiende por principios generales de derecho?; al respecto, conviene tener presente que esta locución se apoya en tres ideas específicas, a saber: principalidad, generalidad y juridicidad. En cuanto a la primera, debemos recordar que se entiende por *principio*, el fundamento, el origen, la razón fundamental sobre la cual se procede al discurrir o disertar sobre cualquier materia; y, desde una perspectiva filosófica, el principio es lo primero en todo orden de relación, ya sea cronológico, lógico u ontológico, y en su más amplio sentido es sinónimo de causa o razón; por ello, principio es lo primero y fundamental tanto en el ámbito del conocimiento: principio lógico, como en la esfera del ser: principio ontológico, y en el escenario del obrar: principio imperativo; por todo ello, el principio se entiende como la causa que contiene la razón y explica la verdad y la validez del razonamiento, la naturaleza y existencia de las cosas, y el valor de la conducta.

Por lo que hace a la idea de generalidad, es fácil advertir que ésta alude al género en oposición a la especie, a lo general en contraste con lo particular, a lo universal como antítesis de lo local y a la pluralidad en contraposición a la singularidad; la idea de generalidad, pues, hace referencia a lo común en los individuos de una especie o en las especies de un género.

Por cuanto concierne a la idea de juridicidad, es obvia su identificación con la propensión a preferir los arreglos y soluciones de estricto derecho en las cuestiones sociales y políticas.

Dentro de los variopintos conceptos elaborados acerca de los principios generales de derecho destacan los que los interpretan como: *i*. los axiomas contenidos en las antiguas compilaciones; *ii*. los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento de sus preceptos; *iii*. Las máximas universales, generales por su naturaleza y subsidiarias por su función, aplicables subsidiariamente a las lagunas del derecho: *iv*. los contenidos en el derecho positivo de cada país que se pueden inferir de los preceptos de su propio orden jurídico; algunos jusfilósofos, como Giorgio del Vecchio, los explican como los principios del derecho justo[16].

Sobre este tema, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ opina: “Resolver una cuestión imprevista de acuerdo con los principios generales, quiere decir, por tanto, fallarla como el legislador lo habría hecho, si hubiera podido conocer el caso especial”[17].

[16] VECCHIO, G. DEL.: *Los principios generales del derecho*, trad. Juan Osorio Morales, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, pág. 17.
[17] GARCÍA MÁYNEZ, E.: Introducción al estudio del derecho, 34ª ed., México, Porrúa, 1982, pág.372.

Según EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, considerando los principios generales de derecho como máximas universales, "condensan los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica"[18].

Se trata, pues, de principios fundamentales que dan soporte al andamiaje del derecho porque entrañan su esencia misma, son generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, de aplicación supletoria a las lagunas del derecho positivo; entre ellos descuellan en el derecho administrativo, el de buena fe, el del debido proceso, el de legalidad, el de moralidad administrativa, el de seguridad jurídica, y el de supremacía del interés público sobre el interés privado.

IV. El acto administrativo

A. Definición de acto administrativo

Pieza fundamental del Derecho administrativo contemporáneo viene a ser la noción de acto administrativo, por tener repercusiones en muchos de sus ámbitos, incluido el de las fuentes del derecho administrativo; de ahí la importancia de clarificarla y entenderla.

Con muy diferentes criterios ha sido interpretado el acto administrativo; empero, sin desconocer los intentos por emplear un criterio mixto, la gran mayoría podría separarse en dos grandes grupos, a saber: los elaborados con un criterio orgánico, y los planteados con un criterio material.

1. El criterio orgánico

En consonancia con el criterio orgánico, también llamado subjetivo o formal, acto administrativo es el realizado por los órganos administrativos del poder público y no por otros. Conforme a este criterio, *i)* sólo los órganos administrativos pueden producir actos jurídicos administrativos, lo que significaría que los órganos judiciales y los legislativos no podrían hacerlo; ii) todos los actos jurídicos realizados por la administración son actos administrativos.

2. El criterio material

A la luz del criterio material, que atiende a la naturaleza intrínseca del acto y no al carácter del órgano que lo realiza, acto jurídico administrativo es aquel

[18] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1981, pág. 400.

cuya sustancia es administrativa, no legislativa ni jurisdiccional, por lo que todos los órganos del poder público, ya sean administrativos, jurisdiccionales o legislativos producen actos administrativos, caracterizados por su contenido material de naturaleza administrativa.

3. Acto administrativo en sentido lato

Considero que el acto administrativo, en sentido amplio, es una actividad concreta realizada por un órgano del poder público, en ejercicio de función administrativa, que produce efectos jurídicos. Como dice el profesor argentino AGUSTÍN A. GORDILLO: "Acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce"[19].

4. Acto administrativo en sentido restringido

Desde la perspectiva metodológica, resulta de poca utilidad el sentido amplio de la noción de acto administrativo, porque en una misma categoría engloba actos realizados en ejercicio de función administrativa, de muy diversa índole, como son, por ejemplo, los unilaterales y los bilaterales, los individuales y los generales. Por ello conviene formular una noción de acto administrativo en un sentido restringido, que permita, como dice RENATO ALESSI:

> (...) aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos[20].

Al tenor de estas ideas, la doctrina admite la formulación de una definición restringida de acto administrativo que excluya a los actos contractuales y a los actos generales de la administración, es decir, a los contratos y a los reglamentos administrativos, para referirse tan sólo a sus actos jurídicos simultáneamente unilaterales e individuales.

De esta manera, en sentido restringido, podemos definir al acto administrativo como *la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos.*

---

[19] GORDILLO, AGUSTÍN A.: *El Acto administrativo*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 40.

[20] ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Trad. Buenaventura Pellis, Prats, Barcelona, Bosch, 1970, T. I, pág. 249.

Los mencionados efectos jurídicos consisten en la creación, modificación, certificación, extinción o reconocimiento de derechos y obligaciones en favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

Para los efectos de la Ley de Procedimiento administrativo del Distrito Federal, su artículo 2º, influenciado por el criterio orgánico, entiende por acto administrativo, la declaración unilateral de voluntad, externa, concreta y ejecutiva, emanada de la administración pública del Distrito Federal, en el ejercicio de las facultades que le son conferidas por los ordenamientos jurídicos, que tiene por objeto crear, transmitir, modificar, reconocer o extinguir una situación jurídica concreta, cuya finalidad es la satisfacción del interés general.

B. Clasificación de los actos administrativos

Al estudiar los actos administrativos tengamos presente que no son todos de la misma categoría, habida cuenta de la diferencia existente entre ellos en razón de sus características.

No obstante su diversidad, los actos administrativos pueden catalogarse de varias maneras, por ejemplo, por el número de sujetos cuya voluntad se requiere para la existencia del acto: bilaterales y unilaterales; por los sujetos a quienes afecta: individuales y generales; por su esfera de aplicación: interno y externo; por su finalidad: preliminar o de instrucción, decisorio o de resolución, y de ejecución; por su contenido o efectos: los que incrementan los derechos de los particulares, los que restringen tales derechos, y los que dan testimonio de una situación de hecho o de derecho; y por su relación con la ley: regulados y discrecionales.

V. El acto administrativo en función de fuente del derecho

El acto administrativo asume el papel de fuente del derecho cuando tiene carácter normativo, como en el caso de la expedición de un reglamento, que como señalé antes, es un conjunto de normas que regulan la conducta externa humana, de manera general, impersonal, abstracta, obligatoria y coercitiva; y se distingue de la ley, en razón de su órgano emisor, toda vez que ordinariamente es dictado por el titular del poder ejecutivo.

La expedición de reglamentos, por ser una actividad normativa, es fuente del derecho administrativo, caracterizada por conllevar el ejercicio de la actividad reglamentaria.

A. La actividad reglamentaria

En el campo del derecho se entiende por actividad reglamentaria, la de reglamentar las normas jurídicas, es decir, de facilitar su aplicación mediante el desarrollo, detalle, precisión y explicación de sus preceptos relativos a los aspectos específicos de los derechos y obligaciones referidos a una determinada materia; actividad que se realiza en dos niveles: el constitucional y el legal, que en el primer nivel se reglamentan preceptos contenidos en la Constitución mediante las leyes reglamentarias –en algunos casos también mediante los reglamentos autónomos– y, en el segundo, se reglamentan las leyes por medio de los reglamentos.

B. El reglamento administrativo

"Colección ordenada de reglas o preceptos, que por la autoridad competente se da para la ejecución de una ley", es uno de los significados que atribuye a la voz *reglamento*, el Diccionario de la Real Academia Española. Con un criterio orgánico podemos clasificar los reglamentos en legislativos, judiciales y administrativos, según los expida el órgano legislativo, el judicial o el administrativo.

En el orden jurídico mexicano, se puede entender por reglamento administrativo –heterónomo o autónomo–, *el cuerpo normativo de carácter general, abstracto, impersonal, obligatorio y coercitivo, expedido mediante declaración unilateral de voluntad del titular del poder ejecutivo, con objeto de detallar y facilitar la exacta observancia de preceptos constitucionales o legales*.

1. El reglamento heterónomo

Se puede explicar el reglamento heterónomo cómo un cuerpo normativo, expedido por el titular del Poder Ejecutivo, mediante actividad reglamentaria, cuyo ejercicio se incluye dentro de las facultades que le otorga la fracción I de su artículo 89 la Constitución, para proveer en la esfera administrativa, a la exacta observancia de una ley, a la cual no debe contrariar, exceder o rebasar, ni tampoco desvirtuar su espíritu o contenido, sino .sólo desarrollarla, explicarla y complementarla para su mejor aplicación.

Se explica la existencia de los reglamentos heterónomos en razón de que las leyes, dada su naturaleza, pueden no prever específicamente cuanto supuesto sea posible, de ahí que su rango de generalidad y abstracción deba ser extenso y omnicomprensivo; en cambio, dichos reglamentos están destinados a detallar los supuestos genéricos previstos en la ley a la que siempre están subordinados,

a efecto de que sea clara, inequívoca y precisa, la aplicación individualizada de la norma jurídica. Para el doctor IGNACIO BURGOA ORIHUELA:

> La heteronomía de los reglamentos implica no sólo que no pueden expedirse sin una ley previa a cuya pormenorización normativa están destinados, sino que su validez jurídico constitucional depende de ella, en cuanto que no deben contrariarla ni rebasar su ámbito de regulación. Así, al igual que una ley secundaria no debe oponerse a la Constitución, un reglamento no debe tampoco infringir o alterar ninguna ley ordinaria, pues ésta es la condición y fuente de su validez a la que debe estar subordinado[21].

Habida cuenta que la actividad reglamentaria del Presidente de la República es intransferible e indelegable, ni los secretarios de Estado ni ningún otro funcionario de la administración pública pueden expedir reglamentos de leyes ni disposiciones de cualquier otra denominación; de carácter general, abstracto, obligatorio y coercitivo, que sustituyen a aquellos.

Asimismo, conviene hacer hincapié en que la actividad reglamentaria del Ejecutivo Federal, salvo que se trate de un reglamento autónomo, se debe circunscribir a las leyes que expida el Congreso de la Unión; la del jefe del Gobierno del Distrito Federal se debe limitar a las leyes expedidas por la Asamblea Legislativa; la de los Gobernadores de los Estados se debe reducir a las leyes emitidas por las Legislaturas locales; en tanto que la de los Ayuntamientos debe quedar acotada por las leyes que en materia municipal expidan dichas Legislaturas.

En suma, es dable afirmar que la expedición de un reglamento administrativo es una manifestación unilateral de voluntad del titular del Poder Ejecutivo formulada en razón de su competencia, que en atención a su carácter general, abstracto e impersonal, se diferencia del acto administrativo individual, o sea del acto administrativo en sentido restringido, que genera efectos individuales concretos[22].

2. El reglamento autónomo

Se entiende por reglamento autónomo, aquel que no desarrolla, explica, detalla ni complementa una ley, sino un precepto constitucional. En México, un sector importante de la doctrina reconoce la existencia de este tipo de reglamento, concretamente en dos casos específicos, por estar previstos ambos en la Constitución General de la República, uno en el artículo 21 y el otro en el párrafo quinto del artículo 27. En efecto, el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, dispone:

[21] BURGOA, I.: *Derecho constitucional mexicano*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 1976, pág. 852.
[22] Vid. ACOSTA ROMERO, M.: *Teoría general del derecho administrativo*, 2ª. Ed., México, UNAM, 1975, pág. 205.

> Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

El anterior precepto fue interpretado por diversos tratadistas –contra la opinión de otros– como sustento para la expedición de reglamentos autónomos en el orden gubernativo y de buen gobierno, en el ámbito del Distrito Federal y de los municipios; empero la reforma del artículo 115 constitucional de 1983 puso fin a la posibilidad de reglamentos autónomos de policía y buen gobierno a nivel municipal, al disponer en el segundo párrafo de su fracción II:

> Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las Legislaturas de los Estados, los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

De la misma manera, la reforma del artículo 122 constitucional, publicada el 25 de octubre de 1993, canceló la posibilidad de un reglamento autónomo para el Distrito Federal, en la referida materia, al establecer entre las facultades de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, contenidas en su fracción IV, la de: "g) Legislar en el ámbito local, en lo relativo al Distrito Federal en los términos del Estatuto de Gobierno en materias de (...) justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno".

Por otra parte, de acuerdo al texto contenido en la citada reforma de 1993, del inciso g) de la fracción VI del artículo 122 constitucional: "El Jefe del Distrito Federal ejecutará las leyes o decretos que expida la Asamblea de Representantes, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. Asimismo, expedirá los reglamentos gubernativos que correspondan al Distrito Federal".

Actualmente, de acuerdo a la última reforma del artículo 122 constitucional, entre las facultades asignadas a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal figura en el inciso i) de la fracción V de la base primera, la de normar la justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno, por cuya razón, el jefe de gobierno del Distrito Federal no tiene facultad para expedir un reglamento autónomo de policía, pero sí un reglamento heterónomo que detalle y desarrolle la ley que expida la Asamblea Legislativa en esta materia.

C. El ejercicio de la actividad reglamentaria

Como se columbra en lo que acabo de exponer, la actividad de reglamentar las normas contenidas en los textos constitucionales se encomienda a los órganos legislativos –federales y locales– y, en algunos casos, al presidente de la República y a los gobernadores de los Estados, en ejercicio de facultades extraordinarias; en tanto que la actividad de reglamentar la legislación secundaria compete al presidente de la República, a los gobernadores de los Estados, al jefe del Gobierno del Distrito Federal y a los ayuntamientos municipales.

Dado su talante de indiscutible fuente del derecho, la actividad reglamentaria se caracteriza por ser atribuida expresamente por la Constitución, y ser, además, intransferible e indelegable, lo que significa que el órgano legislativo no puede, ni siquiera mediante ley o decreto, delegar la que le corresponde; ni el Ejecutivo o el ayuntamiento municipal, ceder las de sus respectivas competencias, ni aún en el caso de que el órgano legislativo lo autorizase.

Por lo anterior, el Ejecutivo Federal no puede reglamentar leyes expedidas por las legislaturas locales, como tampoco están facultados los gobernadores de los Estados para reglamentar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión; ni los secretarios de Estado ni ningún otro funcionario de la administración pública pueden expedir reglamentos de leyes ni disposiciones de cualquier otra denominación, de carácter general, abstracto, obligatorio y coercitivo, que sustituyan a aquellos.

LA VERDADERA NATURALEZA DEL ACTO JURÍDICO

Germán Cisneros Farías

I. Propuesta central

Pretendo demostrar que el acto administrativo, en su necesaria *episteme* ha transitado históricamente dentro del poder, con poco acento en la naturaleza en la voluntad espiritual humana, inserto en instituciones jurídicas esencialmente formales, entre ellas el Estado, monarquías, principados, estados totalitarios; o en las modernas instituciones constitucionales que pregonan la preeminencia de un estado liberal, social, e incluso democrático, y que a pesar de lo anterior el acto administrativo, en su verdadera naturaleza de receptáculo de la voluntad espiritual del hombre, no ha podido vivir ni realizar a plenitud la justicia y el bien común, pues ha sido arropado en meras formalidades rígidas que lo han obligado a presentar una cara legalista, distinta a su verdadera naturaleza.

II. La solución de los grandes problemas del derecho administrativo no se encuentra ni en las formalidades del estado, ni en sus constituciones sino en la idea o naturaleza del derecho mismo

Esta tesis se encuentra defendida tanto por ALF ROSS[1] como GUSTAVO ZAGREBELSKY[2]. El primero afirma que el derecho vigente de un país lo constituyen todas las proposiciones de la ciencia del derecho y no tan solo las instituciones normativas; en tanto el segundo es más explícito en su teoría, y al respecto nos dice: lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto.Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con la que los juristas trabajan, ni nuca han encontrado allí su solución.Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio.

Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.

---

[1] ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la Justicia*, editorial Eudeba, Buenos Aires, 1997, págs. 33,49.
[2] ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho Dúctil*, editorial Trotta, Madrid 1997, págs. 9, 10.

Lo que cuenta en la última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución del Código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindir de la "cosa" misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho "positivo" se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confundentes para el público profano.

De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica. Se pone en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente.

III. Desde los principios históricos del derecho, hay acto administrativo

Ya lo apuntaba MAQUIAVELO, en la primera afirmación de su célebre obra: "...tutti domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra li uomini, sono stati... sono reppubliche o principati"[3]. Desde ahí, desde todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, estados, repúblicas o principados, se han entregado a los súbitos servicios públicos, prebendas, privilegios o simplemente resuelto sus más atingentes necesidades o problemas de supervivencia, constituyéndose con ese hacer la formalidad del acto o actos administrativos.

A pesar de la temeraria afirmación anterior, apuntemos otra: desde tiempos sin memoria histórica se han dado los efectos de la administración pública, o en palabras de RODRÍGUEZ-ARANA[4] : "Derecho administrativo, sin embargo, ha habido siempre porque siempre ha existido la necesidad de organizar según el derecho los intereses colectivos, unas veces con más acierto que otras".

IV. Voluntad y poder o la envoltura formal del Estado

El concepto jurídico de acto administrativo se encuentra unido a perpetuidad con otros dos conceptos que le son afines: la voluntad y el poder. Al imperium o voluntad del poder público (poder político, poder del Estado), dentro de

[3] Maquiavelo, N. de: *El príncipe*, Porrúa, México 1964, Cap. 1, pág. 1.
[4] RODRÍGUEZ-ARANA, J.: "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas perspectivas", en AÍDA, OPUS No. 3. UNAM, ACATLAN, México, 2008, pág. 277.

su ámbito de acción no puede sustraerse nadie. El poder que está dotado de estas características (ser un poder común, supremo, independiente, incondicionado) es un poder público, el poder del Estado. Estas propiedades son las que diferencian al poder público de cualquier otro poder social. El poder público es el Leviatán que habiendo devorado todas las demás fuerzas sociales, se constituye en el monopolio legítimo del poder.

En tanto la voluntad constituye la parte espiritual del pacto de unión entre los hombres, constituye la parte formal de sus fines, de sus valores, de sus propósitos esenciales. Este aspecto es olvidado en la mayoría de las instituciones jurídicas formadas por los hombres, llámense Constitución o Estado.

Bien lo decía ROSCOE POUND[5]: debemos tener presente que las teorías de la imposibilidad de la justicia conforme a derecho y la desaparición del derecho han ido en gran parte juntas, y se han desarrollado de consumo con las teorías absolutas en política. Ambas son concomitantes del movimiento hacia el gobierno absoluto que han proseguido en todas las partes del mundo. Las teorías de derecho en término de amenaza y de fuerza forman parte de un culto general a la fuerza. El verdadero enemigo del absolutismo es el derecho. El derecho presupone una vida media por la razón, y un proceso judicial llevado constantemente a cabo por una técnica razonada que se aplica a la experiencia desarrollada por la razón y a la razón probada por la experiencia.

V. El derecho administrativo no defiende tan sólo la propiedad de las bellotas

No cabe duda de que quién se sustenta de las bellotas que recogió al pié de una encina, o de las manzanas arrancadas de los árboles del bosque, se las ha apropiado para sí mismo... El trabajo puso un sello que lo diferenció de lo común[6].

Además de la defensa de la libertad y la igualdad como valores a defender en el establecimiento del pacto social, Locke agrega otro valor a defender, en este caso la propiedad. La conjunción de esos tres valores completan la trilogía que deben defender una sociedad o un estado, y en consecuencia el derecho en general, y en particular el derecho administrativo.

Debemos entender que en el acto administrativo no se refiere tan sólo a la defensa de esos dos principios, incluyendo al defensa de las bellotas. Hay algo más que defender en un pacto social en este caso los valores espirituales del hombre como son la justicia y el bien común.

[5] POUND, R.: *Justicia Conforme a Derecho*, Colofón, México, 1995, pág. 87.
[6] LOCKE, J.: *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Editorial Valle de México, México, 1998, Pág. 35.

VI. El navío del contrato social, sin acto administrativo, zarpó a la deriva

En la teoría política se acepta que el contrato social constituye la tesis central de la formación del Estado; pero debemos considerar que esta tesis, llevada a los extremos, también nos conduce a otro extremo irreductible: la mera formalidad de un convenio o acto, no es garantía de la realización feliz del mismo.

Habrá siempre una gran diferencia entre someter una multitud, y regir una sociedad, habría dicho JUAN JACOBO ROUSSEAU[7], es decir, el poder da obediencia, ciertamente, pero no da destino; para ello es necesario contar con la voluntad general de una colectividad humana. También el ginebrino nos hablaba sobre el papel del destino, del fin de una colectividad: ...como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con **un solo fin** y de hacerlas obrar unidas y de conformidad. Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la **fuerza y la libertad** de cada hombre los principales instrumentos para su conservación. Así, nos dice Rousseau, mediante un Contrato Social se encuentra una forma de asociación que defienda y proteja la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, no obedece sino así mismo y permanece tan **libre** como antes.

En su propuesta de retroceso a una convención primitiva llena de formalidades esenciales, entre ellas la libertad, la propiedad y la igualdad, ROUSSEAU olvidó los grandes fines de una gran colectividad el bien común y la justicia.

En su revolucionaria propuesta de un Contrato Social como vía o forma de regular a una sociedad en que el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos lo demás, no siendo, en opinión del ginebrino este derecho un derecho natural sino un derecho fundado sobre convenciones, olvidó el ginebrino darle contenido a los fines de esa sociedad; por ello afirmamos que el navío del Pacto Social por él propuesto, sin actos operativos de dicha gran convención social, zarpó a la deriva y pronto, muy pronto, surgieron los abatares, los oleajes tempestuosos y las borrascas civiles que hicieron , en el camino de su historia, enteramente formalista el pacto mencionado. Sin quererlo, entró en los terrenos de la pura formalidad teórica, sin contenidos, sin destino ni fin o fines próximos.

[7] ROUSSEAU, J. J.: *El Contrato Social,* Editorial Porrúa , México, 1987, Libro, Cap. 5, Pág. 8

Al respecto decía GUSTAV RADBRUCH[8]...Quien abarque con la mirada, en una ojeada de conjunto, las mudanzas históricas de la ciencia del Derecho, se dará cuenta en seguida de que, detrás de formas y nombres sin cesar cambiantes, se revela a cada paso, a través de todas esas vicisitudes, una contraposición que es siempre la misma: la contraposición entre el formalismo y el finalismo...

La tendencia formalista, en la ciencia del Derecho, parte de la norma jurídica formulada, que es casi siempre un texto legislativo; se pregunta:" ¿cómo debo interpretar ese texto, para ajustarme a la voluntad que en un día lo formuló?" Partiendo de esta voluntad, construye –por procedimiento al parecer puramente lógicos– un sistema cerrado de conceptos y principios, de los que se desprende necesariamente la solución de todos y cada uno de los problemas jurídicos reales o imaginarios.

La tendencia finalista parte –sépalo o no– del "sentido" y no del libro; parte de la realidad, de los fines y necesidades de la vida social, espiritual y moral, considerados como valiosos; se pregunta: "¿cómo debo manejar y modelar el Derecho, para dar satisfacción a los fines de la vida?" Y, ajustándose a estos fines, resuelve las innumerables dudas del Derecho formal y llena sus incontables lagunas. La primera de estas dos tendencias busca, pues, el sentido que se acople a la fórmula dada; la segunda, por el contrario, busca la fórmula en que encaje el sentido "impuesto" por la vida.

A este antagonismo en cuanto a lo fundamental corresponden una serie de diferencias derivadas. El carácter de la tendencia formalista es siempre más verbalista, más teórico, más pasivo, más receptivo, más conservador; el carácter de la tendencia finalista, en cambio, es más realista, más práctico, más crítico, más progresivo y más creador.

VII. Los contenidos olvidados en el pacto social

Estamos insistiendo en que el Contrato Social nació sin contenidos, entre ellos La Justicia.

"Sin virtud de la justicia, ¿qué son los reinos sino unos execrables latrocinios? Y éstos, ¿qué son sino unos reducidos reinos? Estos son ciertamente una junta de hombres gobernada por su príncipe, la que está unida entre sí con pacto de sociedad, distribuyendo el botín y las conquistas conforme a las leyes y condiciones que mutuamente establecieron"; con esa histórica afirmación San Agustín[9] coloca el concepto **Justicia** en la doctrina política del Estado, y a partir de ese momento, se convierte en un concepto esencial e inamovible.

[8] RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 2002, págs. 96 y 97
[9] SAN AGUSTÍN: *La Ciudad de Dios*, Porrúa, México, 1998, Libro IV, Cap. 04, pág 84.

También de la inspiración de SAN AGUSTÍN es el concepto de Bien Común[10] al decirnos: ...el fin de nuestros bienes es la paz... Lo primero a que está obligado (el Estado) es al cuidado de los suyos, porque para mirar por ellos tiene ocasión más oportuna y más fácil, según el orden así de la naturaleza como del mismo trato y sociedad humana.

Efectivamente, la mera unión de fuerzas, la presencia de una voluntad endeble, de meras convenciones para la protección de un bien específico, en este caso la propiedad, no puede considerarse el contrato perfecto de un Estado o de una sociedad. Le hacen falta fines superiores entre ellos la justicia y el bien común. De inmediato se nos dirá que dichos conceptos, a su vez, se encuentran sin contenido específico alguno; esto es cierto, observación que tan bien le cae a los conceptos mencionados por ROUSSEAU en su Contrato Social, entre ellos la libertad y la igualdad.

A la doctrina política le corresponde darle forma y contenidos, según le corresponda a cada forma de gobierno, según cada caso, de acuerdo con las particulares y los fines de toda buena sociedad.

VIII. El Estado como sistema adaptativo, complejo y flexible en la época moderna

Así entendido el Estado como las relaciones de dominio o de poder de imponer la voluntad de un ente colectivo sobre el comportamiento de voluntades individuales, se da el nacimiento del acto administrativo que viene hacer éste la vía o forma en que se presenta la voluntad del poder estatal. El acto administrativo va dentro de esos tres conceptos, pues todos los mandatos jurídicos proceden de superiores y se dirigen y obligan a inferiores.

Esta terrible frialdad o crudeza del nacimiento del acto administrativo o mejor dicho de su concepto eminentemente formal, nos debela tan sólo su naturaleza lógica, de ninguna manera su naturaleza teleológica que ahora desarrollaremos, no sin antes apuntar las diversas luchas teóricas y doctrinales que se han dado en el transcurso de la construcción del derecho administrativo.

En los tiempos actuales se ha desarrollado como explicación teórica del orden jurídico de un Estado, la tesis del sistema o de los subsistemas, según corresponda, que ve al Estado como un gran sistema social. Esta tesis afirma que todos los seres vivos, tanto biológicos como sociales, son sistemas adaptativos complejos. Sistemas, porque están formados por partes, o subsistemas, interrelacionados e interdependientes, que interactúan entre sí dependiendo de lo que el entorno demande en un momento dado. Adaptativos,

[10] SAN AGUSTÍN: Op. Cit. Libro XIX, Caps. XI y XIV, págs. 479, 483

porque esas relaciones entre los subsistemas tienen que buscar siempre una respuesta adecuada, y oportuna, a las nuevas condiciones del ambiente externo. Complejos, porque tienen que desarrollar el grado de flexibilidad necesario para sobrevivir.

El Estado así concebido, permite conciliar la necesidad de establecer los ciertos parámetros que den consistencia, con la de generar una capacidad de respuesta rápida a las condiciones cambiantes del entorno, y a los retos que presentan. Esto va muy de la mano con el enfoque que ve a la organización jurídica Estatal como un sistema adaptativo complejo, que debe interactuar con ese entorno de que forma parte, y llevar a cabo los ajustes que requieran las nuevas condiciones que se dan en él de manera constante. Si dicho proceso de adaptación no se realizara, el sistema, en este caso la organización mencionada, no podría sobrevivir.

Para HABERMAS el derecho aparece como gran categoría de mediación social entre las tensiones del orden jurídico, las instituciones que ejercen el poder y las instituciones sociales que no olvidan o no quieren olvidar el origen de su gran pacto.

Esa categoría de mediación social entre los hechos de la realidad social y la validez de los hechos de la realidad social (facticidad y validez) se da mediante la racionalidad democrática, en una acción comunicativa que finalmente logra su objetivo concreto, vivo, mediante el derecho o el Estado de derecho.

Ciertamente, HEGEL, al igual que ARISTÓTELES, está todavía convencido de que la sociedad encuentra su unidad en la vida política y en la organización del Estado. La filosofía práctica de la edad moderna sigue partiendo de que los individuos pertenecen a la sociedad lo mismo que a un colectivo pertenecen sus miembros o que al todo pertenecen las partes, aun cuando ese todo haya de constituirse por la unión de esas partes.

Pero las sociedades modernas se han vuelto mientras tanto tan complejas, que estas dos figuras del pensamiento, a saber, la de una sociedad centrada en el Estado y la de una sociedad compuesta de individuos, ya no se les pueden aplicar sin problemas. Ya la teoría marxista de la sociedad había sacado de ello la consecuencia de renunciar a una teoría normativa del Estado. Pero aun en este caso la razón práctica –ahora en términos de filosofía de la historia– deja sus huellas en el concepto de una sociedad que habría de administrarse democráticamente a sí misma y en la que, junto con la economía capitalista, habría absorbido, disuelto y extinguido el poder burocrático del Estado.

El Estado constituye un subsistema entre otros subsistemas sociales funcionalmente especificados; estos guardan entre sí relaciones sistema-entorno de forma similar a como lo hacen las personas y su sociedad.

IX. El Estado de derecho, por sí solo, no representa la plenitud del acto administrativo

Hemos afirmado que el acto administrativo, como mera formalidad lógica, representa la ”materialización” del imperio, voluntad, poder del Estado; por ello entendemos que desde sus orígenes existen elementos de identidad entre lo que es ó sea el Estado y al acto administrativo. Así este concepto camina dentro de las diferentes clases de Estados en que su interior ha vivido olvidando su verdadera naturaleza. Con GUSTAVO ZAGREBELSKY, afirmamos:[11] El Siglo XIX es el siglo del “Estado de derecho” o, según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o “Estado bajo el régimen de derecho”, se distingue del Machtstaat, o “Estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el Estado absoluto característico de siglo XVII, y del Polizeistaat, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno.

La expresión “Estado de derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat.

Por ello, en la clásica exposición del derecho administrativo de OTTO MAYER, la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley o del Estado sobre la Administración;

[11] ZAGREBELSKY, G.: *El derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Editorial Trotta, Madrid,1997, pág 21.

b) la subordinación a la ley, y sólo la ley, de los derechos ciudadanos, con exclusión, por lo tanto, de poderes autónomos de la Administración para incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos y separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración, y nada más.

La historia nos consigna que a un Estado policía le corresponderán actos administrativo de policía, a un Estado de fuerza le corresponderán actos administrativos de fuerza, a un Estado plural en cuanto a sus valores le corresponderán actos administrativos relativos en la vivencia de dichos valores, a un Estado democrático le corresponderá actos administrativos de participación solidaria y comprometida de sus miembros. Esta identidad conceptual, las más de las veces no se da de manera automática, sino mediante luchas, guerras civiles, cambios o golpes de Estado, e incluso derramamiento de sangre.

La constitución o constituciones de un Estado son o pueden ser letra poética, meros atisbos de mejores deseos o ilusiones colectivas; en cambio, el derecho administrativo es derecho vivo, no es ni puede ser una carta de buenas intenciones. Es justicio o injusticia. Vida o penitencia. Aceptación o rechazo. Por eso el derecho administrativo se caracteriza como el nacimiento difícil de nuevas situaciones para las comunidades que en ella viven, a pesar de los receptáculos formales de Estado de derecho.

IX. A pesar de la "presencia" histórica de un estado de derecho, el derecho administrativo tuvo un difícil amanecer

Poder y Estado, Estado y Poder han sido la formula perversa con la que se ha enfrentado el derecho en general y en particular el derecho administrativo. Ciertamente una constitución refleja los dos elementos anteriores, a veces con regocijo y otras veces y otras veces con pesadumbre social. Recordemos la tesis de HANS KELSEN de que un Estado despótico es tan bien un Estado de derecho.

Así, a veces en comunión, y las más de las veces en abierta confrontación el derecho administrativo sigue, y en algunos países de América latina, se encuentra en constante lucha contra un estado o una constitución perversamente concebida.

Los siguientes dos numerales de este artículo, nos permiten dejar constancia de la lucha contra el poder, el Estado y algunas constituciones, desde la trinchera del derecho administrativo

Sin olvidar nuestro tema central, apuntemos algunos episodios históricos de este difícil alumbramiento de una vida. Apoyémonos en FRANCOIS JULIEN LAFERRIERE[12]. Tradicionalmente se dice que la jurisdicción contenciosa administrativa francesa nació con la Constitución del Año VIII de la República –es decir– 1799, la que instituyó el consulado. En realidad, la historia de la jurisdicción contenciosa administrativa francesa comienza mucho antes de la Revolución de 1789; se pierde en la noche de los tiempos.

Bajo el antiguo régimen, desde el siglo XV, una parte de los litigios administrativos eran resueltos por jurisdicciones especializadas, entre las cuales la más conocida es la Corte de Cuentas, que era competente, en última instancia, para los litigios financieros y tributarios. Pero los litigios administrativos comunes, al igual que los litigios entre personas privadas, competían a los tribunales "Ordinario", encabezados por los Parlamentos, a pesar de que el rey podía "retener" para sí su solución," en su Consejo" llamado "Consejo del Rey".

Alrededor del año 1620, el Cardenal de Richelieu, Primer Ministro de Luis XIII, creó los Intendentes a fin de "neutralizar" a los diversos oficiales reales que tenían tendencia a resistir a los avances del poder central, los Intendentes eran "Comisarios encargados de la ejecución de las órdenes del Rey", y para poder cumplir esta misión, tenían facultades en el ámbito judicial, financiero y de policía, y sus decisiones no podían ser impugnada ante los Parlamentos, mas sólo ante el Consejo del Rey.

Enfrentando a la voluntad de los parlamentos de conservar prerrogativas, Luis dictó, el 21 de febrero de 1641, el Edicto de Saint Germain por el cual reafirmó que "las cortes y tribunales han sido establecidos para impartir justicia a nuestros súbditos" y, por consiguiente, prohibió a los Parlamentos conocer de los asuntos "que pueden referirse al estado, a su Administración y gobierno". Esta prohibición fue reiterada en el año 1661 por Luis XIV, quien atribuyo a los Intendentes y al consejo del rey la solución de los litigios que el Rey quería "retener por sí", a fin de impedir que "la Corona fuera traída a la escribanía". El Consejo del rey, entonces, es a la vez juez de apelación de las ordenanzas de los Intendentes, juez de Casación de los fallos de las cortes soberanas, juez de primera y última instancia de los asuntos retenidos por el Rey y, finalmente, juez de los conflictos de competencia entre los Intendentes

[12] En la *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, Núm.1, editada por la UANL, México,2008, págs 25 a 28.

y las diversas jurisdicciones, inclusive los Parlamentos. En definitiva, como después de la Revolución, a la solución de los litigios administrativos compete exclusivamente a la Administración.

La Ley del 16-24 de agosto de 1790 confirma el Edicto de Saint Germain: mientras éste excluye de la competencia de los Tribunales comunes los asuntos que dicen relación con el Estado y su Administración, aquella dice que "las funciones judiciales son distintas y permanecerán separadas de las funciones administrativas" y añade que "los jueces no podrán, bajo pena de prevariación, perturbar, bajo ninguna circunstancia, las operaciones de los Cuerpos Administrativos, ni citar a los administradores ante ello por razones que digan relación con sus funciones". En ambos casos, los litigios en los que la Administración. En efecto, ni la Ley de agosto de 1790, ni la Constitución de 3 de septiembre de 1791, ni ninguna ley de esa misma época crea una Jurisdicción contenciosa administrativa cuya misión sea controlar de las autoridades administrativas. El control de la Administración es puramente endógeno.

Para garantizar la eficacia de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 –que prohibía a los tribunales "perturbar, bajo ninguna circunstancia, las operaciones de los Cuerpos administrativos"–, se necesitaba un mecanismo que sancionara la prohibición que dictaba, es decir que impidiera que los Tribunales la infringieran. Para el efecto, el artículo 27 del capítulo V del título III de la Constitución de 1791 dice: "El Ministro de Justicia denunciará ante el Tribunal de casación, por vía del Comisario del Rey, y sin perjuicio del derecho de las partes interesadas, las actas por las cuales los jueces hubiesen excedido los límites de su poder. El Tribunal las anulará".

La independencia de la administración con respecto de los Cuerpos judiciales, pues, participa a la esencia del régimen monárquico, en el que el Rey encarna en sí mismo y por sí solo el poder, de tal manera que la Administración, instrumento de ejecución de las decisiones reales, sólo tiene que rendir cuenta al Rey, pero no a los miembros de las Cortes y Tribunales instituidos por él y que meramente son sus "oficiales" del Rey. Sin bien, bajo el Antiguo Régimen, se percibió la necesidad de independencia de la Administración, no fue por "instinto", más de manera consciente y reflexionada.

Al contrario, los ideales democráticos de la Revolución francesa, expresados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, dejan pensar que los actos del Poder Ejecutivo no sufrirán en adelante la arbitrariedad que, según se supone, les afectaba bajo el Antiguo Régimen. Sin embargo, la incompetencia de los Tribunales para controlarlos y la carencia de todo órgano externo de control de la administración mantienen

el statu quo. No es tanto la razón sino más bien el instinto de desconfianza con respecto de los Cuerpos judiciales, lo que explica esa situación. Es lo que expresa Thouret en su informe sobre la Ley del 16-24 de agosto de 1790: "El Poder Judicial, distinto del Poder Administrativo, es circunscrito en los límites de la Justicia distributiva para juzgar las disputas privadas entre los ciudadanos y el castigo de los crímenes"

Veinte años después, HENRION DE PANSEY dice lo mismo: "Si el Juez no tiene derecho de juzgar los asuntos administrativos, no es porque su competencia es restringida, mas porque nunca ha sido entendida"[13].

XI. El derecho administrativo y su lucha contra las inmunidades del poder

Nadie mejor para guiarnos en este estudio doctrinal que la pluma de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA[14] – La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. No se encuentra en las grandes fuentes doctrinales en la Revolución una anticipación de este mecanismo que lejanamente pudiese parecerse a lo que hoy estamos habituados haber. Sin embargo, es un hecho que es de aquí, de los grandes dogmas revolucionarios, de donde en virtud de un conjunto de circunstancias, muchas de ellas casuales, va a surgir esto que hoy ya se considera como un tributo definitivo del sistema cultural de Occidente.

La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada , y , en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente reglado; puede haber, en efecto, una regulación, y, además, ordinariamente, la hay, no totalmente discrecional, sino parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues , a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría

[13] HENRION DE PANSEY, P. N.: *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1810.

[14] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, págs 13, 24-28.

inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años antigüedad o tales cualificaciones).

El Segundo gran proceso de reducción llega más allá y significa un extraordinario progreso en la técnica de la reducción de esa pieza suelta, que era la potestad discrecional. Consiste, como saben ustedes, en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. 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.

Es al hilo de esta observación como se monta la técnica de control de la desviación de poder. El acto discrecional que se ha desviado de su fin en vista del cual el Ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurre en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales. Es una aportación técnica que viene del Derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro derecho.

La Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tendido que penetrar curiosamente en nuestro derecho por vía legal y no jurisprudencial

XII. Las luchas contemporáneas del derecho administrativos y sus repercusiones en el concepto acto administrativo

Con motivo del desarrollo económico y la extraordinaria evolución de la ciencia y la tecnología en las sociedades de nuestra época, ha surgido la necesidad de proteger a personas que no pertenecen a grupos organizados, sino que se encuentran dispersas e inarticuladas, y así ha surgido el concepto los intereses o derechos difusos o transpersonales, los que resultan afectados de manera importante por la actividad administrativa, ya sea directamente por la conducta de las autoridades o en forma refleja debido a la aplicación por parte de las mismas, de las disposiciones legislativas, muy numerosas en la actualidad, que están dirigidas a la protección del medio ambiente, el desarrollo urbano, a la conservación de los monumentos históricos y culturales, entre otros. La tutela de tales intereses o derechos ha significado la transformación del concepto de legitimación tanto en la esfera del procedimiento administrativo como en el procesal en sentido estricto.

Estos problemas han sido avizorados por el distinguido jurista español JAIME RODRÍGUEZ-ARANA al decirnos[15]: Pues bien, hoy, en los albores de un nuevo siglo del que tanto se espera en tantos sentidos, el derecho administrativo adquiere una gran relevancia pues asistimos al intento, desesperado a veces, del fundamentalismo económico, o de la lógica del poder por el poder, por arrumbar, por abatir las más notables aspiraciones de justicia a favor del beneficio empresarial , el dominio político o utilidad, que son hoy los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración.

Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del derecho administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo derecho administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del derecho administrativo como el derecho del poder para la libertad (GONZÁLEZ NAVARRO).

XIII. Las diversas mutaciones del Estado y sus consecuencias en el acto administrativo

Como lo afirmó certeramente el distinguido jurista español MANUEL GARCÍA PELAYO, el Estado social se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, con el objeto esencial de armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; redistribuir bienes y servicios; para obtener una meta muy difícil de alcanzar, la justicia social, y por motivo se le ha calificado de muy diversas maneras, como Estado benefactor, promotor, distribuidor, manager, etcétera[16].

No es suficiente que el Estado Social, es decir aquel que se sujeta a la Constitución antes que a la ley, desarrolle una política social, para que pueda considerarse democrático, ya que existen y han funcionado varios ordenamientos estatales en los cuales existe una preocupación por la justicia social a favor de los grupos vulnerables, como son aquellos que seguían el modelo soviético, pues no obstante que algunos de ellos se autocalifican como democracias socialistas, distaban mucho de serlo, ya que actuaban como gobiernos autoritarios. Por ese motivo en los estudios sobre derecho constitucional comparado, al

[15] En la *Revista AÏDA Opus* No.3, "El Derecho Administrativo en el siglo XXI: Nuevas perspectivas", UNAM, Acatlán, México, 2008, Págs. 277 y 282.

[16] Cfr. "El Estado Social y sus implicaciones", en su libro *El Estado Contemporáneo*, Madrid, Ariel, 1977, Págs. 13-82, reproducido en la obra GARCÍA PELAYO, M.: *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, tomo II, págs. 1593-1654.

análisis del paradigma soviético se le situaba entre los Estados totalitarios.[17] Es de conocimiento general y por ello no lo reiteramos en este momento, que los Estados socialistas iniciaron una transformación, mayoritariamente radical a partir de 1989, para aproximarse al modelo de la democracia europea occidental y que únicamente la República Popular China (sólo en el campo político, porque en el ámbito económico ha acogido con entusiasmo la economía mixta de mercado, ya que inclusive en este año de 2007, reformó su constitución de inspiración soviética, para consagrar la protección de la propiedad y capital privado, una grave contradicción con la corriente marxista leninista), Vietnam, la República de Corea del Norte y Cuba en América Latina, se han mantenido al margen de dicho cambio.

Sin embargo no es nada sencillo señalar las características de la democracia contemporánea, que es de carácter complejo, pues ya no son suficientes los elementos clásicos, que pueden considerarse de carácter formal, que se concentraban en las declaraciones de derechos fundamentales, la división de órganos de los poderes públicos para evitar la concentración del poder y el principio de la supremacía constitucional,[18] sino que actualmente se requieren requisitos cada vez más numerosos, algunos de naturaleza material, para considerar que una organización jurídica, política y social pueda calificarse es democrática[19].

En efecto, debe tomarse en consideración que las comunidades políticas de nuestros días están constituidas por diversos grupos sociales con intereses que en ocasiones, y a veces con frecuencia, son contrapuestos, y por ello ya no debe imperar simplemente la voluntad mayoritaria expresada en las urnas, sino que es preciso establecer instituciones cada vez más complejas, para lograr el respeto y participación de las minorías y de los diversos sectores sociales en las decisiones políticas de mayor nivel[20]; a su vez los derechos fundamentales

[17] Sobre el régimen autoritario imperante en la Unión Soviética y los países de Europa del este con anterioridad a las reformas introducidas en dicho bloque, así como los cambios posteriores a esa fecha , puede consultarse el estudio comparado del eminente constitucionalista italiano BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado, Las formas de Estado y las formas de gobierno*, trd. De Héctor Fix-Zamudio, fondo de Cultura Económica, 1996, págs. 391-496 y 622-700.

[18] *Sobre el Estado y formas de gobierno de la Democracia clásica*. Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado...*, págs. 153-342 y 605-621.

[19] Cfr. La parte relativa del artículo 3°, de nuestra Constitucional Federal vigente, modificado en 1946, la que de acuerdo con la redacción propuesta por el ilustre escritor mexicano JAIME TORRES BODET, la democracia se define:"(...) no solamente como una estructura jurídica y un régimen político sino como un sistema fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo" (El cursivo es del autor.)

[20] Cfr. FIX-ZAMUDIO, H.: "Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1998, México, 1999, págs. 67-100; y "Aproximación al examen de la oposición política en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, *Cont.*

deben tutelarse por medio de procedimientos judiciales, con acceso eficaz a la impartición de justicia; es necesario el establecimiento de instrumentos de consulta en las cuestiones de mayor significación (tales como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, entre otros), a través de la llamada democracia participativa como una forma de perfeccionar la tradicional democracia representativa, ya que la primera presupone la segunda[21], con el objeto de lograr una verdadera pluralidad política, así como re distribución de bienes y servicios , lo que implica la regulación de las actividades económicas, con el fin de asegurar un mínimo de bienestar a los gobernados[22]. Al respecto destaca acertadamente el notable constitucionalista italiano GIOVANNI SARTORI que los legisladores no pueden expedir normas generales a su arbitrio, sino que están obligados a sujetarse a la Constitución, a fin de que la legislación pueda considerarse democrática[23].

XIV. Does Constitutionalism Undermine Liberty ? o ¿El constitucionalismo lesiona la libertad ?

Hemos visto que en las diversas mutaciones del estado tanto los juristas como la ciencia del Derecho pretenden dar respuestas diferentes a cada situación, olvidando los valores importantes de ese gran pacto social como lo han sido la justicia y el bien común. Lo mismo ocurre con las diferentes manifestaciones del constitucionalismo moderno en que pretenden atrapar en una corriente en la hacer y el que hacer del derecho en particular la captura del acto administrativo. Ni en el Estado ni en las constituciones se encuentra atrapado o circunscrito en todas sus manifestaciones el acto administrativo, en todo caso debemos encontrarlo protegiendo los valores que arriba hemos apuntado.

En este dilema de la llamada premisa mayoritaria tanto de la Suprema Corte de Justicia, como en el ejercicio de las decisiones de los tribunales, de pensar que una decisión mayoritaria de por sí sola protege los grandes valores del pacto social, como son la igualdad y la libertad. DWORKIN transita en la duda de saber si las decisiones constitucionales debilitan, en el largo plazo, el valor de la libertad, en tanto la mayoría de los juristas norteamericanos consideran dichas decisiones como actitudes que lesionan la igualdad. En todo caso

obra dirigida por Raúl Morodo y Pedro de Vega), Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Servicio de Publicaciones de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, tomo II, págs. 951-981.

[21] Cfr. SARTORI, G.: *¿Qué es la democracia?*, traducción de Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salamon, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, págs. 74-78.

[22] Cfr. SARTORI, G.: *Teoría de la Democracia*, t. 1, *El debate contemporáneo*; t. 2, *Los problemas clásicos*, trad. de Santiago Sánchez González, Madrid, alianza Editorial, 1987.

[23] Cfr. *¿Qué es la democracia?*, cit. supra nota 14, Págs. 169-173; FIX-ZAMUDIO, H.: "Derecho, Constitución y Democracia", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50 mayo-agosto de 1984, págs. 481-514.

nuestra posición es que ni el Estado ni la Constitución de por sí solos en el discurso normativo, no son garantía de la correcta aplicación del a justicia.

RONALD DWORKIN formula la siguiente pregunta: "Does Constitutionalism Undermine Liberty?" y contesta de la siguiente manera:

> The majoritarian premise insists that something of moral importance is lost or compromised whenever a political decision contradicts what the majority of citizens would prefer or judge right if they reflected on the basis of adequate information. We must try to identify that moral cost. What is lost or compromised? Many people think the answer is: equality. I shall consider that apparently natural answer shortly, but I begin with a different suggestion, which is that when constitutional disabling provisions, like those found in the Bill of Rights, limit what a majority can enact, the result is to compromise the community's freedom[24].

La premisa mayoritaria insiste que algo de moral importancia se pierde o queda comprometido cada vez que una decisión política contradice lo que la mayoría de los ciudadanos preferiría o juzgaría correcto si ellos reflexionaran basados en la información correcta. Debemos de identificar ese costo moral. ¿Que se pierde o compromete? Mucha gente piensa que la respuesta es: igualdad. Consideraré esa respuesta aparentemente natural en breve, pero comenzaré con una sugerencia diferente, que es que cuando provisiones constitucionales incapacitantes, como aquellas encontradas en la Carta de Derechos, limitan lo que una mayoría puede realizar, el resultado compromete la libertad de la comunidad.

XV. La justicia y el bien común constituyen la verdadera naturaleza del acto administrativo

Tengo para mí como cierto que detrás de cada palabra, objeto, concepto u obra construida por el hombre, –frente a su apariencia o significado externo– podemos encontrar otro sentido oculto. Hay, efectivamente, algunos gigantes misteriosos en la simple presencia de los molinos de viento.

La afirmación anterior que bien pudiera ubicarse como un epígrafe de algún trabajo académico, no lo es. Es el centro del discurso que arriba he desarrollado sobre el concepto jurídico denominado acto administrativo.

Efectivamente, el concepto acto administrativo lleva dentro de sí, por la historia, luchas y denuedos que hemos desarrollado, los conceptos justicia y bien común.

[24] DWORKIN R.: *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, USA, 1999.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO EN NICARAGUA. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU REVOCACIÓN

Karlos Navarro Medal y Miguel Ángel Sendín García

I. Introducción

Es nuestra firme opinión que el acto administrativo no es fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico de Nicaragua.

Aunque de raíces no muy consolidadas, en la actualidad el Derecho administrativo nicaragüense ha adquirido una cierta cohesión y unidad y, aunque con serias carencias, comienza a reunir los rasgos que lo convierten en un sistema.

Uno de los elementos esenciales sobre los que se construye es el de la clara distinción entre acto administrativo y reglamento. Si el último es una auténtica norma jurídica, que se incorpora al ordenamiento jurídico, innovándolo y, en consecuencia, es fuente del Derecho; aquél es, sin embargo, un mero acto ordenado, que constituye una mera aplicación del ordenamiento jurídico y, por tanto, no cabe su calificación como fuente del Derecho[1], sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, la distinción entre uno y otra figura resulte difícil en la práctica[2].

[1] Señalan E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la "distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico en tanto que el acto es algo "ordenado", producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto. Como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita soluciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto". *Curso de Derecho Administrativo* I, Thomson/Civitas, Reimpresión de la duodécima edición de 2004 (2005), pág. 187. También partidarios de esta tesis, SERRA ROJAS, A.: *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1988, pág. 231. GONZÁLEZ PÉREZ, J. en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I*, Editorial Civitas. Segunda edición, Madrid, 1999, págs. 1349-1350. MARTÍN REBOLLO, L.: "Disposiciones administrativas y actos administrativos", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 158. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 185. VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho administrativo I*, Universidad de Madrid, Madrid, 1982, págs. 235-236.

[2] Véase al respecto MEILAN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, 1967, págs. 45 y sigs.

A dicha conclusión se debe llegar, necesariamente, desde el Derecho positivo de Nicaragua, que parte de una concepción del acto administrativo como "la declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento expresada en forma verbal o escrita o por cualquier otro medio que, con carácter general o particular, emitieren los órganos de la Administración Pública y que produjere o pudiere producir efectos jurídicos" (art. 2.1 LJ).

No hay, sin embargo, una definición de reglamento, ni tampoco un texto legal en que se acoja expresamente la distinción entre éste y el acto administrativo, pero indirectamente se puede inferir del Derecho nicaragüense, en cuanto el art. 14 LJ establece que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa "los actos, resoluciones, disposiciones generales". Esa referencia a las disposiciones generales, como algo distinto a los actos administrativos debe entenderse realizada, sin duda, a los reglamentos, y no puede tener otro sentido que la distinción de éste del acto administrativo por el criterio anteriormente reseñado.

El grado de madurez del Derecho administrativo de Nicaragua no permiten, por lo demás, una pormenorizada reflexión acerca de aquellos aspectos que permiten una cierta aproximación del acto administrativo a las auténticas fuentes del Derecho, en particular, la teoría del precedente administrativo. La falta de una ley de procedimiento administrativo y de una jurisprudencia contencioso-administrativa consolidada haría imposible tratar dicha materia, salvo como una mera reflexión acerca de la aplicación de postulados extraídos del Derecho comparado a Nicaragua.

Nos ha parecido, por ello, oportuno centrar nuestro análisis en dos de los tópicos que centran este congreso, el de la presunción de validez del acto administrativo y su irrevocabilidad.

II. La presunción de validez del acto administrativo

Aunque hay quien ha negado la entidad de la eficacia del acto administrativo para ser objeto de un tratamiento autónomo, pues considera que su problemática queda comprendida en la teoría de la invalidez[3], es usual en la

[3] En tal sentido A. NIETO, que considera que, en "rigor (...) no hay necesidad alguna de montar una teoría de la eficacia, dado que –en contra de lo que suele decirse- está integrada por naturaleza en la teoría de la validez. Quien solicita una declaración de invalidez no lo hace por el simple prurito personal de demostrar que la Administración se ha equivocado sino con una finalidad práctica muy precisa, a saber, que el acto en cuestión no llegue a producir –o deje de producir- efectos que le son perjudiciales y que la Administración le impone a despecho de todas las irregularidades o ilegalidades (...) de que pueda adolecer". "Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo – Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, Caracas, 1997, págs. 57-58.

doctrina considerar que se trata de dos aspectos claramente diferenciados[4], por lo que, en nuestra opinión, resulta imprescindible, examinar con detalle dicha cuestión.

Denominamos eficacia del acto administrativo a la producción por parte de éste de sus efectos propios[5]. Lo que no debe confundirse con su realización material, pues el acto es eficaz cuando su contenido es jurídicamente exigible, con independencia de que se haga realidad o no de hecho[6].

El acto administrativo, en cuanto manifestación del ejercicio de poder público, se presenta como una realidad de obligatorio cumplimiento, vinculante para todos los sujetos a los que afecte. Sin que el destinatario pueda ampararse para evitar su cumplimiento en su eventual ilegalidad, pues goza a su favor de una presunción *iuris tantum* de validez. De tal forma que corresponde probar a quien la alega la existencia de vicios que determinen su invalidez[7].

[4] Así, VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, que señalan que "la eficacia del acto es un aspecto diferente al de su validez, aunque frecuentemente ambos coincidan. Puede ocurrir, por tanto, que un acto válido no sea eficaz y viceversa". *Principios de Derecho administrativo*, Tomo II, Universidad Complutense, pág. 165.

[5] Señala C. MADRIGAL GARCÍA que "la eficacia es la producción de los efectos jurídicos propios de cada acto". "Eficacia de los actos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Carperi, Madrid, 1993, pág. 213. R. BOCANEGRA SIERRA entiende que la "eficacia de una acto administrativo supone su obligatoriedad jurídica, su capacidad de producir los efectos que, conforme al ordenamiento, persigue". *Lecciones sobre el acto administrativo*. Thomson/Civitas, Segunda edición, Madrid, 2004, pág. 108. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA apuntan que la "eficacia de los actos administrativos significa tanto como su posibilidad para modificar la realidad, creando, extinguiendo o consolidando situaciones jurídicas o derechos". *Principios de...*, II, pág. 148.

[6] Como apunta BOCANEGRA SIERRA, un "acto es eficaz cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante y no cuando se materializa, de hecho, en la realidad". *Lecciones sobre...*, pág. 108.

[7] Señala F. GARRIDO FALLA que el "acto administrativo, como emanado de uno de los poderes jurídicos del Estado, aparece, ante todo, como un acto obligatorio cuyos efectos vinculan igualmente a los administrados y a la propia Administración. Esto puede predicarse incluso del acto administrativo defectuoso, en tanto no sea anulado. De aquí que haya podido enunciarse el *principio de la presunción de legitimidad* de los actos administrativos, que determina que, como regla, los actos administrativos se tengan por válidos y productores de su natural eficacia jurídica, en tanto un interesado no demuestre su invalidez ante la jurisdicción u organismo competente. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario: pero la prueba corre a cargo del particular que ha de utilizar en tiempo y forma los recursos procedentes". *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I.* Tecnos. Madrid. Undécima edición, 1989. págs. 461-462. Por su parte, A. R. BREWER-CARÍAS define el principio de presunción de legalidad como "el privilegio que tiene la Administración Pública de que sus actos, una vez dictados, se presumen válidos y, en consecuencia, eficaces". "Sobre la importancia para el Derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*, Allan Randolph Brewer-Carías. *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, Caracas, 1997, pág. 33. Véase también al respecto, VIDAL PERDOMO, J.: "La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad", en *III Jornadas Internacionales*

Cont.

Si bien, esta presunción no tiene virtualidad para invertir la carga de la prueba. La presunción de validez obliga al administrado a impugnar el acto que le perjudica, pero una vez que esa impugnación se produce, en el procedimiento o proceso impugnatorio subsiguiente la carga de la prueba se distribuirá según las reglas generales[8].

En teoría, la presunción de validez requiere para regir de una mínima apariencia externa, de tal forma que, faltando ésta, lo que provocaría la nulidad de pleno derecho, no podría operar. Sin embargo, la doctrina tiende a considerar que estos postulados teóricos no rigen verdaderamente en la práctica, por obra de las facultades de autotutela de la Administración, que permiten al sujeto público imponer sus actos, aún cuando adolecen de vicios de nulidad radical. La eficacia no es, en último término, más que una cuestión de hecho, y la Administración puede en la práctica imponer provisionalmente a los ciudadanos sus decisiones, por más que adolezcan de vicios de la mayor gravedad, con la única excepción de actos tan groseros que entrarán dentro del ámbito del acto inexistente[9].

Se ha visto la justificación de esta presunción de validez en la necesidad de salvaguardar la efectividad de la acción pública respecto a la acción paralizante de los sujetos privados, que alegando una eventual ilegalidad, no comprobada, de la actuación pública, podrían frenar el regular ejercicio de las funciones públicas[10].

de Derecho administrativo, Allan Randolph Brewer-Carías. *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, Caracas, 1997, págs. 170-172.

[8] MADRIGAL GARCÍA: *Eficacia...*, pág. 218. MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho administrativo. Tomo II*, Aranzadi editorial. Pamplona, 1997, pág. 244.

[9] Señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que la presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. (...) la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna". "Hasta aquí, sin embargo, el planteamiento se mueve en el terreno de los principios. En el terreno de la realidad hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es un problema de hecho y que la Administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (puede tenerse por tales la multa de tráfico impuesta por un simple particular o la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes". *Curso de Derecho Administrativo I*, Octava edición, Civitas, Madrid, 1997, págs. 570-571.En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho administrativo,* Quinta edición, 1998, págs. 486-487.

No ha faltado, no obstante, la negación de la certeza de este planteamiento por una parte de la doctrina, que parte de la consideración de que todo acto viciado no es invalido, sino ilegal, en cuanto el mero hecho de ser contrario al ordenamiento jurídico no priva a ese acto de sus efectos. Sólo, continúa este sector doctrinal, el acto ilegal pasa a ser inválido cuando es declarado formalmente tal circunstancia por un órgano judicial o administrativo competente. Desde estos presupuestos, afirma esta línea de opinión, no tiene sentido hablar de tal presunción de validez, pues, simplemente, los actos son válidos mientras no se declare lo contrario[11].

En cualquier caso, discusiones doctrinales aparte, de esta presunción de validez del acto administrativo se deriva un elemento especialmente característico de éste, que lo separa claramente del acto privado: su peculiar eficacia, que permite que la Administración pueda hacer efectivo éste,

[10] Señala J. DANÓS ORDÓÑEZ que este principio "tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración en base a cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos". "Panorama general del Derecho administrativo en el Perú", en *El Derecho administrativo Iberoamericano*. Director: S. González-Varas Ibáñez, Granada, España, 2005, pág. 572. En la misma línea, apunta SERRA ROJAS que la "acción pública tiene a su cargo la satisfacción de ineludibles necesidades colectivas y la vigilancia de la actividad privada. El interés general es el regulador de los actos administrativos, el que inspira y determina la marcha del gobierno. Son actos que no deben ser aplazados o dilatados a pretexto de ingerencias judiciales, sino actos de poder público regulados por el bien común". *Derecho...*, I, pág. 234.

[11] Considera NIETO que el "resultado de la discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico no es la invalidez sino la ilegalidad. Ilegal en su sentido literal y propio es lo que se aparta de la ley. La ilegalidad es un estado de hecho, un dato objetivo verificable que existe con independencia de que un observador lo haya verificado o declarado".
"La mayor parte de las ilegalidades son jurídicamente irrelevantes: de ordinario porque no llegan a ser constatadas por los órganos administrativos o judiciales encargados de control y, en algunas ocasiones incluso, porque el legislador se preocupa de declararlo así de forma expresa para evitar que por cualquier bagatela desaparezca el acto viciado del mundo jurídico".
"La ilegalidad también puede provocar (...) la invalidez. El Estado tiene previsto la existencia de órganos de control (...) a los que se encomienda la vigilancia de la pureza de los actos administrativos, de tal manera que, bien sea de oficio o a instancia (que es lo normal) de parte interesada, verifican si el acto es ilegal y si constatan que efectivamente es ilegal y que la ilegalidad es consecuencia de una irregularidad jurídica relevante, así lo declaran de forma expresa. La invalidez es así una ilegalidad relevante declarada por un órgano público constitucionalmente habilitado para hacerlo. Todas las invalideces proceden de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades desembocan en una invalidez, sino solamente aquéllas sobre las que se ha realizado un pronunciamiento especial de invalidez o en otras palabras no es el resultado automático de una discordancia entre el acto y la norma sino el contenido de una declaración valorativa expresa".
Partiendo de este esquema se "puede prescindir de la técnica de la presunción de validez de los actos administrativos. De acuerdo con esta regla (sancionada en el Derecho positivo) los actos 'se presumen' válidos mientras no haya una declaración en contrario. Pues bien, lo que yo afirmo es que los actos, cualquiera que sea la intensidad de su ilegalidad, no se presumen válidos sino que 'son', válidos mientras no se haya declarado su invalidez". *Contra las...*, págs. 53-57.

aún contra la voluntad del administrado, sin necesidad de auxilio judicial alguno[12].

Este rasgo, que ha recibido denominaciones muy diversas ("ejecutividad", "ejecutoriedad", "privilegio de decisión ejecutoria", etc.), deja a la Administración en una posición notablemente diferente a la de los sujetos privados, pues los últimos deben acudir a los tribunales para que declaren su derecho, y aún entonces, si el sujeto obligado por ellos se resiste a cumplirlo, deberán volver a pedir auxilio judicial para su ejecución; mientras que aquella puede, sin embargo, no sólo declarar por si misma su derecho, sino que puede hacerlo efectivo sin necesidad de acudir al poder judicial[13].

En realidad, se comprenden aquí dos elementos diferentes: por un lado, la capacidad del acto administrativo de generar efectos de forma inmediata (ejecutoriedad o ejecutividad); por otro, la atribución a la Administración de hacer éstos materialmente efectivos, sin necesidad de auxilio judicial alguno (acción de oficio)[14].

[12] Señala J. E. ROJAS FRANCO que el acto administrativo está dotado de "fuerza ejecutiva y ejecutoria, que es la potestad de la Administración Pública para definir prima facie, ex oficio o provisionalmente sus controversias con el particular mediante la declaración unilateral de su propia voluntad (ejecutiva), o aún contra la voluntad del destinatario y para ejecutar coactivamente esta declaración sin necesidad de acudir previamente a la vía jurisdiccional (ejecutoriedad)". *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, Cuarta edición, San José, 1999, pág. 6.

[13] GARRIDO FALLA: *Tratado de...*, I, pág. 462. VIDAL PERDOMO, J.: "La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*. Allan Randolph Brewer-Carías. *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, Caracas, 1997, págs. 163-165. MARTÍN REBOLLO: *Disposiciones administrativas...*, págs. 166-167. MADRIGAL GARCÍA: *Eficacia...*, págs. 215-216. ROJAS FRANCO: *La suspensión del...*, pág. 9. Señala PARADA VÁZQUEZ que la "'ejecutividad', 'ejecutoriedad', 'privilegio de decisión ejecutoria' o 'acción de oficio', 'autotutela ejecutiva', son términos con los que indistintamente se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere. Esta cualidad es la que realmente separa y distingue los actos administrativos de los actos privados que necesitan apoyo judicial para tomar sobre otro sujeto medidas ejecutorias. En otras palabras, la Administración puede '*tomarse la justicia por su mano*' (...) mientras que los particulares deben acudir al Juez para imponer sus derechos sobre terceros". *Derecho...*, I, pág. 148.

[14] Apunta R. MARTÍN MATEO que la "diferencia entre ejecutividad y acción de oficio, a menudo confundida, consiste en que la primera es la legitimidad con que aparece una situación jurídica para producir inmediatamente consecuencias concretas. La ejecución forzosa es la realización práctica, material, de tales consecuencias, la puesta en marcha de la ejecutoriedad". *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 13ª edición, 1990, pág. 71. En sentido similar, señalan A. DORREGO DE CARLOS y C. GUTIÉRREZ VISEN que "la ejecutividad, *como autotutela declarativa*, se diferencia, aunque algunos autores no hacen tal distinción, de la ejecutoriedad, acción de oficio o *autotutela ejecutiva*, que supone un grado más en esa "agresividad" y que sólo es predicable de aquellos actos que por sí conceden derechos a la Administración, viniendo a permitir la realización inmediata por ésta de tales derechos a través de la ejecución forzosa y equiparando el acto administrativo con un título ejecutivo". "Disposiciones y actos administrativos", en *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Coordinador: B. Pendás García, Editorial Praxis,

Cont.

Este régimen supone, en definitiva, que el acto administrativo está dotado de una especial fuerza jurídica, que no encuentra su fundamento en su estructura interna, sino en su procedencia de la Administración pública, como fruto del cumplimiento por parte de ésta de sus funciones como poder público. Lo que le dota de especiales prerrogativas dirigidas a lograr la supremacía del interés público al que sirve, entre las que se encuentra, sin duda, la que nos ocupa[15].

Este privilegiado régimen tiene un carácter estrictamente provisional, pues queda condicionado a la posterior resolución administrativa o judicial que revise la decisión administrativa. Si bien, como apunta ROJAS FRANCO, ello es así sólo cuando el acto es objeto de impugnación[16].

La eficacia del acto administrativo se produce desde el mismo momento en que este se dicta. Así lo ratifica el art. 125 RM[17], que establece que las "Resoluciones y Acuerdos de las autoridades municipales son de ejecución inmediata".

Existen, no obstante, algunas causas que pueden retardar dicha eficacia. Téngase en cuenta que lo que estamos examinando en este momento son exclusivamente las causas que frenan la eficacia, no las que determinan su

Barcelona, 1993, pág. 448. En la misma línea también MARTÍN REBOLLO, que considera que "ejecutividad y ejecutoriedad son dos conceptos diferenciados que significan cosas distintas, aunque están íntimamente relacionados. Ambos se insertan en la declaración que el acto supone y ambos son manifestaciones del principio de autotutela (...). La ejecutividad (...) apela a la eficacia inmediata del acto, salvo las excepciones previstas en la ley, y a su aptitud para obligar a su cumplimiento. En ese sentido es la primera manifestación de la autotutela y, por consiguiente, en el plano abstracto en el que nos movemos, es algo previo a la ejecutoriedad". "La ejecutoriedad, a mi juicio, se ubica también en la declaración, es consustancial a ella. Manifestación, pues, todavía, de la declaración en que el acto consiste, pero ideal y conceptualmente posterior a la ejecutividad. Sería o es, el privilegio que otorga el ordenamiento a la Administración para que pueda llevar a efecto el mandato que el acto supone de forma coactiva y su ayuda judicial. La innecesariedad de acudir a un juez para que ejecute el acto pues éste es título ejecutivo suficiente". *Disposiciones administrativas*..., pág. 168.

[15] Señala J. A. SANTAMARÍA PASTOR que los "actos administrativos, en cuanto expresión primaria de la actividad de la Administración pública, están dotados de una fuerza jurídica singular. Dicha fuerza no tiene su origen en ninguna característica intrínseca de los actos, en sí mismos considerados: son consecuencia de los privilegios posicionales que ostenta la Administración en cuanto organización integrante de los poderes públicos". *Principios de Derecho Administrativo* ,Vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. Primera reimpresión de la segunda edición de 2001, pág. 164.

[16] Señala ROJAS FRANCO que esta "potestad se dice, tiene carácter provisional, por cuanto el acto queda condicionado a la sentencia judicial posterior que confirme o anule lo actuado por la Administración. Debe entenderse esa calidad provisional únicamente para aquellos actos que hubieran sido impugnados ante los Tribunales Administrativos o Judiciales o ante el superior jerárquico propio o impropio, no teniendo esta última hipótesis el carácter de definitivos o firmes (...). *La suspensión*..., pág. 6.

[17] Decreto nº 52-97, Decreto de Reglamento a la Ley de Municipios.

invalidez, que es, en sentido estricto, cuestión diferente, por más que se vaya a traducir también ésta en una privación de efectos del acto[18].

Así, en primer lugar, si el acto debe ser objeto de notificación o publicación no será eficaz hasta que se produzca la correcta notificación o publicación del mismo. Esto determina, como en su momento dijimos, que el acto no tendrá eficacia no sólo cuando no sea notificado o publicado, según el caso, sino también cuando la notificación o publicación se realizan de forma irregular.

En segundo lugar, puede que se haya sometido un acto al requisito de aprobación por parte de un órgano superior. Constituye ésta una manifestación de la tutela que no afecta a la validez del acto, que puede ser perfecto y eficaz sin esa aprobación, pero si a su eficacia, que no se producirá hasta que esa aprobación se realice[19].

Si bien hay también postura contraria a esta doctrina, que ve en la aprobación un supuesto de competencia compartida, por lo que no es una mera condición de eficacia, sino un auténtico requisito de validez. De tal forma que el acto sólo queda perfecto, y por tanto eficaz, cuando esa aprobación se produce[20].

[18] En tal sentido VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, según los cuales "se entenderá por invalidez la ineficacia de los actos que traen causa de la existencia de un vicio (o, lo que es lo mismo, la ineficacia-sanción), reservando la voz de ineficacia para los restantes supuestos de actos no viciados pero carentes de efectos por otra serie de circunstancias". *Principios de...*, II, pág. 168.

[19] Señala MADRIGAL GARCÍA que la "aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y su exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto del inferior. El acto del inferior puede ser perfecto y plenamente válido, pero no produce efectos en tanto no sea aprobado por la autoridad superior. El acto de aprobación, independientemente del que es objeto de ella, constituye una condición del primero. De tal modo que éste sólo produce efectos desde que se produce su aprobación expresamente o por silencio administrativo". *Eficacia...*, pág. 224. J. M. BOQUERA OLIVER, por su parte, considera que es "evidente que cuando un acto administrativo está sometido a aprobación, mientras ésta no tiene lugar, el acto no es eficaz. La eficacia queda demorada a la aprobación superior o gubernativa cuando así lo establezcan las leyes. No es necesario que las leyes digan que hasta que no sea aprobado el acto no será eficaz; sólo con que digan que el acto Administrativo tiene que ser aprobado ya dicen que su eficacia queda demorada a la aprobación, pues el aplazamiento de la eficacia del acto es la razón de ser de la aprobación". "El acto administrativo necesitado de aprobación nace antes de ser aprobado, pero queda como cerrado en una caja para que sus efectos no se noten. Los efectos se han producido al nacer el acto, pero están guardados dentro de la caja. La aprobación abre la caja para que los efectos salgan y lleguen a su destinatario". *Estudios sobre el acto administrativo*, Sexta edición, Civitas, Madrid, 1990, págs. 336-337. También MORELL OCAÑA, que entiende que en caso de aprobación "la autoridad llamada por la norma presta su asentamiento a la declaración en que el acto consiste. El acto es válido, perfecto por sí mismo, porque la autoridad que lo emite no precisa de la superior para formar su voluntad y declararla; sin embargo, sólo la aquiescencia que le presta el superior le permite desplegar su eficacia. Mientras tanto, queda en una situación de pendencia, transitoria, en la que el contenido vincula a su autor". *Curso de...*, II, pág. 248.

[20] En tal sentido SANTAMARÍA PASTOR, que entiende que "no se trata de un aplazamiento de la

Cont.

En tercer lugar, en muchos casos será el propio contenido del acto el que exija que éste pueda producir sus efectos tan sólo en un momento posterior al que éste se dicte.

Una parte de la doctrina discrepa, no obstante, de esta tesis, entendiendo que realmente no se retarda la eficacia del acto, que tiene fuerza de obligar desde el momento en que se dicta, sino la puesta en práctica de su contenido[21].

Se retardará, por último, también la eficacia del acto administrativo cuando así lo ordene el ordenamiento jurídico.

III. Revocación y revisión de oficio

Con carácter general, la revocación se define como la retirada definitiva de un acto propio por parte de la Administración, mediante la emisión de otro de signo contrario[22]. A partir de aquí las posiciones doctrinales se bifurcan, pues algunos autores denominan revocación a la eliminación de un acto administrativo valido por razones de oportunidad[23]. Mientras que para otros la revocación es la extinción del acto por propia iniciativa de la Administración, independientemente de los motivos en los que se base, sean de oportunidad o ilegalidad[24].

eficacia, sino de la falta de un requisito de validez: el acto sólo existe como tal cuando recae dicha aprobación, que es imprescindible para que pueda surtir algún efecto, por cuanto lo que existe en tal caso es un supuesto de competencia compartida". *Principios de...* II, pág. 166.

[21] Dicha posición ha sido defendida por SANTAMARÍA PASTOR, que considera que "no es realmente tal: lo que se aplaza en este caso no es la producción de efectos del acto administrativo, sino la puesta en práctica real de su contenido; por ejemplo, la orden por la que el día 1 de un mes determinado un Alcalde cierra al tráfico una calle a partir del día 20 del mismo para realizar obras en la calzada surte todos sus efectos desde la misma fecha de la emisión de la orden; la orden no precisa de actuación posterior alguna para su ejecución, gozando de plena fuerza de obligar desde el primer momento (como lo demuestra que puede ser objeto de recurso a partir de dicha fecha)". *Principios de...* II, págs. 165-166.

[22] En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que señalan que se "entiende por revocación la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario". *Curso de...*, II (1997), pág. 642.

[23] BOCANEGRA SIERRA, R.: "La revocación de los actos administrativos, en especial, su anulación de oficio", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*, Allan Randolph Brewer-Carías, *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA. Caracas, 1997, pág. 273. FLAVIO ESCORCIA, J.: *Derecho Administrativo*, León, Nicaragua, 2002, págs. 229-230. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: *Principios de...* II, pág. 200. También MORELL OCAÑA, que la define como "un cambio unilateral de la voluntad de la Administración, que tiene por objeto la extinción de un acto administrativo anterior, válido pero cuya subsistencia es inconveniente para los intereses públicos". *Curso de...* II, págs. 251-252. También R. ENTRENA CUESTA, que entiende "por anulación la eliminación de un acto administrativo en virtud de los vicios que le afecten. Y por revocación, la eliminación, asimismo, de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público". *Curso de Derecho Administrativo I/1*, Novena edición. Madrid, 1992, pág. 262.

[24] En tal sentido BOQUERA OLIVER, que considera que la "revocación consiste en la anulación de

Cont.

La revocación es una figura siempre polémica. Entendida como la extinción de un acto por motivos de oportunidad constituye una institución con un cierto carácter indeseable, en cuanto supone la eliminación de un acto perfectamente válido, abriendo así la puerta a la arbitrariedad y a la discriminación, por lo que no cabe admitirla con carácter general[25].

Si bien encuentra apoyo en la necesidad de adecuar las decisiones a las cambiantes exigencias del interés público. Desde esta perspectiva no deja de ser una figura dirigida al cumplimiento por parte de la Administración de su función propia: el servicio a los intereses generales[26].

Hay algunos autores que niegan su posibilidad incluso tratándose de actos desfavorables para el administrado, argumentando que el acto administrativo no aparece nunca con el propósito de hacer sufrir al ciudadano, si se dicta un acto perjudicial para éste es porque el interés público así lo exige. Dejarlo sin efecto supone, en consecuencia, desatender ese interés público[27].

los actos administrativos a iniciativa y por la misma Administración que les ha dado nacimiento". A lo que añade que no "nos parece necesario emplear términos diferentes para expresar la clase de motivos que mueven a la Administración a extinguir sus actos administrativos, pues con ello no se gana en precisión en ningún orden de cosas". *Estudios sobre*... pág. 371. También GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que consideran que existe "una revocación por motivos de legalidad (retirada de actos viciados) y una revocación por motivos de oportunidad (retirada de actos perfectamente regulares en sí mismos, pero inconvenientes en un momento dado)". *Curso de*... II, (1997), pág. 642.

[25] Como señala SANTAMARÍA PASTOR, una "potestad de revocación basada en puros motivos de oportunidad constituye una auténtica invitación a la arbitrariedad, en la medida en que ni la adecuación y corrección de las circunstancias de oportunidad es fácilmente controlable por un Tribunal, ni puede existir garantía alguna eficaz de que dicha potestad se ejerciera con sujeción al principio de igualdad". *Principios de*... II, pág. 174.

[26] Señalan VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA que "la revocación tiene como finalidad llevar a cabo una modificación o supresión de los efectos de un acto por motivos de mera oportunidad. No se trata, sin embargo, de una libre elección de la Administración sino de cumplir con ello la finalidad que siempre debe perseguir con su actuación; la mejor consecución del interés público. Como quiera que este interés puede ser cambiante (ya que lo que es oportuno hoy, no tiene porqué serlo siempre) la Administración debe tener la posibilidad de contrarrestar los efectos de una decisión cuyo mantenimiento pugnaría con el interés público, para lo cual se le reconoce un cauce especial". "Frente al principio que postula la estabilidad de los actos se encuentra también la necesidad de acomodar la situación administrativa a las circunstancias cambiantes de cada momento. De ahí que como consecuencia de esta tensión entre lo permanente y lo mutable (legalidad frente a realidad) se haya arbitrado la posibilidad de que la Administración pueda dejar sin efectos sus propios actos". *Principios de*... II. pág. 207. En sentido similar, PAREJO ALFONSO, que considera que la "potestad de revocación encuentra un fundamento general en los principios de servicialidad al interés general y de legalidad (...). Si la Administración está positiva y plenamente vinculada por el ordenamiento jurídico y de tal vinculación forma parte su servicialidad al interés general, parece claro que debe quedar facultada desde la misma legalidad para poder cumplir este último servicio, so pena de admitir una contradicción intolerable entre uno y otro aspectos". En *Manual de*..., pág. 505.

[27] Considera BOQUERA OLIVER que no "es válido el argumento de que la Administración puede anular sus actos si con ello no perjudica a los administrados. El acto administrativo que

Cont.

A pesar de ello, parece que no existen grandes obstáculos para admitirla cuando va dirigida contra actos que no producen efectos favorables para los ciudadanos. Lo que excluye, en principio, de su ámbito, los actos favorables al administrado[28]. Si bien esta prohibición de revocación no afectará, en ningún caso, a las meras expectativas de derechos[29]. Podrán ser, también, objeto de revocación, por no afectar a las posiciones jurídicas de los administrados, también los actos puramente organizativos[30].

Tampoco será posible la revocación de los actos que hayan sido objeto de sentencia judicial firme[31].

Cuando se trata de actos favorables, como acabamos de decir, la revocación no está, con carácter general, permitida. Prohibición que tiene su origen en el carácter claramente expropiatorio de esta operación. Esto hace que sólo sea admisible cuando haya una habilitación legal previa que permita llevarla a cabo, debiendo venir, además acompañada de la correspondiente indemnización[32].

No basta al respecto con una simple reserva de revocación contenida en el acto administrativo, pues dada la naturaleza expropiatoria de este tipo de revocación, ya señalada, requiere de respaldo legal en todo caso[33].

---

obliga a un particular a sacrificar sus derechos lo hace a favor del interés público. Nunca el acto administrativo que impone una obligación lo hace gratuitamente (de lo contrario sería un acto inexistente por falta de ese fin). La limitación o sacrificio de los derechos o los intereses privados no puede atribuirse a la malicia de la Administración (de lo contrario, el acto no satisfacería el fin público que lo justifica), sino al cumplimiento de su deber de atender a las necesidades de la colectividad. Anular un acto que perjudica al particular equivale a hacer desaparecer un acto que beneficia a la colectividad. La presunción de legalidad del acto administrativo lleva implícita la presunción de que con él se satisface un interés público (para la satisfacción de los fines públicos ha creado el Legislador el poder de dictarlo, el poder administrativo). Si se presume que un acto ha sido dictado para conseguir un fin público, no puede considerarse que el contrario también atiende al mismo fin". *Estudios sobre*..., págs. 377-378.

[28] En tal sentido ENTRENA CUESTA: *Curso de*... I/1, 1992, págs. 262-263. También MORELL OCAÑA, que considera que en "el ámbito del acto administrativo la gran limitación a la potestad de revocación proviene de que el propio acto ha podido crear situaciones de ventaja en favor de los particulares, situaciones que quedarían sacrificadas. De aquí que, a pesar de que la revocación se funde siempre en su oportunidad para el interés público, haya encontrado su oposición y límite en la teoría de los *derechos adquiridos*. En realidad, la evolución ha situado, dentro de la barrera de los llamados *derechos adquiridos* –que conceptualmente no tiene demasiada consistencia- toda situación de ventaja o efecto favorable creado por el acto administrativo a favor de un particular". *Curso de*... II, pág. 252.

[29] ENTRENA CUESTA: *Curso de*... I/1, 1992, pág. 263.

[30] PAREJO ALFONSO, en *Manual de*..., pág. 505.

[31] ENTRENA CUESTA: *Curso de*... I/1, 1992, págs. 262-263.

[32] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de*... I, pág. 657.

[33] BOCANEGRA SIERRA: *Lecciones sobre*..., pág. 218.

El acto de revocación tiene carácter constitutivo, por lo que sólo a partir de éste produce efectos la revocación[34].

Mayor permisividad se da a la extinción del acto por la propia Administración cuando se basa en motivos de legalidad. Si bien no falta quien se muestra contrario a dicha posibilidad, sentando la irrevocabilidad general del acto administrativo y propugnando que su invalidación exija en todo caso un pronunciamiento judicial, única vía que ofrece todas las garantías precisas[35].

El grado de invalidez del acto, nulidad de pleno derecho o anulabilidad, no es criterio determinante para admitir o negar la posibilidad de revisión de oficio[36]. Sin embargo, va a ser determinante a la hora de decidir las formas y condiciones de esa revisión.

Así, con carácter general, parece difícil negar la capacidad de la Administración para revisar sus propios actos cuando están afectados por un vicio de nulidad de pleno derecho, dado el carácter imprescriptible de estos defectos.

Tratándose de actos meramente anulables la cuestión se muestra más compleja. En principio, no hay grandes resistencias a admitirla cuando se trata de actos desfavorables para los ciudadanos[37].

---

[34] FLAVIO ESCORCIA: *Derecho*..., pág. 230.

[35] En tal sentido BOQUERA OLIVER, que entiende que "la irrevocabilidad del acto administrativo es una consecuencia lógica de su naturaleza jurídica y, por consiguiente, aquélla constituye un concepto o principio científico de la teoría del acto administrativo". A lo que añade que, "cuando la Administración estime que alguno de sus actos sea contrario al Ordenamiento jurídico y lesivo para sus derechos o intereses, puede presentar al Juez las pruebas de su apreciación y pedirle la anulación del mismo. De este modo el acto será juzgado, y en su caso anulado, por el Juez y no por su autor. Ésta será la mejor garantía para los derechos e intereses de quienes recibieren de los efectos jurídicos del acto administrativo y para el interés público". *Estudios sobre*..., pág. 380.

[36] En tal sentido BOCANEGRA SIERRA, que considera que no cabe que "el distinto grado de invalidez de los actos administrativos sirva para justificar la existencia o inexistencia de las potestades de revisión de oficio de la Administración, que no derivan, en absoluto, de la ilegalidad de los actos, sino de los poderes de autotutela que el Ordenamiento le reconoce para la eliminación, por sí misma, de *todos* los actos administrativos ilegales, eliminación que, eso sí, (...) se somete a distinto régimen jurídico según que la revisión de oficio lo sea de actos nulos o anulables". *Lecciones sobre*..., págs. 206-207.

[37] ENTRENA CUESTA: *Curso de*... I/1, 1992, pág. 263. También VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, que consideran que cuando se trata de actos de gravamen "nada se opone, desde la perspectiva de los administrados, a que la Administración revise tales actos, pues su declaración de nulidad o anulabilidad no perjudica a los destinatarios del mismo y tampoco existe ningún obstáculo desde la perspectiva del interés público, ya que la Administración se halla vinculada a la Ley por lo que el interés público exige la eliminación de los actos nulos o anulables. De aquí que deba afirmarse que la Administración puede revisar los actos de gravamen por un acto de contrario imperio, sin someterse a la observancia de especiales garantías jurídicas". *Principios de*... II, pág. 201.

Sin embargo, cuando se trata de actos favorables se opone a dicha solución el principio que prohíbe ir contra los propios actos. Si bien, en nuestra opinión, sufriendo de vicios de entidad suficiente para ocasionar la invalidez, dicha regla no es oponible[38].

En cualquier caso, los poderes de revisión de la Administración, ya sea para actos nulos de pleno derecho o anulables, deben encontrar límite en los principios de buena fe y de confianza legítima[39]. En ocasiones la aplicación estricta de la legalidad podría llegar a convertirse en una injusticia aún mayor que la que se deriva de la propia ilegalidad (piénsese, por ejemplo, en la invalidación de un acto nulo de pleno derecho cuando ha pasado un larguísimo periodo de tiempo, en el que se ha dado lugar a toda una serie de relaciones jurídicas de diversas índole que surgen desde la confianza en la aparente legalidad de una situación de hecho que aparenta total regularidad), lo que determina la necesidad de que el órgano enjuiciador pueda hacer prevalecer en determinados casos motivos de equidad respecto a los de legalidad[40].

IV. Rectificación de errores materiales

La rectificación de errores materiales viene a corregir aquellas equivocaciones puramente materiales, aritméticas o de hecho de que pueda adolecer un acto administrativo. No se trata, por tanto, de rectificar un acto por su disconformidad con la legalidad o por motivos de oportunidad, sino tan sólo de adecuar la letra del acto a aquello que se pretendió realmente decir o a aquello que se debió decir pero que un error, ni jurídico ni de juicio, sino puramente fáctico, impidió que dijera.

[38] Esa es la opinión de MORELL OCAÑA, que señala que la "evolución histórica lleva a la aceptación generalizada del principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos (...). La clave reside en la invocación de un principio general del derecho, el que prohíbe 'ir contra los propios actos'; ahora bien, y aparte otros matices de la cuestión, tal principio no debiera invocarse cuando se trata de actos afectados por un vicio con virtualidad bastante para crear su ineficacia". *Curso de...* II, pág. 343.

[39] Véase sobre el principio de confianza legítima, COVIELLO, P. J. J.: *La protección de la Confianza del Administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004.

[40] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*.
Resaltan, por ello, la necesidad de "modulación en ciertos casos de las consecuencias inherentes al ejercicio de las facultades revisoras y una ratificación del carácter restrictivo con que dicho ejercicio debe contemplarse, un temperamento, en definitiva, de los rigores propios de la revocación, que se corresponde, por otra parte, con la imprescindible limitación de los efectos típicos de la nulidad que se impone en ocasiones a resultas de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia (protección de buena fe o del tercero inocente o de la confianza legítimamente generada por el acto viciado, etc.)". *Curso de...* II, 1997, pág. 654.

No es, por tanto, ni un supuesto de anulación ni de revocación, pues el acto es perfectamente válido, manteniéndose en sus términos, si bien salvado ya de las deficiencias que el error de hecho le provocó[41].

La rectificación de errores materiales requiere para llevarse a cabo el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) No podrá implicar una alteración fundamental del sentido del acto[42].

b) Se debe tratar de correcciones que no conlleven la necesidad de realizar juicio valorativo, ni calificación o interpretación jurídica[43].

c) Tienen que ser errores manifiestos que puedan ser objetos de fácil constatación, sin necesidad de acudir a elementos ajenos al expediente[44].

Dado que tiene un carácter meramente rectificador de errores manifiestos, que no implica declaración de validez alguna, se puede realizar sin límite temporal alguno, y sin necesidad de seguir un cauce procedimental específico[45].

[41] Consideran GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la "pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de trascripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier equívoco". *Curso de*... II, 1997, pág. 652. Señala MORELL OCAÑA que "la potestad de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, no constituye una hipótesis integrable dentro de las figuras de la revocación o anulación de los actos administrativos; muy al contrario, es la propia *ostensibilidad del error*, en este caso, la que permite, por una parte, apreciar sin dificultad la primacía de la voluntad sobre lo declarado, y, por otra, la subsistencia del acto administrativo en su integridad, más aún, adoptando de modo definitivo la expresión formal coincidente con la voluntad que el sujeto o sujetos quisieron manifestar". *Curso de*... II, pág. 351. Véase también BOCANEGRA SIERRA: *Lecciones sobre*..., pág. 220.

[42] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de*... II, 1997, pág. 652.

[43] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de*... II, 1997, pág. 652. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: *Principios de*... II, pág. 211. BOCANEGRA SIERRA: *Lecciones sobre*..., pág. 220.

[44] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de*... II, 1997, págs. 652-653. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: *Principios de*... II, pág. 211. BOCANEGRA SIERRA: *Lecciones sobre*..., pág. 220.

[45] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de*... II, 1997, pág. 652.

ALGUNOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES EN PANAMÁ COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Víctor Leonel Benavides Pinilla

I. El acto administrativo: origen y evolución

Los actos jurídicos de contenido legislativo (leyes) y los de contenido jurisdiccional (sentencias), precedieron cronológicamente al Acto Administrativo, cuyo vocablo aparece con la primera revolución francesa.

La doctrina establece que la historia del Acto Administrativo es la misma que la del derecho administrativo; coincidiendo los estudiosos de la materia en que la noción en sí, del acto administrativo propiamente dicho, nace con el artículo 13 de ley francesa de 24 de agosto de 1790, misma que consagra la separación de las funciones estatales cuando establece que: Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, turbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos"

Confrontando los escritos del Dr. GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, en su interesante obra sobre la Teoría General del Derecho administrativo, se colige que "la expresión acto administrativo era prácticamente desconocida antes de la Revolución Francesa". Esto es así ya que sólo basta recordar la idiosincrasia de los antiguos ordenamientos de las monarquías absolutas para reconocer la exactitud de tal afirmación. Otrora, los monarcas, "legibus solutus" tenían y ejercían un poder de autodeterminación y decisión iniciales que los habilitaban para dictar prescripciones obligatorias relativas a cualquier asunto, relacionado tanto con la actividad privada como con la actividad pública.

Sin embargo, no puede desconocerse, que existían requisitos especiales para que ciertas resoluciones que emanaban del monarca recibieran el nombre de leyes. En Francia, por ejemplo, se exigía el registro de la disposición real y su incorporación en colecciones particulares que llevaba el Parlamento. Pero no había un criterio cierto que permitiera individualizar, dentro de los numerosos actos que dimanaban del monarca, una resolución determinada como perteneciente a una categoría específica; en primer lugar, porque los

requisitos exigidos no alteraban la validez y la eficacia de los actos reales, los cuales aún cuando observaran esos requisitos, eran plenamente obligatorios y podían ser ejecutados; en segundo lugar, porque reunidas las potestades públicas en la mano de un solo individuo, es evidente que no existe un mayor interés en determinar los caracteres de los actos que se emiten y, por lo mismo, no puede hablarse de actos administrativos. (RUBIO ISAAC, 1960)

Así, el primer acto legislativo francés que contiene una expresión próxima la actual, es el del 16 Fructidor del año III, por el que se prohibía a los tribunales judiciales el conocimiento de actos administrativos de toda especie. A partir de ese entonces la expresión acto administrativo se incorpora a la literatura francesa, y es utilizada, especialmente, cuando se trata de determinar la materia que compete a lo contencioso administrativo y que en consecuencia, escapa a la autoridad judicial.

Por su parte, el Directorio por ley de 2 Germinal del año V, establecía que por operaciones del cuerpo administrativo y actos de la administración, debían entenderse todas las operaciones que se realizan por orden del gobierno, de sus agentes inmediatos, bajo su vigilancia y con fondos proporcionados por el tesoro público.

Vale señalar que en los repertorios franceses editados antes de la revolución no se encuentra registrada la expresión “acto administrativo”. Así, en el repertorio Denisart en 1771 y el de Guyot en 1784, la expresión “Acto”, adquiere un significado limitado, únicamente, al derecho civil y procesal. Posteriormente, el repertorio de Merlín, en 1812, aparece la palabra acto administrativo, que definía como ordenanza, una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de una administración que tiene relación con sus funciones. Otra interpretación más restrictiva sería la que comprende solamente los reglamentos, las instrucciones, las decisiones y los contratos administrativos, o sean, todos los actos que forman objeto de lo contencioso administrativo. Antes de conocerse la expresión acto administrativo, según los estudiosos de la materia, estos actos se denominaban Actos del Rey, de la Corona o Acto Físico, según los distintos lugares en que utilizaba dicha expresión (RODRÍGUEZ, 1972).

La expresión “acto administrativo” nació con un criterio negativo, para indicar que los actos de la administración no eran susceptibles del procesamiento judicial. Posteriormente, la doctrina democrática fue evolucionando, a punto de ir elaborando, lentamente, la Teoría del Estado de Derecho, mismo que conllevó la separación de los poderes del Estado, lo que cambió radicalmente la primitiva situación en que se encontraban los monarcas, quienes debieron someterse a la Constitución y a la Ley. Esta

subordinación de la administración a la ley le dio una significación nueva a sus acciones.

Del caos indisciplinado de las operaciones materiales de toda clase – del Estado de Policía– se desprende una noción nueva: la de acto administrativo. Es pues, la separación de los poderes del estado, la que nos señala el nacimiento de los actos administrativos. (STASSINOPOULOS, MICHELL, 1954) Desde entonces, la acción del ejecutivo toma, por primera vez, el nombre de "Acto Administrativo", y adquiere un interés jurídico especial, llegando a ser el objeto de una nueva rama del derecho público, conocida como Derecho Administrativo. Consecuentemente, llegó a considerarse la necesidad de someter también el acto administrativo a control jurisdiccional, para juzgar su conformidad con la ley, dando así aplicación al principio de legalidad.

Es así, como con la ley francesa de 24 de mayo de 1872 se logra la sujeción del acto administrativo al control de la jurisdicción, para someter el juicio sobre su legalidad a la decisión del Consejo de Estado. Este aporte significativo de la escuela francesa afianzó el Estado de Derecho, ya que el Consejo de Estado dejó de ser un simple cuerpo asesor y con el fallo "CADOT" de 1889 adquirió competencia más general como juez de la Administración. (RODRÍGUEZ, 1972).

Desde entonces, el Consejo de Estado francés, evolucionó elaborando su teoría científica del acto administrativo.

II. Acerca del concepto de acto administrativo

Las definiciones de Acto Administrativo varían según dónde se ponga el énfasis, ya sea en el órgano que lo dicta, en el contenido del mismo, o en su forma.

El Acto Administrativo, como acto jurídico que es, participa de los caracteres, elementos y clasificaciones de los actos jurídicos (RODRÍGUEZ,1972) "desde el punto de vista formal, el acto administrativo es aquel acto jurídico que emana de un agente administrativo que actúa en función administrativa. Desde el punto de vista material, es todo acto jurídico con contenido administrativo, en función administrativa, de tal forma que los actos administrativos pueden ser producidos por agentes judiciales o por el legislador. Contrariamente, un agente administrativo puede producir actos jurídicos de contenido legislativo o jurisdiccional. De manera tal, que para lograr una aproximación equilibrada al concepto de "acto administrativo", hay que considerar ambos puntos de vista.

Igualmente, sostiene RODRÍGUEZ que, la doctrina distingue el acto administrativo del acto de administración, considerando a éste como un género, dentro del cual cabe aquel; sustentando que toda actividad del órgano administrativo es entendida como acto de administración; pero solo algunos actos más relevantes y decisorios, son considerados como actos administrativos. En virtud a esto, los actos que no son de la administración activa (los que no producen efectos jurídicos a terceros, como los conceptos de los órganos consultivos de la administración; los que corresponden a la actividad interna de la Administración; los que se realizan en el anterior del ordenamiento administrativo, siendo indiferentes al derecho, irrelevantes, como las órdenes y circulares internas que se dictan para la mejor distribución y eficacia del trabajo oficial,) son, simplemente, actos de la administración.

Obviando las disputas doctrinarias se puede entender al acto administrativo como "toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata". Este concepto de acto administrativo es sostenido, entre otros, por el jurista argentino AGUSTÍN GORDILLO. Es menester señalar que conforme a la jurisprudencia panameña, fielmente representada en la figura del Dr. EDGARDO MOLINO MOLA, "los actos administrativos son la forma principal en que se expresa la función pública administrativa que cumple el Estado y esa función también se expresa por medio de actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos, vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos (EDGARDO MOLINO MOLA, 2007).

También se puede entender como "Acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo dictado por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria", definición esta defendida por el profesor español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Así pues, es una manifestación del poder administrativo, cuya característica es que se adopta en vía de decisión singular, en contra del acto del legislador (Reglamento) que es de carácter general, caracterizado por ser una imposición unilateral, imperativa y con consecuencias jurídicas para el destinatario.

Según ciertos juristas, como el peruano CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ, el acto administrativo se distingue de otras actuaciones administrativas no solo por su carácter unilateral sino además por el hecho de generar efectos jurídicos específicos o particulares, sobre los administrados, lo cual lo diferencia claramente de otras actuaciones administrativas, como por ejemplo los reglamentos.

Se señala que el acto administrativo es una "declaración de voluntad" para descartar posibles actividades de la administración que no sean específicamente emanaciones de la voluntad estatal. Al decir que es "unilateral" se la diferencia de otras figuras que sí expresan la voluntad de la administración como son, por ejemplo, los contratos administrativos. Al ser en ejercicio de la "función administrativa", se descarta a las funciones judiciales y legislativas–cabría entrar en el análisis, llegado el caso, de las diferentes concepciones de función administrativa. Y por último, si se dice que "produce efectos jurídicos individuales" para diferenciar el acto administrativo de otras actuaciones administrativas creadoras de situaciones jurídicas para el administrado, como los reglamentos.

III. Características del acto administrativo

Se trata de una declaración, por lo que quedan excluidos los actos de la Administración puramente materiales.

La declaración puede implicar una decisión de la Administración; una constancia o certificación de algo o incluso una mera declaración de un hecho o derecho preexistente.

– *Ha de proceder de un sujeto de la Administración* con competencia para realizar el acto.

– *Deben constituir ejercicio de la potestad administrativa* y estar sujetos al Derecho administrativo.

Los actos administrativos pueden ser objeto de recurso judicial.

– Los actos administrativos son unilaterales. Esto excluye a aquellos en cuya formación concurren dos o más voluntades.

– Es una *declaración de voluntad*, pero no todas las manifestaciones con origen en la administración son actos administrativos, sino solo las que imponen consecuencias jurídicas al administrado (favorables o desfavorables). Las manifestaciones de la administración que no producen consecuencias jurídicas son *actuaciones administrativas* y no actos administrativos.

– Son directamente ejecutivos, por lo que si el particular se opone al cumplimiento, la administración puede imponer el cumplimiento forzoso sin necesidad de acudir previamente al juez.

IV. Clasificación del acto administrativo

Por su origen:

– *Actos simples* que provienen de un solo órgano.

– *Actos complejos* que provienen de dos o más órganos.

Por sus efectos:

– *Actos favorables* crean una situación jurídica nueva, por la que se reconoce, otorga o declara un derecho o por la que se le exime de una obligación.

– *Actos de gravamen* restringen o limitan el patrimonio jurídico del particular, bien imponiendo una obligación o carga o bien limitando un derecho.

Por su contenido:

– *Actos constitutivos* que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, bien reconociendo un derecho o suprimiendo un impedimento (Actos favorables), bien estableciendo un deber o carga (Actos de gravamen).

– *Actos declarativos* que solo constatan o acreditan una situación jurídica. La administración no da nada nuevo, se limita a constatar la situación actual de un particular.

Por su forma:

– *Actos expresos* que se manifiestan formalmente, casi siempre por escrito.

– *Actos presuntos* que se manifiestan en virtud del silencio administrativo que consiste en el transcurso de un periodo de tiempo establecido sin que la Administración haya emitido respuesta alguna.

Por su vinculación a una norma previa:

Es muy común encontrar esta clasificación, pero corresponde hacer una aclaración, lo que es reglado o no es la facultad de decidir del órgano administrativo, no el acto. El acto se realiza en ejercicio de facultades regladas o discrecionales. De todas formas, por ser común de encontrar, esta es la explicación:

– *Actos reglados* en los que la Administración se limita a aplicar una norma que determina el contenido del acto.

– *Actos no reglados o discrecionales* en los que la Administración puede optar por una entre varias soluciones posibles igualmente válidas. Cabe aclarar que una determinada potestad sólo tiene ciertos elementos discrecionales, pues existen algunos que siempre son reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para ejercerla y el fin.

La discrecionalidad no debe ser entendida como actividad en silencio de la ley. Será justamente la ley la que establecerá la existencia de una potestad discrecional, y ella será su fundamento y límite natural.

Por su destinatario:

– *Actos de carácter singular* el destinatario es una persona individual, concreta, conocida y localizada.

– *Actos de carácter general* los destinatarios son una pluralidad indeterminada (convocatoria para oposiciones) y que a diferencia de los reglamentos, estos se extinguen con su cumplimiento.

V. El acto administrativo: realidad panameña

El objetivo de la administración pública es satisfacer los intereses colectivos. En atención a ello, dicta los Actos Administrativos.

Los Actos Administrativos son la forma principal en que se expresa la función pública administrativa que cumple el Estado por medio de actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos, vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos.

El tema del acto administrativo es de suma importancia en el Derecho público, dado que el reconocimiento de un acto como administrativo implica someterlo a un régimen especial que lo diferencia de otras manifestaciones estatales. Es una materia que ha sido muy discutida en la doctrina jurídica, sosteniéndose diferentes definiciones, según sea el concepto que se tenga, en general, de la función administrativa.

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tuvo sus orígenes en Francia y llegó a nosotros por intermedio de la República de Colombia. Gracias a la labor del letrado JOSÉ DOLORES MOSCOTE (1879-1956), fue establecida la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Panamá. La Constitución

Política de 1941 en sus artículos 190,191 y 192 introduce formalmente dicha jurisdicción.

Dos años después, esta materia es regulada por la Ley 135 de 30 de abril de 1943, misma que es reformada por la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946. Posteriormente, con la Reforma Constitucional de 1956 se cambia la denominación de Fiscal Contencioso Administrativo a Procurador Auxiliar.

Luego, con la Constitución de 1972, y gracias a la propuesta del insigne Maestro de Maestros, el Dr. CÉSAR AUGUSTO QUINTERO, se cambió la denominación de Procurador Auxiliar de la Administración a Procurador de la Administración. Desde 1946 a la fecha, no se ha originado cambios a la legislación Contencioso Administrativa.

A partir de 1990, con la reestructuración y la incorporación de instituciones estatales en el país, se produce un nuevo rol de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y con ello, se incrementan los niveles de casos a esta jurisdicción.

En nuestro país, la máxima excerta legal estable en su artículo 184 que

> son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo
> ...
> 14. Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

y en función a ello, la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial 24,109 de 2 de agosto de 2000 regula todo lo concerniente al Procedimiento Administrativo.

Sintetizando, La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Laboral encuentra su Marco Constitucional en el artículo 206, numeral 2 de la Constitución Política de la República de Panamá. Su Marco Legal se encuentra en la Ley 135 de 30 de abril de1943: “Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, modificada por la Ley 33 de 1946; en el Código Judicial que regula los procesos que están atribuidos en la sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; y en otras normas contenidas en leyes especiales que atribuyen competencia en esta jurisdicción. Con la Ley 38 de 2000, “que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones generales, se derogan algunos preceptos de la Ley 135 de 1943 y se incluye el conocimiento a esta jurisdicción de la Consulta de Ilegalidad y de la Advertencia de Ilegalidad.

El jurista HERIBERTO ARAÚZ SÁNCHEZ, confrontando los escritos del Dr. GABINO FRAGA nos indica que el acto administrativo requiere para su formación, estar precedido por una serie de formalidades y otros actos intermedios que dan al autor del propio acto la ilustración e información necesaria para guiar su decisión, al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta de acuerdo con las normas legales.

> Ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo, de la misma manera que las vías de producción del acto legislativo y de la sentencia judicial forman, respectivamente, el procedimiento legislativo y el procedimientos judicial (ARAÚZ SÁNCHEZ, 2001).

Considero oportuno señalar que en Panamá, la administración pública dicta reglamentos, acuerdos y resoluciones que son típicos actos administrativos, mimos que, en algunos casos, afectan derechos individuales o únicamente se le aplican a una sola persona; sin embargo, hay otros actos administrativos de carácter general que afectan a la colectividad.

En igual medida, a pesar de que Panamá adolece de una Ley General sobre la Administración Pública, como existe en otros países, esta realidad no ha sido obstáculo para que los entes estatales, dicten los actos administrativos correspondientes.

En este sentido la nueva legislación aludida intenta regular jurídicamente la actuación de la administración con apego al principio de estricta legalidad y sin menoscabar el debido proceso legal que le asiste al administrado. Para muchos, esto constituye un aporte significativo en aras de la modernización del Estado. Sin embargo, a este respecto puntualizo el hecho cierto de que los organigramas de las diferentes entidades estatales están hechos en función a las personas.

En atención a ello, nuestro país requiere una mayor capacitación en valores, para los funcionarios o servidores públicos que laboran en los entes del Estado (Gobierno Central) y los gobiernos locales, ya que son las personas que tutelan el servicio que brindan dichas instituciones, las encargadas de dictar actos administrativos ajustados a Derecho y, por ende, en estricto apego a la Constitución Política y a la Ley.

Vale mencionar que en la República de Panamá, el control de la legalidad del acto administrativo radica en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente bajo la jurisdicción contencioso administrativa.

Dado que en Panamá, no existen Juzgados y Tribunales Administrativos como ocurre en otros Estados, los ciudadanos que se sienten afectados por un acto administrativo pueden impugnarlo por medio de los recursos gubernativos o administrativos ante la institución que dictó el precitado acto administrativo. Luego de agotada la vía gubernativa, la parte afectada tiene que recurrir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema Justicia, para solicitar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo, sea que viole sus derechos subjetivos (demanda de plena jurisdicción) o el acto administrativo que viole los derechos de la colectividad (demanda de nulidad).

Actualmente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, en aras de optimizar sus funciones, con una visión vanguardista, tendiente a reforzar la confianza de los administrados, se ha comprometido con la tarea de reestructurar su organización, con el fin de agilizar el mecanismo de solución de conflictos en su esfera de acción.

Es menester enfatizar que nuestra República, a pesar de tener solo 106 años de vida republicana cuenta con una administración pública organizada, y que con el transcurrir de los años ha ido creando muchos organismos reguladores, que tienen como finalidad y objetivo regular importantes actividades para el desarrollo político, económico y social del país. Dichos organismos reguladores, por lo general están organizados a través de una Ley Orgánica o de un Decreto-Ley y en su quehacer jurídico se expresan a través de típicos actos administrativos de carácter individual o de carácter general, a través de resoluciones, decretos o acuerdos, regulando así un sinnúmero de actividades que pueden afectar a la colectividad. Este activar jurídico de los Organismos Reguladores se constituyen per-se en fuente del Derecho Administrativo Panameño.

En igual medida, en nuestro ordenamiento jurídico positivo existen leyes especiales que le atribuyen a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, competencia para conocer sobre los siguientes aspectos:

– Con la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la república se le atribuye a la Sala Tercera la competencia para conocer de la viabilidad jurídica de pago o de refrendo negados por el Contralor General de la república.

– Con el Decreto de Gabinete No. 36 de 1990, se le atribuye a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de las decisiones de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial.

– Con la Ley 41 de 1996 se le atribuye a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo para revisar las decisiones de la Administración Aduanera.

– Con la Ley 19 de 1997 de la Autoridad del Canal de Panamá se le atribuye a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer: de las Apelaciones contra decisiones de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal; y de las Apelaciones contra laudos arbitrales de la Autoridad del Canal.

– Con el Decreto Ley 9 de 1998 (Superintendencia de Bancos), modificado por el decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, se le otorga competencia a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo para conocer: de las impugnaciones contra decisiones de liquidadores bancarios, y sobre Incidentes y Apelaciones.

– Con la Ley 38 de 2000 se le atribuye a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral la competencia para conocer: sobre Consultas de Ilegalidad y Advertencias de Ilegalidad.

Entre los organismos reguladores con que cuenta la República de Panamá podemos mencionar, entre otros:

Entidad Reguladora	**Ley o Decreto que la Regula**
1. Comisión Nacional de Valores (C.N.V.)	Decreto Ley N° 1 de 8 de julio de 1999
2. Autoridad Nacional del Ambiente (A.N.A.M.)	Ley N° 41 de 1 de julio de 1998
3. Autoridad Marítima de Panamá (A.M.P.)	Decreto Ley N° 7 de 10 de febrero de 1998
4. Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.)	Ley N° 34 de 28 de julio de 1999
5. Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (A.CO.DE.CO)	Ley N° 45 de 31 de octubre de 2007
6. Superintendencia de Seguros y Reaseguros	Ley N° 59 de 29 de julio de 1996 (Ley de Seguros) Ley N° 63 de 19 de septiembre de 1996 (Ley de Reaseguros) Ley N° 60 de 29 de julio de 1996 (Ley de Aseguradoras Cautivas)

7. Superintendencia de Bancos	Ley N° 2 de 22 de febrero de 2008 que modifica el Decreto Ley 9 de 1998 por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos.
8. Autoridad del Canal de Panamá (A.C.P.)	Ley N° 19 de 11 de junio de 1997
9. Autoridad de los Servicios Públicos (A.S.E.P.)	Decreto Ley N° 10 de 22 de febrero de 2006 (que reestructura el Ente Regulador de los Servicios Públicos (E.R.S.P.)
10. Autoridad de Turismo de Panamá (A.T.P.)	Decreto Ley N° 4 de 27 de febrero de 2008

Tal como enfaticé en párrafos precedentes, estos organismos reguladores se exteriorizan a través de típicos actos administrativos y crean situaciones jurídicas, que en algunos casos afectan los intereses de determinadas personas y en otros casos, afectan a la colectividad, dando motivo para que los afectados por tales actos administrativos, luego de agotar la vía administrativa o gobernativa recurran a la sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, para presentar sus demandas respectivas.

A continuación haremos mención de los principales organismos reguladores en Panamá, destacando entre otras cosas sus objetivos, funciones y marco legal; así como también esbozaremos algunos pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, respecto a actos administrativos vinculados a dichos organismos reguladores, a saber:

– La Autoridad de los Servicios Públicos(ASEP)

Creada mediante Decreto Ley No. 10 de 22 de febrero de 2006 (que reestructura el Ente Regulador de los Servicios Públicos (E.R.S.P.) es la encargada de regular todo lo relacionado con las telecomunicaciones, la electricidad y el agua. La ASEP dicta normas o actos administrativos que regulan los derechos de las empresas eléctricas y de teléfonos, de las concesionarias, así como también de las empresas y los particulares. Todos los actos que emanan de este ente regulador, constituyen fuente de derecho, y la aplicación de los mismos, puede dar lugar a reclamos de empresas y de particulares, quienes luego de agotar la vía administrativa en la ASEP, tienen que recurrir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, , quien dicta el Fallo final definitivo y obligatorio, al ejercer el control de la legalidad.

Algunas Demandas Contencioso Administrativas vinculadas a los Organismos Reguladores en Panamá:

1. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Bahía las Minas Corp., Para que se declare nula, por ilegal, la resolución no. JD-2549 del 18 de diciembre de 2000, dictada por el ente regulador de los servicios públicos, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Hipólito Gill Suazo. –Panamá, dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Fallo: Por lo que antecede, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que es ilegal la Resolución No. JD-6027 de 20 de abril de 2006, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), modificada por la resolución AN NO. 096-Telco de 23 de junio de 2006 de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y por consiguiente le ORDENA a esta entidad respetar los términos y condiciones del contrato de interconexión suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A. y Skycom Communications, S.A.

2. Demanda contencioso administrativa de nulidad, interpuesta por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee en representación de Cable & Wireless Panama, S. A., Para que se declare nula, por ilegal, la resolución no. JD-4408 de 18 de diciembre de 2003, emitida por el ente regulador de los servicios públicos, publicada en la gaceta oficial no. 25,020 De 31 de marzo de 2004. Ponente: Adán Arnulfo Arjona l. Panamá, dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008).

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. JD-4408 de 18 de diciembre de 2003, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad de los Servicios Públicos), publicada en la Gaceta Oficial No. 25,020 de 31 de marzo de 2004.

3. D.C.A. De plena jurisdicción, interpuesta por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Cable & Wireless Panama, S.A., Para que se declare nula, por ilegal, la resolución no. JD-6027 del 20 de abril de 2006, emitida por el ente regulador de los servicios públicos, la resolución an no.096-Telco de 23 de junio de 2006 que la modifico y para que se hagan otras declaraciones.

Por lo que antecede, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que

es ilegal la Resolución No. JD-6027 de 20 de abril de 2006, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), modificada por la resolución AN NO. 096-Telco de 23 de junio de 2006 de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y por consiguiente le ORDENA a esta entidad respetar los términos y condiciones del contrato de interconexión suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A. y Skycom Communications, S.A.

– La Super Intendencia de Bancos

Esta entidad fue creada mediante Ley No. 2 de 22 de febrero de 2008 que modifica el Decreto ley 9 de 1998 por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la superintendencia de bancos y es la encargada de regular el sistema bancario nacional en función de que en Panamá funciona el Centro Financiero de carácter mundial, representado por una multi comunidad bancaria. En atención a ello, sus Acuerdos regulan el régimen bancario nacional, y señalan las reglas del juego a que se deben de atener los bancos.

4. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el licenciado Donatilo Ballesteros, en representación del banco nacional de panamá, para que se declare nula, por ilegal, la resolución S.B. Nº 74-2001 de 26 de noviembre de 2001, dictada por la superintendencia de bancos, actos confirmatorios y se hagan otras declaraciones. Ponente: Winston Spadafora f. Panamá, doce (12) de junio de dos mil seis (2006).

Fallo: En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. 74-2001 de 26 de noviembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Bancos.

5. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma forense Icaza, González-Ruíz & Alemán, actuando en representación de global bank corporation para que se declare nula, por ilegal, la resolución n 42-2003 de 8 de mayo de 2003 emitida por la superintendente de bancos interina y su acto confirmatorio. Ponente: Víctor Leonel Benavides Pinilla Panamá, veintisiete (27) de junio de dos mil ocho (2008).

Por consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara que no es ilegal, la Resolución N° 42-2003 de 8 de mayo de 2003, emitida por la Superintendente de Bancos Interina.

6. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por la firma Watson & Associates, en representación de Disa Bank BVI Limited, para que se declare nula por ilegal, la resolución S.B. No. 46-2001 De 18 de julio de 2001, dictada por el director de estudios económicos y análisis financiero, delegado por la superintendencia de bancos y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Winston Spadafora f. Panamá, veintidós (22) de diciembre de dos mil cinco (2005).

Fallo: Estudiadas las piezas procesales que integran el proceso contencioso y el expediente administrativo instruido por la Superintendencia de Bancos, concluimos que los actos impugnados se ajustan a derecho, por lo que se desestiman los cargos de violación contra los artículos 34, 52 y 75 de la Ley 38 de 2000; 1 del Decreto de Gabinete Nº 26 de 7 de febrero de 1990; 17 (numerales 1 y 2) y 137 del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA QUE NO SON ILEGALES las Resoluciones Nº S.B. Nº 46-2001 de 18 de julio de 2001; S.B. Nº 54-2001 de 22 de agosto de 2001 ni la Resolución Nº J.D. Nº 10-2002 de 20 de enero de 2002, dictadas respectivamente por el Superintendente de Bancos Delegado y la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos.

7. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma forense Morgán & Morgán, en representación de Budget Rent a Car de Panamá, S. A., Para que se declare nula la resolución no. 1023 de 19 de septiembre de 2002, expedida por la superintendencia de seguros y reaseguros y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Winston Spadafora f. -Panamá, jueves 30 de octubre de dos mil ocho (2008)

Fallo: Por lo antes expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es ilegal, la Resolución Nº 1195 de 25 de octubre de 2002, dictada por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, y niega el resto de las pretensiones.

8. Demanda contencioso administrativa de indemnización interpuesta por la firma forense herrera tristan y asociados en representación de Medipan, S.A., Para que se declare nula por ilegal la resolución nº 166-03 del 3 de junio de 2003, dictada por la comisión nacional de valores, el acto confirmatorio y para que se agan otras declaraciones. Ponente: Victor Leonel Benavides Pinilla -Panamá, veintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007).

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, declara que es nulo, por ilegal, el artículo cuarto de la resolución CNV no. 244-01 de 28 de junio de 2001, y por ende, el Señor Carlos de la Guardia Romero no está obligado al pago de multa por doscientos mil balboas impuesta por la Comisión Nacional de Valores en la referida resolución administrativa.

9. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el Lcdo. Luis Angel Arrocha Romero, en representación de la autoridad del Canal de Panamá, para que se declare nula, por ilegal, la resolución nº JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, dictada por el ente regulador de los servicios públicos y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, veintiocho (28) de octubre de dos mil cuatro (2004).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL el Acuerdo No.20, de 15 de enero de 2004, expedido por la Junta de Relaciones Laborales de la ACP, dentro de la demanda contencioso administrativa de nulidad incoada por la Lcda. Danabel Rodríguez de Recarey, en representación de la Autoridad del Canal de Panamá.

10. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por la firma Infante & Pérez Almillano, en representación de HSBC Bank USA, para que se declare nula, por ilegal, la resolución N CS-C.A.C. 037-05 de 8 de julio de 2005, dictada por el comisionado sustanciador de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Victor Leonel Benavides Pinilla - Panamá, dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Por consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal, el acto administrativo contenido en la Resolución D. G. Nº 591 de 20 de septiembre de 2000, expedida por la Dirección General de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

11. Demanda contencioso administrativa, interpuesta por la licenciada Alma Cortés en representación de Motonave Dorion, S.A., para que se condene a la Autoridad Marítima de Panamá y a la nación al pago de una indemnización de b/.636,670.00, Más los intereses y gastos generados por los daños y perjuicios causados por la deficiente prestación de sus servicios públicos.

En consecuencia, la Sala Tercera, Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. 529-2004 de 27 de diciembre de 2004, emitida por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, su acto confirmatorio y niega las demás pretensiones contenidas en la demanda.

12. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Arias, Fábrega y Fábrega, en representación de Bahía las Minas Corp., para que se declare nula, por ilegal, la resolución no. JD-2549 del 18 de diciembre de 2000, dictada por el ente regulador de los servicios públicos, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Hipólito Gill Suazo. -Panamá, dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Por lo que antecede, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que es ilegal la Resolución No. JD-6027 de 20 de abril de 2006, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ahora Autoridad Nacional de los Servicios Públicos), modificada por la resolución AN NO. 096-Telco de 23 de junio de 2006 de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y por consiguiente le ordena a esta entidad respetar los términos y condiciones del contrato de interconexión suscrito entre Cable & Wireless Panamá, S.A. y Skycom Communications, S.A.

– La Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM)

Esta entidad fue creada y regulada por Ley N° 41 de 1 de julio de 1998 y la misma regula los temas del medio ambiente y el impacto ambiental.

Nuestro país se ha visto inmerso en un desarrollo inmobiliario, mismo que ha tenido un auge extremo en los últimos años, lo que paralelamente ha motivado para nuestra legislación regule todo lo relacionado don el tema del Estudio de Impacto Ambiental (EIA). A este respecto, se reunieron en Panamá, el 6 y 7 de abril de 2006, delegados de la Comisión Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental (CTEIA) de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), con la participación de la Coordinación de la IMDS y de la Presidencia Protémpore del Plan Puebla Panamá.

La reunión tuvo como objetivo revisar el documento “Propuesta del Código de Conducta Ambiental Voluntario para Centroamérica, en el marco del Plan Puebla Panamá” en donde se aprobó el “Acuerdo Voluntario para una Conducta Ambiental Sostenible” en iniciativas regionales de desarrollo en el marco del Plan Puebla Panamá. El mismo establece principios,

criterios orientadores y guías de conducta para la formulación, ejecución y seguimiento de planes, programas y proyectos del Plan Puebla Panamá (PPP), sirviendo de instrumento de referencia a los Estados para la armonización de sus marcos jurídicos nacionales.

13. Demanda contencioso-administrativa de nulidad interpuesta por la firma forense Morgan & Morgan en representación de AES Panama, S.A. para que se declare nula, por ilegal la resolución AG-0299-2002 de 28 de junio de 2002, dictada por la administración nacional del ambiente. Ponente: Adan Arnulfo Arjona L. Panamá, cinco (5) de mayo de dos mil seis (2006).

Fallo: En mérito de lo expuesto, los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declaran que no es ilegal la Resolución AG-0299-2002 de 28 de junio de 2002 dictada por la Administración Nacional del Ambiente (ANAM) y niega las demás pretensiones de la demandante, AES PANAMA, S.A.

14. Demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el Licenciado José H. Santos Aguilera, en su propio nombre y representación , para que se declare nula, por ilegal, la resolución DINEORA IA-008-05 de 3 de marzo de 2005, dictada por la autoridad nacional del ambiente, que aprueba el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa Inmobiliaria P&P, S.A., Para la ejecución del proyecto urbanización los senderos de camino de cruces. Ponente: Víctor l. Benavides p. Panamá, doce (12) de septiembre de dos mil ocho (2008).

En mérito de todo lo expuesto, la Sala llega a la conclusión de que el acto administrativo impugnado no transgrede las disposiciones invocadas como violadas por la demandante. De consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución DINEORA IA-008-05 de 3 de marzo de 2005, expedida por la Autoridad Nacional del Ambiente.

15. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma Tapia, Linares y Alfaro, en representación de Coca Cola de Panamá Compañía Embotelladora, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la resolución no. AG-0174-2003 de 7 de mayo de 2003, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente, el acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Víctor L. Benavides p. Panamá, veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006).

Fallo: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. AG-0174-2003 de 7 de mayo de 2003, expedida por la Autoridad Nacional del Ambiente; y se niegan las demás pretensiones.

– La Comisión Nacional de Valores (C.N.V.) fue creada por el Decreto Ley N° 1 de 8 de julio de 1999 y la misma regula el mercado de Valores en nuestro país.....tiene legislación que trata sobre los derechos, obligaciones y sanciones a las personas y empresas que regulan los Valores.

16. Demanda contencioso administrativa de indemnización interpuesta por la firma forense herrera tristan y asociados en representación de Medipan, S.A., para que se declare nula por ilegal la resolución nº 166-03 del 3 de junio de 2003, dictada por la Comisión Nacional de Valores, el acto confirmatorio y para que se agan otras declaraciones. Ponente: Victor Leonel Benavides Pinilla -Panamá, veintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007).

Fallo: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. AG-0174-2003 de 7 de mayo de 2003, expedida por la Autoridad Nacional del Ambiente; y se niegan las demás pretensiones.

17. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdiccion interpuesta por el Licenciado Carlos carrillo en representacion de Carlos Alfredo de la Guardia Romero, para que se declare nula, por ilegal, la resolucion no. CNV no. 224-01 De 28 de junio de 2001, dictada por la Comisión Nacional de Valores, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Winston Spadafora f. Panamá, veintiocho (28) de octubre de dos mil cuatro (2004)

Fallo: En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que es nulo, por ilegal, el Artículo Cuarto de la Resolución CNV No. 244-01 de 28 de junio de 2001, y por ende, el señor Carlos de La Guardia Romero no está obligado al pago de multa por doscientos mil balboas impuesta por la Comisión Nacional de Valores en la referida resolución administrativa.

La Autoridad Marítima de Panamá (AMP), es un entidad autónoma del Estado panameño, que fue creada mediante el Decreto Ley No. 7 de 10 de febrero de 1998, que unificó las competencias marítimas que hasta esa fecha poseían la Autoridad Portuaria Nacional, la Dirección General Consular

y de Naves, del Ministerio de Hacienda y Tesoro; la Dirección General de Recursos Marinos, del Ministerio de Comercio e Industrias, y la Escuela Náutica de Panamá, del Ministerio de Educación.

Es la encargada de regular el mundo marítimo nacional y en ello están involucradas muchas empresas nacionales e internacionales. Funge como la autoridad marítima suprema de la República de Panamá para ejercer los derechos y dar cumplimiento a las responsabilidades del Estado panameño dentro del marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982 y demás leyes y reglamentos vigentes.

En atención a ello, administra, promueve, regula, proyecta y ejecuta las estrategias, normas, planes y programas que están relacionados con el funcionamiento y desarrollo del Sector Marítimo.

Además, promueve, coordina y ejecuta la Estrategia Marítima Nacional, administra el registro de buques de Panamá y salvaguarda los intereses nacionales en los espacios marítimos y aguas interiores.

La AMP dicta actos administrativos, que establecen derechos y obligaciones para a las empresas involucradas en el quehacer marítimo y, por ende, estos actos se constituyen en fuente de derecho.

18. Demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el Licenciado Ernesto Cedeño, en representación de la Contraloria General de la Republica para que se declare nulo por ilegal el contrato nº 2-033-97 del 14 de octubre de 1997, celebrado entre la Autoridad Portuaria Nacional, hoy Autoridad Maritíma de Panamá y Ocean Pollution control, S.A. y la addenda nº 1 del 26 de abril de 1999. Ponente: Victor L. Benavides. -Panamá, veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal el Contrato Nº 2-033-97 de 14 de octubre de 1997, celebrado entre la Autoridad Portuaria Nacional y Ocean Pollution Control S.A, y declara que no es ilegal la addenda Nº1 de 26 de abril de 1999 suscrita por la Autoridad Marítima de Panamá y Ocean Pollution Control S.A.

19. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Licenciado Carlos R. Ayala M., en representación de José Almanza Peralta, para que se declare nula por ilegal la resolución nº 529-2004 del 27 de diciembre de 2004, emitida por el administrador de la Autoridad

Marítima de Panamá, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Victor L. Benavides p. -Panamá, veinticuatro (24) de abril de dos mil siete (2007).

En consecuencia, la Sala Tercera, Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución No. 529-2004 de 27 de diciembre de 2004, emitida por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, su acto confirmatorio y niega las demás pretensiones contenidas en la demanda.

– La Ley del SIACAP

El Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos fue creado mediante Ley en 1997.Su principal objetivo es otorgar beneficios adicionales a las pensiones, incapacidad permanente absoluta por riesgo profesional y de vejez que se concedan al servidor público de acuerdo a la Ley Orgánica de la Caja del seguro Social. El SIACAP ha dictado Resoluciones que regulan a la Entidad Registradora Pagadora y a las Entidades de Inversiones, en las cuales se detallan los derechos, deberes y responsabilidades de esas entidades, así como los derechos de los afiliados. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral ha dictado fallos sobre acciones administrativas de este organismo regulador.

– La Autoridad del Canal de Panamá (ACP) está regulada por el Título XIV de la Constitución Política de la República de Panamá, (art. 315-323) Igualmente tiene una Ley especial sobre la materia que regula el funcionamiento del Canal.

La ACP es la empresa que opera, mantiene y mejora el Canal de Panamá para ser la ruta preferida de sus clientes. Administra privativamente el patrimonio del Canal de manera rentable, eficiente y competitiva, con excelencia, calidad y transparencia, garantizando el tránsito interoceánico expedito, confiable, seguro e ininterrumpido. Invierte en capacidad y tecnología; y crece para fortalecer la posición competitiva de la empresa y así, asegurar su viabilidad futura. Administra y conserva el recurso hídrico del Canal y participa activamente en la protección del medio ambiente y en el desarrollo sostenible de la cuenca hidrográfica panameña.

20. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el Lcdo. Luis Angel Arrocha Romero, en representación de la Autoridad del Canal de Panamá, para que se declare nula, por ilegal, la resolución nº JD-3062 de 13 de noviembre de 2001, dictada por el ente regulador de los

servicios públicos y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, veintiocho (28) de octubre de dos mil cuatro (2004).

Fallo: En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa), administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, declara que es ilegal, la Resolución Nº JD.3062 de 13 de noviembre de 2001, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos. Declara que es ilegal la Resolución Nº JD-3003 de 16 de octubre de 2001, por la cual el Ente Regulador de los Servicios Públicos estableció que el Documento de Transacciones Económicas del mes de abril de 2001, relativo a la Autoridad del Canal de Panamá, emitido por el Centro Nacional de Despacho (CND), era correcto y obligatorio; y además negó las reclamaciones interpuestas por la ACP contra dicho documento. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordena a la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA) que instruya al CND para que acepte las ofertas de compensación diaria de potencia y los servicios auxiliares correspondientes que hizo la ACP al Mercado Ocasional en el mes de abril de 2001 y devuelva la suma cobrada en concepto de CUSPT por el período del 8 al 11 de abril de 2001, y, se ordena al CND y a ETESA pagar las sumas de dinero que dejó la ACP de percibir por causa de la decisión tomada por el CND desde el 16 de febrero de 2001, hasta el cumplimiento de esta orden más los intereses que correspondan.

21. El Lcdo. Gabriel Martínez, actuando en su propio nombre y representación, ha presentado demanda contencioso administrativa de nulidad, con el objeto de que se declare que es nulo por ilegal, el artículo 120 del acuerdo no. 24 De 4 de octubre de 1999, proferido por la Junta Directiva del Canal de Panamá. Magistrado ponente: Arturo Hoyos. Panamá, diecinueve (19) de diciembre de dos mil uno (2001).

Fallo : En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal el artículo 120 del Acuerdo No. 24 de 4 de octubre de 1999, proferido por la Junta Directiva del Canal de Panamá.

22. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el Lcdo. Alvaro Cabal D. , para que se declare que es nula por ilegal la resolución nº JD-2824 de 1º de junio de 2001, dictada por el ente regulador de los servicios públicos y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: Victor L. Benavides p. Panamá, dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Fallo: En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal la Resolución N° 2824 de 19 de junio de 2001, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos. Declara, en cuanto a la última parte del artículo cuarto de la Resolución N°2824 de 19 de junio de 2001, que ha operado el fenómeno jurídico de sustracción de materia.

23. Demanda contencioso administrativo de nulidad, interpuesta por la Licenciada Danabel Rodríguez de Recarey, en representación de la autoridad del canal de panamá, para que se declare nulo por ilegal, el acuerdo no.20 de 15 de enero de 2004, expedido por la junta de relaciones laborales de la Autoridad del Canal de Panamá. Ponente Winston Spadafora Franco. -Panamá, quince (15) de noviembre de dos mil seis (2006).

Fallo: En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es ilegal el Acuerdo No.20, de 15 de enero de 2004, expedido por la Junta de Relaciones Laborales de la ACP, dentro de la demanda contencioso administrativa de nulidad incoada por la Lcda. Danabel Rodríguez de Recarey, en representación de la Autoridad del Canal de Panamá.

A manera de conclusión, podemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes organismos reguladores que emiten actos administrativos que de una u otra manera inciden, individual y/o colectivamente, en la vida de dichos ciudadanos, lo que hace necesario que dichos organismos reguladores ajusten sus decisiones conforme a derecho, en fiel apego a la Constitución y a la Ley. Igualmente, se hace imperativo que la ciudadanía conozca la manera de hacer efectivo sus justas reclamaciones.

Bibliografía

ARAÚZ SÁNCHEZ, H.: *Nuevo Procedimiento Administrativo General Panameño*, Segunda Edición, Universal Books, Panamá, 2001

BENVENUTI, F.: Apunti di Diritto Amministrativo, Primera edición, Padova, 1957

BENVENUTI, F.: Temas de Derecho Procesal, Universal Books, Volumen 1, Panamá, 2007.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES desde 1999, Compilación de Artículos sobre Regulación y el Funcionamiento del Mercado de Valores en Panamá. Panamá, 2008

DIEZ, M. M.: *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1956.
GARRIDO, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Tecnos, 1994.
RODRÍGUEZ, G. H.: *Derecho Administrativo. Teoría General, Tomo II*, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, Colombia, 1982.
STASSINOPOULOS, M.: *Traité des Actes Administratifs*, Collección de L'Institut Français D'Athènes, 1954.
SAYAGUES LASSO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Octava Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Edición Revisada y Actualizada con las Reformas del año 2004. Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, 2005.
MEMORIA DEL IV Y V CONGRESO PANAMEÑO DE DERECHO PROCESAL. 2007 y 2008.
FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU CONFIGURACIÓN ESENCIAL COMO FUENTE DEL DERECHO

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

I. Inicio de un especial impulso del Derecho Administrativo en Panamá

La sesión solemne de este VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, relativo al acto administrativo como fuente del Derecho, y de las Jornadas que se vienen efectuando paralelamente desde la reunión de 2007 en la Universidad Externado y de 2008 en la Universidad de Valladolid, que hoy tratan del contencioso administrativo y la regulación, es realmente significativa.

En primer lugar, porque se cumple un anhelo acariciado desde la constitución del Foro en el año 2002, en Santa Cruz de La Sierra, con ocasión de un cónclave convocado por el Instituto Nacional de Administración Pública de España (INAP), al que fui invitado junto con la entonces Procuradora de la Administración, Alma Montenegro de Fletcher, por el gran concertador del Foro, JULIO RODOLFO COMADIRA (q.e.p.d.).

Ese sueño fue comunicado posteriormente al actual Presidente, doctor JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, además al Magistrado VÍCTOR BENAVIDES PINILLA, quien asistió el año pasado animado por conocer aquella impresión grata que percibí en cada una de las sesiones del Foro en las que he tenido el honor de participar como miembro.

En segundo lugar, la significación es mucho mayor cuando hoy vemos que el VIII Foro Iberoamericano sesiona en Panamá, haciéndose realidad esa gran aspiración, gracias al patrocinio institucional de la Corte Suprema de Justicia, con el decidido interés de su Magistrado Presidente, HARLEY JAMES MITCHELL DALE, y la gestión del Magistrado de la Sala Tercera VÍCTOR BENAVIDES PINILLA, además de la aprobación del pleno de la Asociación en tener a Panamá como sede de este Foro 2009.

Hoy avizoro que se hace una apuesta inicial para que nuestras Universidades, y principalmente las escuelas y facultades de Derecho, hagan más énfasis en sus planes de estudio en el Derecho Administrativo, que es una ciencia en constante transformación y ajuste a la realidad.

La necesidad impulsada por el estado de cosas hace imprescindible esta acentuación en el Derecho Administrativo, por su seguimiento y estudio metodológico, para que más que de una *gerencia pública*, estemos siempre conscientes del papel que juegan los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, descentralización, desconcentración, participación ciudadana, coordinación administrativa, ética en el espacio público, entre otros determinantes, en las organizaciones o instituciones públicas; pero sobre todo para que calen en la mente y actuar de sus conductores, los operarios, los servidores públicos de todos los niveles y jerarquías.

La consigna: cumplir con los objetivos preconizados por el Estado constitucional y social de derecho, distante de una simple formulación retórica, sino por el contrario, que la Administración Pública, esté más cerca del particular, asistiéndolo, orientándolo, en respeto de sus derechos humanos; estimulando a la empresa privada, exigiéndoles a cada actor social el cumplimiento de sus obligaciones; pero también siendo respetuosa de los derechos y garantías que corresponden a unos y otros.

II. Estado social de derecho ligado al respeto de la legalidad– Contrapartida: la responsabilidad

Este tipo de Administración en esencia *responsable* y *líder* en el entramado social, tiene unas formas de proceder, de relacionarse para exteriorizar los cometidos institucionales asignados por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos, en procura del orden y el equilibrio social.

No obstante, dicha proyección hacia lo interno de la organización administrativa y sobre todo irradiada hacia los asociados no se manifiesta, porque está proscrito hacerlo, al margen de unos límites prefijados y unos objetivos que por regla están encuadrados dentro del concepto de interés público o general, precedido y sustentado por la juridicidad o legalidad administrativa, que encuentra su fuente en la Constitución[1].

El artículo 17 de la Ley Suprema prevé que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales

[1] Para J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, la "legitimación de la Administración pública... ha de basarse en los resultados, en la capacidad de la acción pública para satisfacer las nuevas demandas sociales, lo cual implica inevitablemente dar prioridad a la producción y entrega de bienes y servicios a los ciudadanos considerados como destinatarios, siempre desde el contexto del principio de legalidad y sabiendo que la función de la administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad los intereses generales. Perder de vista esta dimensión de servicio a la ciudadanía supone una clara quiebra del sentido y significación de la Administración pública". *El marco constitucional de los entes territoriales en España*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pág. 122.

dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley...".

El constituyente asimismo ha visto como bueno recalcar este principio de legalidad en el "gobierno local" obligando a las autoridades municipales a "cumplir y hacer cumplir la Constitución y Leyes de la República, los decretos y órdenes del Ejecutivo y las resoluciones de los tribunales de la justicia ordinaria y administrativa"[2].

Este referente constitucional sobre el principio de legalidad es importante dentro del esquema democrático de igualdad ante la Ley, así como por las consecuencias de la omisión o transgresión de dichos postulados normativos; concretamente, la *responsabilidad* que cabe exigir a funcionarios y también a los particulares por violación de la Constitución y la Ley.

En este punto la Carta Magna es igualmente expresa de acaecer este último supuesto, al disponer que "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas"[3].

Como se aprecia, la norma fundamental marca o configura previamente la acción u omisión de los individuos en sociedad, otorgándole un efecto jurídico; pero de modo alguno podemos entenderla limitada a las personas físicas; sino que su alcance abarca incluso a las personas morales ya sean privadas o públicas.

Esta responsabilidad es el punto de mayor interés si desde la perspectiva de las consecuencias del actuar administrativo los entes y funcionarios públicos omiten, retardan o violan extralimitándose en el ejercicio de la función desplegada o *pretextando ejercerla*[4], una actividad de prestación frente a terceros, sus deberes previstos en la Constitución, las leyes y particularmente en los reglamentos o normas materiales de contenido normativo, dictados para el debido cumplimiento de las anteriores.

La competencia para deslindar esa responsabilidad que cabe exigir a la Administración y sus funcionarios, además de otros importantes temas ligados, fueron objeto de interesantes reflexiones, en las VIII Jornadas

[2] Art. 234 de la Constitución vigente.
[3] Cf. Art. 18 de la Constitución de 1972 reformada.
[4] Como así lo describe el artículo 206, numeral 2, de la Constitución vigente, y 97, primer párrafo, del Código Judicial, al establecer la competencia y enunciar los asuntos de que conoce la jurisdicción contencioso administrativa.

de Derecho Administrativo y Constitucional, que suelen celebrarse en la Universidad Externado de Colombia, y que se llevaron a cabo en el año 2007 simultáneamente con el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. De dichas jornadas resultaron varias conclusiones y un documento valioso en el tema de la Responsabilidad del Estado en muchos de nuestros países latinos y de Iberoamérica en general. Ese valor agregado es realmente digno que se resalte.

Si entendemos que la vigencia de una Ley no determina necesariamente su cumplimiento o eficacia, es así como puede comprenderse aún más el papel del Reglamento para que la norma de carácter general votada por el Parlamento, Congreso o Asamblea Nacional, sea completada para su cumplida ejecución, a través de dicho instrumento normativo de menor jerarquía; pero con idéntica fuerza obligante para quienes están ubicados en el radio de acción de sus efectos jurídicos. Sobre esto precisamente trata medularmente este escrito, describiendo de qué forma, con qué características y bajo qué condiciones o límites el acto administrativo de carácter general tiene fuerza de Ley o con otros términos, si es fuente de Derecho.

Esa complementariedad entre Ley y acto administrativo de alcance general (Reglamento) que hace viable la primera en la práctica, siempre que ello sea necesario, denota compartición de tareas para el fin público entre el legislador y el ejecutivo; un loable y coordinado ejercicio del poder público, en que los órganos del Estado actúan en armónica colaboración para hacer patente el principio constitucional y los fines exigentes de la sociedad como un todo sistémico.

III. Noción de acto administrativo según la doctrina

Como ha señalado LIBARDO RODRÍGUEZ al igual que otros destacados profesores, "...los actos unilaterales son considerados como los actos típicos de la administración y del derecho administrativo. Es así como existe un régimen jurídico para los actos unilaterales y una reglamentación especial para los contratos de la administración"[5].

COMADIRA, sin perjuicio de la discusión que al respecto pueda darse en Argentina, sostiene que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ha acogido la noción amplia de acto administrativo, y no obstante el régimen jurídico que cada especie pueda asumir, incluye no sólo los "actos unilaterales individuales" sino los "unilaterales generales" y los "bilaterales"[6].

[5] RODRÍGUEZ, L.: *Derecho Administrativo (General y Colombiano*), Editorial Temis, S.A., Decimoquinta edición, Bogotá, 2007, pág. 280.

[6] Cf. COMADIRA, J. R.: *La anulación de oficio del acto administrativo (La denominada cosa juzgada administrativa)*, Segunda edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pág. 248.

Este mismo autor, también dentro del marco dogmático de la LPA, afirma que "es posible concebir el acto administrativo como una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros"[7].

Para FLORES DAPKEVICIUS, por acto administrativo se entiende "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Implica un proceso intelectual, una expresión de voluntad del emisor... La idea debe provenir de la Administración. Esto es toda autoridad estatal actuando en ejercicio de función administrativa. Es decir, los actos administrativos nacen del ejercicio del poder etático en su función administrativa"[8].

Esta especial forma de presentarse la Administración frente a los particulares prestando servicios públicos, adquiriendo bienes, construyendo obras, concediendo autorizaciones para el uso del dominio público o simplemente imponiendo multas por la infracción de normas legales o reglamentarias con posibilidad incluso de hacerlas efectivas por sí y ante sí por la autotutela administrativa, fundamentalmente en los países de tradición francesa o que han recibido su influencia como Panamá, es un fenómeno complejo, digno de estudio, y hace relación directa con una categoría de acto administrativo de gran relevancia para cumplir los cometidos de la función administrativa del Estado, sujeta al principio de legalidad, esto es, a través de la actividad reglamentaria.

Es precisamente en tal categoría en la que se centra este documento, sobre la base del Derecho Administrativo panameño. No abordo con detenimiento, salvo para hacer alguna aclaración o comentario pertinente, los actos administrativos individuales ni los bilaterales.

El acto de carácter general opera con más facilidad, allí donde la Ley, la técnica, la especialidad o las exigencias del rubro a regular, requiere hacer énfasis en los detalles o en la naturaleza propia de la parcela de la realidad que exige una forma propia con un instrumento de buen acoplamiento y potencia legal, siempre y cuando así lo permita la Ley objeto de reglamentación, o no se infrinja la cláusula constitucional de reserva legal.

Por otro lado, el Reglamento por antonomasia presenta menos dificultades para su creación y aprobación, ya que no está sometido al procedimiento

[7] COMADIRA, J. R.: *Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios)*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 25.

[8] FLORES DAPKEVICIUS, R.: *Manual de Derecho Público (Derecho Administrativo)*, T. II, Editorial IB de F, Argentina, 2007, págs. 135-136.

parlamentario, por demás lento y sujeto a diversos vaivenes políticos, provenientes de las distintas fracciones político-partidistas que por regla conforman las Asambleas o Congresos.

IV. Noción de acto administrativo según la Ley positiva

Antes de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general, no existía en Panamá un concepto de acto administrativo definido legalmente. El artículo 201, numeral 1, del Glosario, contiene una definición bastante completa de lo que en nuestro derecho positivo se entiende como tal:

> Artículo 201...
> 1. *Acto administrativo*. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

Sabemos que desde los tiempos románicos se previno sobre el peligro de definir en el Derecho, tal vez por esa posibilidad de que sea excesiva la concepción o por el contrario restrictiva, dejando por fuera algunos de los aspectos que el lector o intérprete considere de importancia. Sin embargo, hoy en día los requisitos técnicos y el contenido o materia reglamentable exige especificar en múltiples casos tanto al dictar la Ley como al aprobar el reglamento expedido para su ejecución. La acepción de la Ley 38 de 2000, permite en nuestro Derecho Administrativo percibir algunos elementos destacables:

1. El acto administrativo emana de la Administración Pública, en su sentido lato, que comprende a todas las entidades del Estado independientemente de la rama u órgano del poder público a la que estén adscritos o de la cual dependan; con tal que sean emitidos durante el ejercicio de una función administrativa.

2. Incluye las *declaraciones unilaterales de voluntad* de la Administración y sus funcionarios, al igual que los *acuerdos de voluntades* (contratos), ya sea entre un particular y la Administración o entre dependencias de ésta.

3. El acto generado tiene como propósitos crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

En aras de especificar un poco lo descrito, un acto de contenido individual o de efectos particularizados emitido por un ente público cuya principal función no sea la actividad administrativa, podría ser la resolución mediante la cual la Junta Directiva de la Asamblea Nacional concede la medalla al mérito "Justo Arosemena"[9]. La conformación de una comisión parlamentaria para que investigue ciertos hechos de notoriedad en el manejo de las finanzas públicas, que luego rinda un informe para el conocimiento del público[10]. El nombramiento o remoción de personal por el Presidente de la Asamblea, la celebración de un contrato público, entre otras acciones que denotan netas actividades de naturaleza administrativa, por una institución pública, que no tiene como centro de su competencia ejercer funciones administrativas, sino dictar la Leyes generales y por regla irretroactivas, que requiere la ordenación de la sociedad nacional.

Lo propio puede hacer el Órgano Judicial, a sabiendas que la forma típica de manifestarse dicho organismo, encargado primordialmente de resolver litigios por la vía del proceso judicial entre particulares, o entre éstos y el Estado, es la sentencia por medio de la cual dice o declara lo que es derecho entre las partes y que hace tránsito, por regla, a la cosa juzgada.

Coincido en que "la existencia de un régimen jurídico relativamente especial para los actos y los contratos administrativos no invalida que éstos pertenezcan al género acto administrativo. Es decir que existe el género acto administrativo y las especies acto administrativo, en sentido estricto, y contratos administrativos"[11].

Por ello los ejemplos de actos la mayoría de contenido individual mencionados al azar, expedidos por entes cuya función principal no es la administrativa, desencadena una conclusión importante basada en la buena marcha de todo el aparato público, que también juega el papel de elemento condicionante del actuar administrativo. Es por esa esencialidad en los fines y funciones que autores como BREWER-CARÍAS afirmen que "el ejercicio de las funciones estatales no es exclusivo y excluyente de los diversos órganos estatales. De

[9] Cf. Condecoración que ha de ser aprobada por el Pleno del Parlamento. Ver Arts. 225, 226 y concordantes del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, de 31 de marzo de 1998 (GO No. 23,539, de 11 de mayo de 1998). La reforma constitucional del 2004 retomó la denominación original del Parlamento como "Asamblea Nacional".

[10] Cf. Art. 161, numeral 6, de la Constitución vigente. Este artículo contiene las funciones administrativas de la Asamblea Nacional y curiosamente establece que en ejercicio de este tipo de función puede aprobar, reformar o derogar el *decreto de estado de urgencia y la suspensión de las garantías constitucionales* (No. 11). A mi juicio, debe ser mediante una Ley que la Asamblea ejerza su facultad constitucional porque es por medio de un *Decreto de Gabinete* que el Órgano Ejecutivo puede suspender ciertos derechos y garantías fundamentales, toda vez que dicho decreto de gabinete tiene el valor de una Ley.

[11] FLORES DAPKEVICIUS: Op. Cit., pág. 136.

allí la afirmación de que la función administrativa también tiene carácter interorgánico en el sentido de que no sólo la ejercen los órganos del poder ejecutivo, sino todos los órganos estatales"[12].

Los entes públicos por el solo hecho de tener la obligación de prestar servicios y que esos servicios yacen limitados por la legalidad como condición esencialísima, están habilitados para regular su ámbito de competencia, y en esa actividad de prestación *celebran* contratos con los particulares o con otros entes públicos para la apetecida buena marcha. Con una función de tanta exigencia es hasta imperioso dictar reglamentos como una emanación de la voluntad unilateral de la Administración, para cumplir de mejor manera su tarea; no obstante, esta temática adquiere para mí una configuración especial al referirnos al regulador sectorial.

Cabe recordar que el según el Código Administrativo que data de 1917, "Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan decretos; los de carácter especial, resoluciones"[13]. Esta norma no previene una definición de acto administrativo; pero es trascendente porque sí los identifica o clasifica de conformidad con su carácter y efectos frente a terceros. La clasificación en ciernes tampoco es del todo exacta toda vez que con regularidad la Administración emite actos de contendido individual no mediante "Resoluciones" sino a través de "Decretos", y también se aprecia que materia de contenido normativo es incluida en meras "Resoluciones".

La Ley de procedimiento administrativo, al regular el trámite que debe seguirse en vía administrativa para cumplir la función administrativa del Estado dirigida a la satisfacción inmediata del "bien común" establece también el concepto de "Resolución", concibiendo esta clase de acto administrativo como aquel "...debidamente motivado y fundamentado en derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia decide un incidente o recurso en la vía gubernativa".

Este concepto de resolución administrativa es importante porque establece los requisitos de forma que debe reunir ese acto administrativo. Especie de acto el cual ha de ser identificado con un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite y un considerando explicativo de los criterios que la justifican. La parte resolutiva o dispositiva debe contener la decisión, así como los recursos que proceden en su contra, fundamento de derecho y firma de los funcionarios responsables.

---

[12] BREWER-CARÍAS, A.: *Estudios de Derecho Administrativo (2005-2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pág. 68.
[13] Cf. Artículo 550.

No obstante, a la par que existe en nuestra práctica administrativa resoluciones de carácter y con efectos individuales, expedidas por la Administración central y descentralizada en general por funciones y territorialmente, los entes reguladores que gozan también de autonomía dictan por medio de sus administradores o directores verdaderos actos reglamentarios de efecto "erga omnes"; pese a revestir la forma o nomenclatura de una Resolución de Junta Directiva, Dirección General o Administrador de que se trate. Por ello no es infrecuente que típicos actos de reglamentación acojan la forma de una Resolución en vez de un Decreto Ejecutivo.

Esta práctica común y proliferada encuentra asidero en las leyes orgánicas que le sirven de paraguas, que no en pocas ocasiones habilitan solapadamente a la entidad descentralizada a "*reglamentar*" el respectivo servicio y con ello, de paso, su respectiva Ley orgánica o especial complementaria.

El pragmatismo de esta forma de actuar a la par que coloca en entredicho el principio de legalidad (específicamente el factor de la competencia dispuesta preferentemente desde la Carta Fundamental)[14], exige la urgente habilitación constitucional a los entes reguladores ya que la Constitución no prevé esta atribución como de su resorte; por el contrario, las tareas de dirección, inspección, conservación de los servicios y del orden público están asignadas al Órgano Ejecutivo, por no decir al Presidente de la República[15].

Este tema es tratado mejor en el régimen local, ya que según el Código Administrativo, cada Consejo Municipal "puede arreglar los detalles de la Administración sin contravenir a las disposiciones de las leyes"[16]. Previsión que es básica y atiende al principio de jerarquía normativa, conforme al que la Ley tiene mayor valor que un "acuerdo municipal", que es por regla un acto administrativo normativo de alcance local.

[14] Competencia que en lo que respecta a los entes reguladores no está habilitada por el solo hecho que la Asamblea Nacional, a propuesta del Órgano Ejecutivo, pueda determinar la estructura de la administración nacional, mediante la creación de Ministerios, Entidades Autónomas, Semiautónomas, Empresas estatales y demás establecimientos públicos y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la Administración, con el fin de asegurar la eficiencia de las funciones administrativas (Art. 159, numeral 12, de la Constitución), porque esta norma trata de la iniciativa fundacional para crear nuevas instituciones de diversa índole y función dentro del aparato público; pero no de la específica potestad reglamentaria, que por su magnitud y efectos frente a terceros tampoco es inferible del denominado criterio de lo razonablemente implícito, como elemento habilitante para ejercerla.

[15] Cf. Arts. 183, numeral 2; 184, numerales 8, 10 y 14, de la Constitución vigente.

[16] Cf. Artículo 669 del Código Administrativo aprobado mediante Ley 1 de 1916.

V. Posibles causas generadoras de la aparente distinción entre regular (el servicio) y reglamentar (la ley que lo requiera)

Se ha pregonado por algunos la sutil diferenciación que se quiere dar al hecho de ejercer la potestad para *reglamentar* la Ley, que en principio ello está asignado como competencia del Presidente de la República en conjunto con el ministro del ramo, y la atribución para *regular* el servicio público de prestación o alcance general (espectro radioeléctrico, telecomunicaciones, recursos marinos o acuáticos, forestales, minas, zonas portuarias, entre otros sectores neurálgicos).

Esto merece una especial atención por cuanto en el fondo pudiera estar legitimándose la acción reguladora afectando derechos individuales o incluso auspiciando el crecimiento descomedido de las tarifas dentro de un mercado libre que presta servicios en actividades de contenido económico dirigidas por concesionarios privados.

Lo anterior atañe a que también se presenta la práctica de que los concesionarios emiten casi unilateralmente regulaciones al servicio, "revisadas por la entidad reguladora", mediante las que elevan los precios de los productos y rubros en general, encareciendo la vida no sólo de los sectores deprimidos sino la de los estratos sociales medios.

El fenómeno globalizador que como a Panamá impactó fuertemente a otros países del área y del mundo en general, no puede avasallar el principio de juridicidad, legitimado desde la Constitución, porque se corre el riesgo de crear máquinas al servicio del mercado, en vez de reguladores sectoriales, esto es, nuevas instituciones sin la conciencia social que el servicio público implica.

En otro giro, se abre la puerta a la posibilidad de desconocer el interés de la colectividad por la razón de mercado y libertad de empresa, al desvirtuarse el papel de los entes reguladores por la ausencia de unos parámetros de acción fijados a partir de la Constitución, que en la realidad ha sido la excusa para no ejercer cabalmente el rol de control y fiscalización, allí donde la Administración central no puede actuar por la complejidad de la materia, que requiere de funcionarios altamente calificados y dispuestos a cumplir y ejercer sus atribuciones bajo el prisma del interés público, que es el de la colectividad.

Con todo, cabe recordar la posición de Ibáñez Nájar en el derecho colombiano, que afirma citando varios textos de la Carta Magna de 1991, que "cuando hay regulación constitucional, habrá materia reglamentable, y en tal virtud la potestad reglamentaria corresponde al legislador para dictar las normas que permitan la cumplida ejecución de las normas constitucionales, lo cual

significa que la potestad reglamentaria no sólo es de carácter administrativo. Lo es cuando ella tenga por objeto la cumplida ejecución de la ley, pero será de naturaleza legislativa cuando tenga por objeto o finalidad la cumplida ejecución de la regulaciones constitucionales"[17].

Parte del cambio de paradigma lo explica el profesor Jaime Vidal Perdomo, con esa sencillez, cuando comenta que "...otro cambio conceptual surge del concepto de regulación. Hasta ahora venía siendo un vocablo del lenguaje común que se usaba como equivalente de intervención y de reglamentación. No obstante, ahora está adquiriendo un significado técnico jurídico sí de intervención pero de una intervención que favorece las leyes del mercado y que busca el criterio de la competencia, dentro del cual juegan las mismas empresas del Estado, como está todos los días ante nuestros ojos en el mundo global de las comunicaciones.

De este modo, la intervención del Estado no es para reforzar los poderes de las entidades sino a favor de la 'libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante',... Esto obedece, naturalmente, a los nuevos conceptos económicos que buscan redimensionar y limitar la acción estatal y favorecer las fuerzas del mercado, y que tienen en este punto un giro conceptual digno de registrarse..., la evolución de los conceptos tiene que ver también con entrecruzamientos del derecho comparado"[18].

Vemos en la práctica cómo otros organismos públicos asumen la potestad reglamentaria de su esfera de competencia ante la exigencia que plantea la organización eficaz del servicio que prestan, con parámetros claros de procedimiento a seguir, que impidan la confusión, la falta de coherencia por inexistencia de instrumentos jurídicos que hagan viable la aplicación de la Ley.

La sutil diferenciación entre ambos términos no debe vaciar de contenido la Constitución en lo que se refiere al respeto de la legalidad, y que una aparente laguna de la Carta desfavorezca la interpretación del interés colectivo y beneficie, como contrapunto, lo mercantil de las actividades sujetas a regulación[19].

[17] IBÁÑEZ NÁJAR, J. E.: "La regulación y la reglamentación en Colombia", en *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado, 2007, pág. 889.

[18] VIDAL PERDOMO, J.: "La evolución del derecho administrativo colombiano durante el siglo XX", en *Derecho administrativo Iberoamericano (100 autores...)*, T. I, Pág. 26.

[19] Considero que no es aplicable a nuestro sistema la solución o interpretación que le ha dado en Colombia el Consejo de Estado a este punto, toda vez que la distinción entre la función de reglamentar la Ley otorgada constitucionalmente al Presidente de la República y la posibilidad de que otras autoridades pueden ejercer lo que se llama "Reglamentación de segundo grado", como nos comenta A. L. OLIVEROS TASCÓN, en cita del Consejo de Estado. Esta colegiatura sustenta

Cont.

VI. El acto administrativo reglamentario como fuente del Derecho

Las sociedades complejas organizadas en forma de Estado han adoptado la Ley como fórmula de expresión de la voluntad general de la población, cuyo legítimo delegatario para cumplir la misión legislativa es la Asamblea o Parlamento.

Esta concepción cambia el paradigma de soberanía del príncipe por la soberanía que tiene su fuente legítima en el pueblo. Como delegatario del poder público la Asamblea o Parlamento representa esa voluntad popular que se manifiesta a través de la Ley; pero que encuentra la fuente legitimadora en la Constitución.

Esa *fuerza de Ley* ha sido traspolada en nuestro Derecho, prácticamente desde inicios de la República por medio del Código Civil, a los actos ejecutivos del "gobierno" que se emitan a raíz de la facultad para reglamentar las leyes. El artículo 15 de dicho Código potencia con la "fuerza de Ley" a los actos administrativos de alcance general. Abordo esta norma legal bajo la salvedad de que ha sido derogada por la nueva Ley de procedimiento administrativo común vigente desde el 2001; pero que importa destacar para comprender mejor cómo el Reglamento en nuestro Derecho ha tenido desde antiguo fuerza obligante de Ley.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido una especie de *valor supralegal* al Título Preliminar del Código Civil. El artículo en mención está ubicado en dicho Título y establece que "los actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza de Ley, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes". Esto supone la capacidad vinculante y obligatoria de los reglamentos que deben cumplir y hacer cumplir las autoridades imponiéndose unilateralmente a los asociados sujetos a obediencia, y da cabida, por lo menos por inferencia o interpretación, a la *presunción de legalidad o legitimidad del acto* de carácter reglamentario o normativo.

---

su posición en que "...además de la reglamentación directa de la Ley, cuya facultad está en cabeza del Presidente de la República como cláusula general de competencia... se den reglamentaciones por parte de otras autoridades, sin perjuicio de la facultad general antes anotada, o en virtud de mecanismos encaminados a agilizar el funcionamiento del Estado, tales como la desconcentración, la delegación y la descentralización..." *Apuntes sobre Derecho Administrativo*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R., LTDA, Colombia, 2005, págs. 123-124. La discrepancia se apoya en una idea central: la Constitución panameña señala expresamente qué otras autoridades distintas al Presidente de la República tienen facultad para reglamentar la Ley. Si otra hubiese sido la voluntad del Constituyente así la hubiera expresado y no inferir por razones prácticas, atendibles por cierto, una especie de cláusula general de reglamentación habilitante para otras entidades públicas distintas al Órgano Ejecutivo.

Por otra parte, puede decirse que los actos del Ejecutivo que no sean emanación de su poder reglamentario o expedidos por funcionarios o dependencias públicas que carecen de la facultad reglamentaria, no poseen este efecto vinculante "erga omnes"; sino que se agotan con su expedición o una vez cumplido el término o cometido para el que fue dictado. Por ejemplo: la licencia o permiso que concede el Presidente para ausentarse del país a ministros en misión oficial, la designación de un Ministro de Estado, el nombramiento de los personeros que deba proveer el Ejecutivo en ciertas Juntas Directivas de entidades autónomas, la concesión de una Resolución o Decreto por duelo, la cancelación de la personería jurídica, la sanción disciplinaria aplicada a un servidor público, la imposición de una multa por violación de leyes ambientales, etc.

Pero estarán este tipo de actos individualizados amparados por la presunción de legalidad? Todo parece indicar que la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema, que ejerce el control de legalidad, se ha inclinado por la respuesta afirmativa a esta cuestión, basándose entre otros fundamentos y argumentos en el citado artículo 15 de la Ley común.

Otra arista relevante es si el carácter no normativo del acto individual está relacionado a la prescindencia de publicarse en la Gaceta Oficial u otro medio de publicidad oficial, porque es común que estos actos administrativos individualizados terminan con un comuníquese y cúmplase, lo que no obsta para que incluya, a su vez, la también expresión imperativa "publíquese." Esta opinión puede apuntalarse en nuestro derecho en el artículo 42 B de la Ley 135 de 1943, porque al establecer el término de "prescripción" para la interposición de la acción de plena jurisdicción, entre otros supuestos señala a parir de la "publicación" o la "notificación" del acto de contenido individual, etc.

Un caso destacable es el del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), con competencia en la fase recursiva del procedimiento de selección de contratista.

Durante esta etapa actos de contenido individual como la adjudicación, o de la etapa contractual como la resolución que resuelve administrativamente el contrato, o la propia diligencia de convocatoria de la licitación o procedimiento de selección de que se trate, deben publicarse obligatoriamente en el portal electrónico "www.panamacompra.gob.pa". Pese a ser actos de contenido individual o simplemente preparatorios, esa publicidad o comunicación sirve dentro de dicho procedimiento de medio de "notificación procesal", además de tener otros valores agregados como hacer más expedito el procedimiento de impugnación incoado por algún oferente y la transparencia en la adquisición de bienes, servicios o construcción de obras requeridos por la Administración.

Lo descrito es parte del régimen del acto administrativo que regula la contratación estatal, mas no deja de ser mencionable porque la publicidad electrónica del acto a través de la "página web" respectiva está relacionada con la *notificación* en términos procesales, el derecho de defensa, y otros elementos que en este momento no es de lugar precisar.

Hoy en día las exigencias de una Administración *transparente* hacia la ciudadanía invitan a adoptar los mecanismos tecnológicos de punta para que *todos* los actos oficiales sean objeto de publicación en la Gaceta Oficial. La excusa de la falta de espacio físico para resguardar la Gaceta impresa carece de asidero en la realidad, porque dicha impresión en grandes cantidades es innecesaria y en los tiempos del documento digital, inocua[20].

En la esfera de la Administración local o territorial la "sanción, *promulgación* y ejecución de los acuerdos del Concejo Municipal corresponde al Alcalde del Distrito"[21].

Gran cantidad de entidades estatales autónomas han colgado páginas en el ciberespacio con anuncios de todo tipo, entre ellos de indudable interés general; otras imprimen boletines informativos o editan revistas que salen a la luz pública con cierta regularidad.

La exigencia más apremiante y acorde con la *seguridad jurídica* es que los actos de contenido normativo sean promulgados inmediatamente a su expedición, pese a que ellos incluyan alguna vacancia legislativa. Éste es el grado mínimo de transparencia que en el tema de dar a conocer los reglamentos a la comunidad puede exigírsele a la Administración[22].

A. ¿Qué se entiende por reglamento?

Por Reglamento se entiende el acto jurídico unilateral, de carácter objetivo o impersonal y de obligatorio cumplimiento por aquellos abarcados en el supuesto normativo, emanado de autoridad con el objeto de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que en algún sentido están regidas por el Derecho Administrativo.

[20] Mediante Ley 53 de 2006 se crea la Gaceta Oficial digital, que posee igual valor probatorio que el texto impreso. Ésta es una muestra de la búsqueda de elementos que ayuden a hacer más eficaz la divulgación de diversos actos de efecto jurídico de interés para los asociados, y contribuye a hacer más asequible la presunción de derecho conforme a la cual la Ley se presume conocida por todos y una vez publicada su ignorancia no sirve de excusa.

[21] Cf. Art. 672 del Código Administrativo.

[22] Si quisiéramos llenar algún vacío normativo en cuanto al tiempo en que debe ser promulgado un acto administrativo reglamentario, creo que el artículo 173 de la Constitución está llamado a suplir el mismo, ya que con relación a la promulgación de las leyes formales, establece que la Ley "...será promulgada dentro de los seis días hábiles que siguen al de su sanción".

Esta concepción aplicada al régimen local significa que el Consejo Municipal puede emitir Acuerdos Municipales para regular la vida jurídica en el respectivo territorio o municipio[23]. Los reglamentos así dictados son de obligatorio cumplimiento en el territorio municipal, al igual que los decretos o resoluciones de alcance general que dicte el Alcalde[24].

El reglamento de una ley debe ser definido, a la vez, con un criterio formal que nos indica que el mismo es un acto administrativo con carácter ejecutorio, expedido por el Presidente de la República con el Ministro respectivo, y desde el punto de vista material, el reglamento se caracteriza por contener disposiciones generales e impersonales que lo diferencian de los actos administrativos no reglamentarios. Las normas contenidas en el reglamento no se agotan con su ejecución"[25].

Dicho instrumento emana de la autoridad sea ésta de cualquier órgano del Estado o dependencia con competencia legítima para ello, en ejercicio de una función administrativa. Es Ley, en sentido material, imponible erga-omnes o a un sector de la población o actividad susceptible de ser reglamentada para el adecuado servicio público.

B. El poder de policía

En nuestro derecho positivo, la Policía como parte de la Administración Pública, tiene una labor muy activa al emitir reglamentaciones para regular el "servicio de Policía en el Distrito", en la región o provincia, a través del Gobernador, a nivel nacional por medio del Presidente de la República o la Asamblea Nacional[26].

La potestad reglamentaria ha sido reconocida legalmente a la Policía y la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado al respecto. Dicha potestad reglamentaria se aprecia en el artículo 858 del Código Administrativo, conforme al que pueden dictar disposiciones de "policía especial", es decir, para que rijan en determinadas poblaciones[27], los Consejos Municipales, por medio de acuerdos, y los Gobernadores y Alcaldes "por medio de los reglamentos que dicten para la ejecución de las leyes y acuerdos".

[23] La Constitución denomina "*acuerdo municipal*" al acto que adopte el Municipio para eximir del pago de derechos, tasas o impuestos locales (Cf. Art. 248).
[24] Cf. Arts. 51 y 68 de la Ley 106, de 8 de octubre de 1973, que dicta el régimen municipal.
[25] Sentencia de 18 de septiembre de 1995. Pleno. Corte Suprema de Justicia. Caso: Marcos González demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nº 46, de 24 de febrero de 1992, modificado por el Decreto Ejecutivo Nº 248, de 25 de agosto de 1992, y el Decreto Ejecutivo Nº 187, de 28 de junio de 1993. MP. Arturo Hoyos.
[26] Cf. Art. 867 del Código Administrativo.
[27] Cf. Art. 857 ibídem.

Ya hemos visto cómo en el régimen local debe respetar el principio de legalidad por ser parte del Estado sometido a Derecho.

C. El contralor judicial de la policía restringido exige cambios o fórmulas que amparen los derechos humanos de los asociados

El poder de policía se ejerce imperativamente sin acepción de personas[28]; pero tiene una fiscalización sesgada o mediatizada en nuestro sistema, porque el *contralor judicial parcial* que ejerce la Sala Tercera de la Corte Suprema contribuye a que la revisión de la legalidad de las actuaciones de la Policía sea prácticamente *inexistente*, ya que los actos derivados de juicios de policía civil o penal (correccional), que constituyen la mayoría, no son susceptibles de control por el contencioso administrativo[29].

A esto se aúna la falta de una estructura jurisdiccional administrativa con juzgados y tribunales administrativos para que conozcan de estos asuntos, que obviaría la necesidad de ser ventilados ante la Sala Tercera de la Corte.

Un caso típico es que la Policía está facultada para decretar *allanamiento*[30] al domicilio (o requisa) por laguna investigación que adelante o que se instruye

[28] El Art. 856 del Código Administrativo prevé al respecto que "La Policía protege y *obliga de la misma manera a todos* los que habiten en el territorio de la República", sin perjuicio de lo que establezca la Constitución, las leyes y los tratados internacionales.

[29] Cf. Art. 28 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. Existen actualmente dos propuestas que aspiran dentro de los acuerdos alcanzados en el Pacto de Estado por la Justicia mejorar este estado de cosas. Una propugnada dentro de la descentralización local por mantener el control de la justicia de policía; mientras que la segunda oferta patrocinada por el Órgano Judicial, con énfasis en la mediación y conciliación comunitaria, pretende ubicar la justicia de policía dentro de la estructura de este poder del Estado. Las propuestas en forma de "Proyecto de Ley" están planteadas en blanco y negro; aunque el concierto o consenso no es claro y la voluntad política es igualmente incierta.

[30] Según el Código Administrativo (Art. 1728 que reenvía al Código Judicial) y el Decreto No. 5, de 3 de enero de 1934 (Arts. 20 y concordantes). Un ejemplo destacable de la jurisprudencia inglesa no los reseña M. LUCAS CORDEIRO, en que la inviolabilidad del domicilio se ve reforzada cuando el principio del debido proceso no es respetado por la autoridad. Se trata del caso "Stroud vs Bradbury" de 1952, según el que con ocasión de ejecutarse la Ley de sanidad, un inspector sanitario dependiente de una autoridad local intentó penetrar en una casa a fin de de realizar de oficio obras en el saneamiento de la misma para adecuarlos a las exigencias sanitarias; el propietario se negó a admitir la entrada del funcionario e incluso lo amenazó físicamente. El Tribunal inferior condenó penalmente esta resistencia. El Tribunal de apelación revocó tal pronunciamiento señalando: "Para tener derecho de penetrar en el local con el designio de ejecutar las obras, los funcionarios estaban en la obligación de observar las disposiciones del artículo 287.1 de la Public Health Act de 1936... Cuando el Inspector sanitario llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés cuya casa está siendo invadida y le desafió con una percha y una pala. Tenía el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar. Es la opinión de este Tribunal que el apelante estaba en su derecho, dado que el Inspector sanitario no había cumplido lo que la Ley exigía que hiciese antes de tener el

Cont.

en la fase investigativa por otro ente público (Policía Nacional, Ministerio de Salud, etc.). Esta medida no podría ser objeto de un control de legalidad por la Sala Tercera; y mientras ello ocurre la realidad da cuenta que el amparo de derechos constitucionales como acción extraordinaria y sumaria que se plantee ante el Juez del conocimiento, tampoco responde al clamor de respeto de los derechos de las personas y protección expedita de sus bienes, porque no en escasos supuestos el Tribunal de amparo ha exigido el agotamiento previo los medios de impugnación o procedimientos previstos por el ordenamiento para luego poder atacar la orden de hacer o de no hacer atentatoria. Esto es lo que se conoce como principio de definitividad o subsidiariedad de la acción de amparo.

Por razón de una ficción jurídica abonada por numerosos precedentes de la Sala Tercera, los actos que se emiten en este tipo de procesos se reputan "actos jurisdiccionales" y no "actos administrativos."

El criterio tribunalicio apunta a que sólo las actuaciones del Municipio *derivadas del ejercicio de funciones administrativas* pueden ser objeto de demanda ante la Sala Tercera, para que despliegue el ulterior control de legitimidad de éstos y determinar si se ajustan a la Ley o los reglamentos; pero aquellas actividades de policía civil o correccional penal por ser "actos jurisdiccionales" expedidas por autoridades de policía, escapan de la referida fiscalización.

La sustentación es tan tenue y frágil que no soporta un análisis crítico por parte de aquellos que defendemos los derechos fundamentales de las personas, que como tales tienen el derecho y el deber de exigirle al Estado la prestación de un servicio de justicia de calidad, que resguarde uno de los valores esenciales del ser humano: su dignidad[31].

derecho de entrar..." en *Derecho Administrativo Iberoamericano (100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello)*, Caracas, Venezuela, 2007, pág. 992. Al margen que el cometario del autor va enfilado al carácter ejecutorio del acto administrativo, explicando lo que toca al sistema anglosajón, ciertamente el fallo del Tribunal de apelación advierte un sentido garantista y tutelador de los derechos respetables de los particulares, caso de la inmunidad domiciliaria, que a mi juicio no puede ser hollada sin que se cumplan los procedimientos legales previos y mediando justa causa.

[31] J. RODRÍGUEZ-ARANA al exponer algunas reflexiones sobre la importancia de la ética ha señalado con seguro tino un elemento consustancial al debate, que atañe a la *dignidad*, afirmando que la "cuestión relativa a la centralidad de la persona es capital. En efecto, la dignidad del hombre, de la persona, de cada vecino (a) es el punto de partida. La expresión "cada vecino", subraya la condición de realidad concreta del sujeto a que me estoy refiriendo. El hombre y los derechos del hombre, que se hacen reales en cada hombre, son la clave del marco que se quiere construir, y no nos exime esta aseveración de la necesidad de indagar y buscar una compresión cada vez más cabal y completa de su significado. Reitera que la dignidad personal del hombre, el respeto que se le debe y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la piedra angular de toda construcción civil y política y el referente seguro e ineludible de todo empeño de progreso humano

Cont.

Este resquicio ha dado pábulo a las más constantes y reiteradas violaciones a los derechos humanos de los asociados por parte de la Policía, a través de la otrora figura colonial del Corregidor, en otros ordenamientos conocidos como jueces de paz, y que en Panamá, salvo la excepción prevista por la Ley 112 de 1974, es una "justicia administrativa" ejercida por meros legos[32]

Sustraer a los actos de policía penal y civil del control de legalidad como actualmente está, o de otro modo regularlo fuera de una jurisdicción sistematizada y convenientemente institucionalizada al margen de influencias político partidistas como hoy opera, conlleva impedir que un tribunal especializado y de mayor jerarquía aplique ciertos principios generales en el enjuiciamiento de los asuntos de policía y no se pueda valorar, por ejemplo, aquellos sobre "injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico[33].

Un aspecto abordable es el que atañe a los tipos de reglamento, que según la jurisprudencia nacional (sentada por la Sala Tercera y posteriormente acogida por el Pleno de la Corte Suprema) pueden ser de tres clases en nuestro sistema: los de ejecución de las leyes, los independientes o autónomos y los de necesidad o urgencia[34].

Cabe tener presente que algunas materias no pueden ser objeto de regulación por vía de un Reglamento, y que esto se traduce en que la potestad reglamentaria posee límites. En nuestro orden legal se ha establecido por imperio de la Constitución, en seguimiento de la cláusula de *reserva legal* y otras veces por declaración jurisprudencial, que el Reglamento no puede incidir o regular ciertos temas[35].

y social", en "Gestión Pública", *Revista de la Procuraduría de la Administración*, Edición No. 5, diciembre de 2008, Panamá, pág.14.

[32] Según la referida Ley 112, de 30 de diciembre de 1974, que regula la administración de justicia de policía en los distritos de Panamá, San Miguelito y Colón (a modo de jueces nocturnos), para ser Juez de Policía Nocturno se requiere título universitario e idoneidad en Derecho (Art. 10); pero inmediatamente esta regla es flexibilizada con la posibilidad de que estudiantes de las facultades de derecho que cursen el último año de la carrera, puedan fungir este tipo de cargo.

[33] Cf. BREWER-CARÍAS: Op. Cit., pág. 163. Aquí el autor cita, entre otros doctrinarios, a Eduardo García de Enterría, que teorizan sobre los límites de la discrecionalidad administrativa.

[34] Sentencia de 18 de abril de 1997. Pleno. Corte Suprema. Rafael Murgas Torrazza demanda la inconstitucionalidad de varios artículos del Decreto Ejecutivo No. 160, de 7 de junio de 1993, que expide el Reglamento de Tránsito vehicular de la República de Panamá. MP. Arturo Hoyos. El precedente de la Sala Tercera es la sentencia de 29 de octubre de 1991.

[35] Sobre el particular abordé los límites de la potestad reglamentaria en Relación jurídica entre la Ley y el Reglamento en el sistema jurídico panameño, según decisiones jurisprudenciales expresas

Cont.

La facultad de reglamentar la Ley que lo requiera está limitada por la observancia de ciertos requisitos para su validez y eficacia. La jurisprudencia los ha calificado siguiendo a la doctrina, en *límites formales* y *materiales*. Los primeros atañen a la competencia para dictar el Reglamento, y los segundos, refieren a la potestad discrecional de reglamentar las leyes, facultad que debe ser ejercida en "interés público" y no con abuso o desviación de poder.

VII. El reglamento está amparado por una presunción *iuris tantum*

El Reglamento queda subordinado a la Constitución y a la Ley, y su declaratoria de invalidez está reservada a la justicia; aunque, mientras ello no se produzca, opera la presunción *iuris tantum* de legitimidad predicable a todo acto de autoridad dentro de un régimen de Derecho, que determina su aplicación obligatoria por la autoridad y su cumplimiento por los particulares destinatarios de sus efectos.

La Sala Tercera ha dicho que sólo ella o alguna de las demás Salas que componen la Corte Suprema de Justicia pueden dejar de aplicar un Reglamento por considerarlo violatorio de la Ley. Si una autoridad considera que la disposición reglamentaria aplicable al caso tiene vicios de ilegalidad puede, tratándose de una autoridad que administra justicia, someter esta "consulta" a la Sala Tercera a través de un contencioso de apreciación de validez, y adquiere por ello competencia prejudicial[36].

Si el interesado estima que la disposición reglamentaria que ha de servir de fundamento legal de la decisión dentro del procedimiento administrativo es ilegal, puede "advertir" esa ilegalidad ante la Sala Tercera. Incluso la autoridad encargada de resolver el procedimiento administrativo puede hacer este tipo "incidencia", en cuyo caso se denomina "consulta de ilegalidad." El proceso continúa y se coloca en estado de ser decidido; pero no debe resolverse hasta que haya un pronunciamiento de la Sala.

El primer mecanismo de legalidad preventiva que puede instar la "autoridad encargada de administrar justicia", ya estaba previsto en las leyes orgánicas que desarrollaron por primera vez la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá (instituida en la Constitución de 1941), y en el Código Judicial;

de la Sala Tercera de la Corte Suprema, en *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo...*, Colombia, Universidad Externado, 2007, págs. 797-800.

[36] Cf. Art. 97, numeral 12, del Código Judicial. Este contencioso de apreciación de validez ya estaba contemplado en las normas reguladores de la jurisdicción contencioso administrativa 135 de 1943 y 33 de 1946; se ha mantenido en la Constitución (Art. 206, numeral 2), y es parte de uno de los contenciosos clásicos de la legislación francesa.

mientras que la advertencia y la consulta de ilegalidad es una novedad establecida por la Ley 38 de 2000 (Art. 73).

Por otro lado, el acto administrativo una vez cumplidos los prolegómenos para su aprobación y eficacia es ejecutorio, por lo que la Administración puede proceder a su ejecución[37].

Hay quien como DURÁN MARTÍNEZ en el Derecho uruguayo ha sugerido la no necesidad de esta presunción a favor del acto administrativo, acusándola de favorecer la "arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos", y que la sola existencia de un sistema de control jurisdiccional de la Administración que habilite al juez a anular un acto administrativo ilegítimo presupone por parte del Derecho el desconocimiento del principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos[38].

Estas consideraciones están imbuidas de un sentido de justicia y de verdadera igualdad ante la Ley. No es posible que el accionar de la Administración esté amparado entre otras prerrogativas de la asunción (sumitur pro vero) de que sus acciones u omisiones son conformes a derecho, trasladando la carga de probar, verdaderamente onerosa y patentizadora del desequilibrio procesal, a quien ha sido afectado por esa Administración.

Estimo que el interés general como estándar de interpretación o ficción que cobija el actuar administrativo, no debe servir de lastre para justificar la presunción cuestionada, o en otras palabras, que morigerar la presunción o en último grado eliminarla, sería un atentado contra el interés público o la buena

[37] Aunque la doctrina ha discutido la posibilidad de desaplicación de un reglamento que adolezca de ilegitimidad manifiesta. Es el caso planteado por el administrativista Comadira, en el Derecho argentino, según el cual es obvio que un acto que padezca de una invalidez manifiesta y, además grave, no puede presumírselo legítimo ab initio si la evidencia del vicio fue inicial, o bien desde que dicha evidencia se configura. Por lo mismo, la presunción de validez no puede ser predicada respecto de los actos anulables, cuya anulación judicial, de ser exigible, es promovida por la Administración. La carencia de presunción de legitimidad del acto y, por ende su invalidez manifiesta, "habilitan su incumplimiento". Op. Cit., pág. 75-76. En Panamá, la Sala Tercera ha dicho que sólo ella al igual que las demás Salas de la Corte Suprema pueden dejar de aplicar un reglamento que se exhibe como ilegal, opinión que, por lo menos para las Salas distintas a la Tercera de la Corte, desde la vigencia del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, es cuestionable, ya que esta norma se encarga de establecer el contencioso de la advertencia de ilegalidad de una norma reglamentaria (cuando lo insta una parte del procedimiento) o la consulta de ilegalidad sobre una disposición del mismo tipo (cuando es la propia autoridad encargada de decidir el procedimiento administrativo) aplicable dentro del proceso, para ante el Contencioso Administrativo, que tiene competencia privativa para resolver sobre la invalidez de los actos administrativos. Es una figura novedosa por medio de la cual se establece un control preventivo sobre la legalidad de normas reglamentarias llamadas a decidir la causa administrativa.

[38] Cf. DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Montevideo, 2008, págs. 247, 248, 251.

marcha de lo público, toda vez que es un contrasentido tener a la persona humana como centro principal de la gestión de calidad de los servicios estatales, y una vez damnificada por la acción u omisión ilícita (silencio administrativo por ejemplo) colocarla en un desequilibrio procesal que trasluce no sólo una posición de privilegio para el ente público; sino la connotación engañosa y disonante de que la Administración es la parte débil del conflicto procesal.

VIII. Jerarquía del reglamento dentro del ordenamiento legal

La Ley que regula el procedimiento administrativo establece una jerarquía entre los instrumentos legales que deben ser aplicados por las distintas Administraciones Públicas, al tiempo que previene la solución ante un posible conflicto de normas. Entre estos instrumentos están las disposiciones reglamentarias.

Estas últimas deben ser acatadas y serán la base normativa para la emisión de actos de contenido individual o actos administrativos que resuelvan un caso concreto, o sirvan de orientación en el quehacer administrativo en los diferentes despachos públicos.

El artículo 35 de la mencionada Ley fija la relación de supeditación del Reglamento respecto de la Ley y de ambos a la Constitución. Veamos:

> Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones jurídicas será: la Constitución Política, las leyes, los decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales y los decretos alcaldicios.
>
> En el ámbito municipal, el orden de prioridad de las disposiciones jurídicas será: la Constitución Política, las leyes, decretos leyes, los decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales y los decretos alcaldicios.
>
> A nivel de las juntas comunales y las juntas locales debe aplicarse el siguiente orden jerárquico: La Constitución Política, leyes, decretos leyes, decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales, decretos alcaldicios y los reglamentos que dicten las juntas comunales[39].

Interesantes son los comentarios del doctor AGUSTÍN GORDILLO acera de la jerarquía normativa del reglamento sobre al acto administrativo concreto,

[39] El artículo 757 del Código Administrativo de 1917, antecedente de esta disposición debe entenderse derogada.

asegurando que si bien la Ley de procedimiento administrativo argentina (19.549/72) no aborda el punto, considera aplicable el principio conforme al que "toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida", o sea, que en su opinión existe una jerarquía normativa entre el reglamento y el acto administrativo particular, y afirma además que "tanto el procedimiento general como los procedimientos especiales están regidos por reglamentos por normas generales que serán luego fuentes de los actos particulares de aplicación que se dicten en cada caso"[40].

La Administración está obligada a cumplir ella misma las disposiciones reglamentarias que dicte, la violación de los actos o decretos reglamentarios por su emisor es motivo para generar un contencioso de nulidad, con fundamento en el artículo o norma reglamentaria contravenida por aquélla[41].

IX. Estabilidad del acto administrativo

Nuestro procedimiento administrativo regula el tema en cuestión estableciendo claramente la estabilidad y fuerza vinculante de los actos administrativos. El artículo 46 de la Ley 38 de 2000 dispone:

> Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.
>
> Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior.

En base a esta norma, que es posterior al Código Civil, considero que el artículo 15 de éste ha sido derogado de modo tácito por el artículo 46 de la Ley 38 de 2000[42], porque la nueva disposición regula de una forma más clara y precisa la misma materia que aquél.

El primer párrafo del artículo 46 atañe a la "fuerza obligatoria inmediata" que tienen los actos administrativos de carácter individual en firme, emitidos por la administración central, la descentralizada y los entes públicos que expidan actos de esta naturaleza en ejercicio de una función administrativa.

[40] Cf. http://www.gordillo.com/Pdf/3-9/Capitulo%20IV.pdf.
[41] Cf. Art. 97, numeral 2, del Código Judicial.
[42] Cf. SHEFFER TUÑÓN: *Relación jurídica entre...*, pág. 802.

Mientras que el segundo párrafo aborda los actos administrativos de alcance general identificándolos como "normas de efecto general" y condicionando su efectividad jurídica o aplicabilidad al hecho de que sean promulgados "en la Gaceta Oficial", o cuando dicho instrumento establezca su "vigencia para una fecha posterior".

La presunción de pleno derecho del artículo 1 del Código Civil, conforme a la que la Ley se presume conocida por todos y su ignorancia no sirve de excusa, utilizada analógicamente para el caso de los reglamentos, implica que estos últimos deben cumplir con el requisito de publicación, establecido por la Ley común para el caso de la Ley formal. Tesis que hoy viene a ser apoyada por el pretranscrito artículo 46 de la Ley 38.

Hoy por hoy, la judicatura sigue aplicando, sin ningún fundamento atendible, el comentado artículo 15 del Código Civil. Aunque es importante reconocer que aquel ha servido para galvanizar en nuestro sistema jurídico administrativo la presunción de legitimidad del acto administrativo sea éste de contenido particular o de alcance general.

Esta galvanización ha afianzado la estabilidad jurídica del acto administrativo de ambos tipos; pero sobre todo el de contenido individual porque como prevé el comentado artículo 46 de la Ley 38 de 2000, los actos en firme de esta naturaleza serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la Ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

A. Estabilidad del acto administrativo generador de derechos

Este punto dice relación con los actos de contenido individual o alcance particularizado que producen una situación jurídica que tienen como titular a una persona, consistiendo este estado jurídico en un derecho que ha de ser protegido por el ordenamiento, y sólo en casos excepcionales la Administración puede desconocerlos, invalidarlos o revocarlos invocando un fundamento legal o razones de interés público comprobados.

La figura de la revocatoria de los actos administrativos que conceden derechos subjetivos a una persona era un asunto que pese a su trascendencia no había sido objeto de regulación expresa.

En ausencia de regulación para diversos supuestos que se presentasen y fueran objeto de "litigio" ante la propia Administración o ante el contencioso, se daba pábulo a la discrecionalidad administrativa, que derivaba en arbitrariedad.

El derecho histórico habla de la existencia para el caso concreto de las licencias otorgadas a subalternos por los jefes de despacho, una prohibición conforme a la que una vez concedida no podía ser revocada por quien la concedió sin consentimiento del beneficiario de la licencia (que conservaba la prerrogativa de renunciar a ella a voluntad). Esto en cumplimiento de lo que sobre este punto dispone el artículo 812 del Código Administrativo de 1917.

De esta forma de interpretar, la doctrina de la Sala Tercera evocó un "principio de irrevocabilidad del acto administrativo" concedente de una ventaja o derecho a un particular. Derecho o ventaja que una vez en firme adquiere estabilidad, a modo de "cosa juzgada administrativa", que si bien es relativa, tiene como apoyo el respeto de los derechos, el garantismo, la seguridad jurídica y aun la dignidad de la persona humana.

Empero se notaba la necesidad de una regulación expresa por vía de Ley, por lo que a través de la Ley 38 de 2000 se incluyeron disposiciones para normativizar las facultades revocatorias de la Administración y, en suma, anulatorias en sede administrativa, y obviamente de observancia para la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al momento de ventilarse dicho asunto ante sus estrados.

El sistema panameño carece de la acción de lesividad ante la justicia en caso de percatarse que un acto ha sido expedido irregularmente; no obstante, hoy cuenta con las causales legales para proceder a su revocación motu propio cumpliendo con el debido proceso legal.

Ha expresado la Sala Tercera que la irrevocabilidad del acto además de relacionarse con la seguridad jurídica está vinculada al "principio de buena fe en las actuaciones administrativas", en virtud del cual la Administración no debe proceder de tal modo que genere consecuencias contrarias al querer de la Ley en perjuicio de los particulares y en fraude de la confianza que debe propiciar respecto de los asociados. En el caso Julio Santamaría versus IDIAP, se puso de manifiesto el principio de buena fe contractual (Art. 1109 del C. Civil), aplicable en el Derecho Administrativo. (Cf. Sentencia de 26 de febrero de 2002. MP. ADÁN ARJONA).

Este principio de irrevocabilidad de los actos que conceden derechos a favor de terceros *no tiene carácter absoluto*, ya que razones de interés público comprobadas justifican la revocación, así lo ha señalado expresamente la Sala (Cellular Vision versus Ministerio de Gobierno y Justicia. Sentencia de 15 de noviembre de 2000. MP. MIRTZA DE AGUILERA).

En el fallo de 26 de febrero de 2002 se hace referencia a que la materia de revocación a instancia de parte u oficiosa de actos administrativos de carácter individual está hoy regulada por la Ley 38 de 2000, en su artículo 62[43].

X. ¿Es la facultad de reglamentar la ley competencia exclusiva del Órgano Ejecutivo?

La Ley Superior es diáfana al establecer como atribución del Presidente en conjunto con el Ministro del ramo, reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse "*en ningún caso*" de su texto ni de su espíritu (Art. 184, numeral 14). Además, como atribución genérica también está facultado para dirigir, *reglamentar* e inspeccionar los servicios establecidos en la Constitución (Ibídem, numeral 10).

"Mientras más detallada sea la ley menor será la necesidad de reglamentarla para asegurar su cumplimiento ya que, en este caso, la ley contiene los pormenores que se requieren para su cumplimiento y poco podrá agregar el reglamento. Por el contrario, la potestad reglamentaria tendrá mayor extensión cuando la ley, por ser de concisa o parca redacción, requiere que se detallen con mayor precisión y concreción los elementos necesarios para su cumplimiento. Como lo ha expresado el tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo "*la extensión de la potestad reglamentaria ...es inversamente proporcional a la extensión de la ley*" (Derecho Administrativo, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, pág. 38)"[44].

[43] También es de sumo interés la Sentencia de 25 de agosto de 1999, porque hace un recuento de la figura de la "irrevocabilidad" del acto administrativo. Según esta decisión, "...una vez que la Administración se percate de que un acto administrativo por ella expedido carezca de alguno de los presupuestos requeridos para su validez, lejos de revocarlos debe proceder a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular dichos actos propios. En este sentido, el tratadista Jaime Vidal Perdomo establece que 'el respeto a las situaciones jurídicas creadas o definidas por los actos administrativos puede ser tal que se hagan irrevocables aunque sean ilegales. En el derecho español se denomina *recurso de lesividad* el que puede interponer la administración ante los jueces contra sus propios actos que declaran derechos, ante la imposibilidad en que se encuentra de revocarlos directamente, ...en algunos casos esos derechos son asimilables al derecho de propiedad y es dable exigir, para ser privado de ellos, ley que los declare de utilidad pública e indemnización; pero estos derechos pueden haberse adquirido en forma ilegal, por lo que se menciona que para que el acto sea irrevocable al beneficiario debe ser de buena fe" (VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Editorial Temis, S.A., Décima Edición, Bogotá, Colombia, 1994, pág. 143)'". Caso: José Nieves Burgos, mediante apoderado judicial, presenta demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declaren nulas, por ilegales, la Nota Nº DRH-527 de 3 de octubre de 1994, la Nota DRH-064 de 16 de enero de 1995, ambas suscritas por la Jefa de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo Agropecuario; el Decreto Ejecutivo Nº 14 de 18 de febrero de 1995 y la Nota Nº DMN-417-97 de 7 de marzo de 1997, ambas dictadas por el Ministro de Desarrollo Agropecuario, y para que se hagan otras declaraciones. MP. Arturo Hoyos.

[44] Sentencia de 18 de septiembre de 1995. Pleno. Corte Suprema. Caso: Marcos González demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nº 46, de 24 de febrero de 1992, modificado por el

Cont.

Ante tales expresiones, se impone la pregunta: ¿Corresponde a otra autoridad distinta del Órgano Ejecutivo ejercer la referida potestad que busca ejecutar de la mejor manera los preceptos de la Ley? Si la función administrativa está adscrita al órgano del Estado administrativo por excelencia, la respuesta parece ser negativa; sin embargo, en el caso panameño, la propia Constitución menciona otras dos (2) instituciones muy importantes a las que se les atribuye la potestad reglamentaria, claro está, en su ámbito de competencia.

A. La potestad reglamentaria ejercida por otros entes públicos autorizados por la Constitución

Estas dos instituciones son:

1. El Tribunal Electoral (TE), en lo que atañe a la Ley electoral[45].

Se hace énfasis en que se trate de materia electoral, toda vez que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia así lo ha determinado, declarando inconstitucional por ejemplo un Acuerdo expedido por el Tribunal Electoral, que pretendía reglamentar disposiciones de la Ley de Transparencia, por invadir la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo. En tal caso lo procedente es que mediante el Acuerdo respectivo se dispusiera lo conveniente para ejecutar lo que previamente había sido adoptado mediante el decreto reglamentario respectivo[46]; y,

2. La Autoridad del Canal de Panamá (ACP)

El Título XIV de la Constitución se refiere a “El Canal de Panamá”. Éste es parte del patrimonio nacional y es manejado por la Autoridad del Canal de Panamá (ACP); un ente autónomo al que corresponde, privativamente, entre otras tareas, la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal de Panamá y sus actividades conexas, con arreglo a las normas constitucionales y legales vigentes, a fin de que funcione de manera segura, continua, eficiente y rentable, con patrimonio propio y derecho de administrarlo.

Decreto Ejecutivo Nº 248, de 25 de agosto de 1992, y el Decreto Ejecutivo Nº 187, de 28 de junio de 1993. MP. Arturo Hoyos.

[45] Cf. Art. 143, numeral 3, de la Constitución.

[46] Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2003. Caso: Higinio Aguirre promueve demanda de inconstitucionalidad contra el Acuerdo No. 1, de 10 de junio de 2002, expedido por el Tribunal Electoral.

Esta empresa pública posee potestad reglamentaria de las leyes[47] de *carácter general* que apruebe la Asamblea Nacional, sobre materias de su competencia; presupuesto de funcionamiento e inversiones separado del presupuesto general del Estado, entre otras connotaciones de relevancia, tomando en cuenta que es un ente descentralizado nacional (empresa pública); pero que a tenor de la Constitución presta un "servicio público internacional esencial"[48].

Por la fuerza de los hechos y la trascendencia de las funciones desempeñadas, atinentes al control fiscal de los bienes, recursos y fondos públicos, es indudable que la Contraloría General de la República, ejerce potestad reglamentaria, respecto de sus atribuciones constitucionales y las consignadas en su Ley orgánica, caso típico de aprobación para su utilización obligatoria de las normas de contabilidad generalmente aceptadas que deben ser utilizadas en el sector público y el privado para los efectos contables y de tributación en su momento.

XI. Se acentúa el fenómeno del reglamentarismo. ¿Es necesario revisar la operatividad de los entes reguladores?

Los fenómenos relacionados con la transformación o modernización del Estado, trajeron consigo múltiples efectos en lo económico, social, político, cultural, ético, en el plano de la comunicación e información dentro de la "aldea global". Hubo significativos y perceptibles cambios porque el Estado se autoexcluyó de gran parte de su papel interventor, mutando a una actividad fiscalizadora para prevenir el monopolio y velar por la libre concurrencia de los agentes económicos privados, en los sectores liberalizados.

La realidad ha demostrado que la libertad alcanzada ha sido proporcional al descrédito moral producto de la corrupción acentuada desde hace algún tiempo por la avaricia humana, el descontrol y la inestabilidad del sistema de mercado "presuntamente autorregulable"[49]; que ha obligado al rescate de importantes empresas de diversos sectores de la producción por parte de sus respectivos gobiernos, a través de cifras de dinero astronómicas.

---

[47] Cf. SHEFFER TUÑÓN, J. E.: "Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña", en *V Foro de Derecho Administrativo*, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, abril de 2006.

[48] Cf. Arts. 319, numeral 6, 320, 322, inciso segundo, y 323 de la Constitución vigente.

[49] Uno de los mercados más golpeados por la crisis es el financiero, plagado de escándalos generados por maestros de la estafa; lo cierto es que la administración Obama, en Los Estados Unidos, "busca cambios en cuatro áreas: limitar los riesgos que podrían amenazar a la economía, fortalecer las protecciones para inversionistas y consumidores, cerrar las brechas en la supervisión regulatoria y coordinar cualquier acción de manera global." PALETTA, D., en "La Prensa" (*The Wall Street Journal Americas*), 27 de marzo de 2009, pág. 50 A.

Es indudable la crisis de gobernabilidad una de cuyas facetas es la insatisfacción de las aspiraciones materiales y espirituales del grueso de las poblaciones de nuestras sociedades concretas, en especial, las latinoamericanas. A lo que se añade que la implantación de organismos reguladores para fiscalizar que el ánimo de lucro no traspasase la función de interés público que yace en el concepto de prestar los servicios básicos a la población (salud, electricidad, agua potable, telefonía, carreteras, etc.), no ha cumplido a cabalidad su misión legalmente establecida derivada del concepto político filosófico de la liberalización, según el cual ésta traería mejores prestaciones y prosperidad para todos los sectores sociales.

Los entes reguladores han incurrido en fallas en el proceso de fiscalizar la desregulación del mercado, en varios de sus ámbitos, y la prestación de servicios por parte de particulares concesionarios.

Es comprensible que el paradigma de cambio haya gestado reformas en las estructuras o funcionamiento de la Administración generando acciones tendentes a la acentuación de la descentralización por funciones[50]. Es así como nacieron en nuestro país los organismos reguladores.

El fenómeno ha estimulado una *profusión* en la emisión de reglamentos adoptando el ropaje de resoluciones de Junta Directiva o Acuerdos, sin control, amparados en las leyes orgánicas creadoras de los respectivos organismos, principalmente de los entes descentralizados por funciones, ya que gozan de personalidad jurídica con los atributos que ésta implica, como dictar su régimen interno.

La característica común de esta "potestad reglamentaria", es que no está reconocida por la Constitución, lo que plantea posibles inconsistencias jurídicas como lo incomprensible que resulta que al Órgano Ejecutivo se le impele a que en el ejercicio de la misma no se aparte en ningún caso del texto

[50] La descentralización territorial, que es uno de los propósitos de la adecuación de las estructuras públicas a los conceptos de eficiencia y eficacia, a través, por ejemplo, de la subsidiariedad, tiene un grado muy bajo de avance en Panamá. No se ha logrado el consenso realista sobre el modelo de Municipio que requiere el desarrollo de las comunidades impulsado primariamente por sus vecinos. Aquí gravitan factores, entre otros, de *egoísmo político* (por la temida pérdida de poder del Ejecutivo y la Asamblea, producto de su traslado desde el centro a la periferia, debido a la autonomía financiera que deben adquirir los gobiernos locales por causa de una apropiada y verdadera descentralización), y la *partidocracia excesiva*, desbordada que hoy se siente asfixiante de la iniciativa y el liderazgo de personas que aspiran a contribuir con la democracia y el bienestar de la Nación desde la postulación libre. La libre postulación para conducir la República desde el solio presidencial no está permitida, y el obstáculo es la Ley electoral, norma que de antaño ha sido validada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, lamentablemente contrariando la Constitución porque ésta no impide la postulación libre para Presidente del país. Cf. Mi obra *Estudios de Derecho Público*, Cultural Portobelo, Panamá, capítulo II, 2006, págs. 65-68 (dedicada al insigne Julio Rodolfo Comadira).

ni el espíritu de la Ley sujeta a reglamentación; mientras que nada se dice en la Constitución sobre los entes descentralizados, que hoy, es una verdad impuesta por la fuerza de los hechos, ejercen potestad reglamentaria sobre los servicios y sectores que fiscalizan como derivado de su competencia legal.

Considero necesario que unas futuras enmiendas a la Constitución, ya que fue desaprovechada la oportunidad en el año 2004, para que se incluyan algunos linderos al ejercicio de la potestad reglamentaria – sin límites– que actualmente poseen en Panamá los entes reguladores; que conjuren el riesgo siempre latente del personalismo, la falta de imparcialidad o connivencia de los funcionarios de incurrir en lesión del interés público o desviación de poder o, en último grado, en contravención de los derechos de los particulares.

Coincido en que la "denominación 'organismos reguladores', aunque expresiva del nuevo papel que corresponde a los poderes públicos en los sectores liberalizados, tal vez resulte... excesiva para describir el papel 'relativo' que dentro del conjunto de los poderes públicos cumple desempeñar a estos organismos (sic). Obviamente, la 'regulación' de estos sectores, entendida como actividad normativa, corresponde de modo principal al legislador y a la Administración directa, titular de la potestad reglamentaria, y no a estos organismos que juegan un papel muy secundario en el diseño del marco normativo regulador de los sectores, limitado, en su caso, a la emisión de instrucciones o circulares de desarrollo de los reglamentos aprobados por el Gobierno y el Ministerio. Sus tareas pertenecen, más bien, al ámbito ejecutivo, aunque sin monopolizar tampoco este tipo de funciones, que comparten con el Gobierno y los órganos del Ministerio competente"[51].

A. La propuesta correctiva: afianzamiento del control de tutela con efectividad

Sugiero como instrumento corrector el *afianzamiento* del ejercicio de la *tutela administrativa*[52] a través de los ministerios, sobre los entes reguladores, lo

[51] VALENCIA MARTÍN. Op. Cit., págs. 407-408.

[52] Que va más allá del control político producto de la división de poderes y el "check and balance" que ese principio supone dentro del sistema democrático, ejercido por la Asamblea Nacional, como una de sus funciones administrativas (Art. 161, numeral 9, de la Constitución), que le faculta para citar o requerir a los jefes de las entidades autónomas y semiautónomas, empresas estatales y al Gobierno Central (excepto el Presidente de la República y Magistrados y Jueces del Órgano Judicial), a objeto de que rindan informes verbales o escritos sobre "las materias propias de su competencia, que la Asamblea requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración". Sino como expresa L. RODRÍGUEZ, en el derecho colombiano, "a los ministros les corresponde ejercer control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la administración pública, orientado a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los citados organismos y entidades que integran el respectivo sector se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de ley y de conformidad con

Cont.

que implica adoptar algunas medidas como el aumento del personal técnico en las especialidades y profesiones involucradas en el sector regulado respectivo (eléctrico, de telecomunicaciones, transporte público, desarrollo humano sostenible compatible con la preservación del medio ambiente, en el sector de la banca, etc.); ya que las atribuciones asignadas a esos organismos sectoriales son altamente técnicas y no únicamente vinculadas a lo jurídico, a modo de prevenir sobre los posibles excesos en las regulaciones que expidan en detrimento del orden jurídico objetivo o de los derechos de los particulares y agentes económicos. O, en otro supuesto, que sirva a la Administración central para medir el grado de eficiencia en la función fiscalizadora del sector respectivo.

El supervisor, llámese Ministro presidente de la Junta Directiva respectiva debe contar con un equipo asesor y técnico de primera línea para que, a su vez, él asesore idóneamente al Presidente de la República en función de las políticas públicas diseñadas para el desarrollo y que debe cumplir con eficiencia el ente regulador respectivo, sin centralismos sino a través de una saludable y fluida coordinación interinstitucional.

Entiendo que no se trata de una lucha entre la vuelta al centralismo ni el "leseferismo" de la descentralización; sino, no abdicar de la prudente tutela sobre los organismos que ahora desde la periferia llevan a cabo una tarea supervisable por la institución llamada a ejercer el control de tutela, para el adecuado desenvolvimiento de todas las partes del cuerpo social institucionalmente considerado, que refuerce el principio de jerarquía dentro de la Administración muchas veces flexibilizado y que en ocasiones manda un mal mensaje a la ciudadanía, por cuanto ciertas entidades descentralizadas y empresas públicas toman el camino de actuar como "islas independientes" dentro del engranaje público[53].

La Administración Pública se ha hecho cada vez más compleja en sus relaciones con los particulares; esto es una realidad. El Estado minimalista latinoamericano es una utopía en los días que corren[54].

los planes y programas adoptados.*Estructura del poder público en Colombia*, Editorial Temis, S.A., novena edición, Bogotá, 2004, pág. 76.

[53] Es el caso típico de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP). Su régimen especial constitucional en realidad ha sido interpretado como una descentralización a ultranza del principio de coordinación administrativa y subordinación al control de la tutela administrativa y jerárquica, que dicho sea de paso ha sido reforzado por vía de la Ley orgánica y reglamentos emitidos por los distintos administradores y juntas directivas, que han regido la institución a partir de la reversión total del área canalera, ocurrida el último día del mes de diciembre de 1999.

[54] SHEFFER TUÑÓN, J. E.: *Estudios*..., págs. 235-236.

Lo inmediatamente anterior supone la toma de medidas preventivas o en su caso correctivas para que las nuevas corrientes con múltiples saltos en el cauce del arroyo, no nos lleve a chocar con crisis difícilmente superables, como las que hoy enturbian el paisaje en el entorno social.

¿CONSTITUYE EL ACTO ADMINISTRATIVO FUENTE DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?

Jorge Danós Ordóñez

I. Régimen legal de los actos administrativos en el Perú

La Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante: LPAG) no sólo establece las reglas que regulan el cauce formal por el que debe discurrir la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos, sino que ha prestado especial atención a la regulación del régimen jurídico de los actos administrativos como producto típico de la actuación administrativa o resultado final de los procedimientos administrativos, para lo cual dedica su Primer Título a establecer los caracteres básicos de las citadas modalidades de pronunciamientos formales de la administración pública estableciendo sus elementos esenciales, la forma de elaboración y las reglas para determinar la validez y eficacia de los mismos

No tenemos duda que uno de los objetivos que inspiró al legislador para otorgarle un tratamiento preferencial y sistemático a la regulación del régimen de los actos administrativos residió en la necesidad de fortalecer la autonomía de dicho régimen con respecto al de los actos jurídicos de origen privado en el Código Civil, tradicionalmente objeto de una regulación legal mas sistemática, respaldada con un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La LPAG ha regulado el régimen de los actos administrativos con la intención de que se constituya en el marco legal general de las referidas actuaciones, aplicable en todo el ordenamiento administrativo, lo que ha sucedido a la fecha, porque en el ordenamiento nacional casi no existen leyes que se aparten de dichas reglas.

A diferencia de otros cuerpos legales que omiten establecer definiciones de las materias que regulan, la LPAG deliberadamente ha optado por consagrar en el numeral 1.1) de su artículo 1º una definición de acto administrativo acorde con las definiciones más usuales de la doctrina y la legislación comparada, seguramente con el propósito de facilitar su comprensión y aplicación por los destinatarios de la citada norma:

Artículo 1º.- 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.
(....)

Conforme a la glosada definición el acto administrativo constituye una manifestación de voluntad, lo que supone siempre la exteriorización de un proceso intelectual de cognición o juicio que conforme al numeral 5.1) del artículo 5º de la LPAG[1] puede consistir en una decisión, opinión o constatación por parte de la administración y que está destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados. Por tal razón no son consideradas actos administrativos por el numeral 1.2.2)[2] las actuaciones puramente materiales de la administración que se realicen desprovistas de la cobertura de un acto administrativo, las cuales son conocidas como hechos administrativos porque no implica una exteriorización intelectual sino puramente material.

Asimismo, los actos administrativos deben proceder de una autoridad, funcionario u organismo que forma parte de la Administración Pública, lo cual excluye a los actos jurídicos que realicen los administrados para iniciar, o al interior de, un procedimiento administrativo como cuando presentan solicitudes, interponen recursos, etc. Por ser un acto de carácter esencialmente unilateral tampoco están comprendidos los contratos que celebre el Estado con los privados o los convenios interadministrativos por cuanto son producto de un acuerdo de voluntades y no de una decisión administrativa unilateral. Además los actos administrativos deben ser producto del ejercicio de potestades regidas por normas del derecho público, lo que también excluye a las actuaciones que en ocasiones lleva a cabo la Administración sujetándose a las normas del derecho privado como cualquier particular.

En el numeral 1.2.1) del citado artículo 1º se precisa que los actos de administración interna de las entidades administrativas[3], en ocasiones

[1] "5.1. El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad".
[2] "Artículo 1º.- Concepto de acto administrativo
1.1 Son actos administrativos...(...)
1.2. No son actos administrativos:
(...)
1.2.2 Los comportamientos y actividades de las entidades".
[3] La norma glosada en el pié de página anterior dispone que no son actos administrativos : "1.2.1. Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a
Cont.

también conocidos por la denominación de de origen más bien francés "actos de la administración", no estarán regulados por las normas de la LPAG, salvo en lo que se refiere a las disposiciones del Título Preliminar y por aquellas normas de la citada Ley que expresamente los comprenda como es el caso de los artículos 7º ("Régimen de los actos de administración interna") y 28º ("Comunicaciones al interior de la administración") entre otros, lo cual se justifica en la necesidad de permitirle a la Administración organizarse internamente de forma más dinámica según criterios de celeridad, flexibilidad y eficacia, ya que se trata de actuaciones que no están sujetas a las mismas garantías y requisitos que los actos administrativos que si tienen repercusión sobre los particulares. Como sucede en la mayor parte de los países que cuentan con una regulación general del procedimiento administrativo, la LPAG peruana regula lo que podríamos denominar las "actuaciones externas" de las entidades administrativas, es decir la actividad orientada a producir efectos jurídicos en el exterior de la organización administrativa[4].

Asimismo, el artículo 2º de la LPAG[5] tácitamente proscribe toda posibilidad de que la Administración pueda dictar actos administrativos sujetos a condición, término o modo, porque condiciona dicha posibilidad de "modalización" de los actos a que una ley especial previamente lo autorice, sujeto además al cumplimiento de una serie de requisitos rigurosos, con la finalidad de garantizar el principio de legalidad en la actuación de la administración pública y que no se genere un marco muy amplio de discrecionalidad administrativa que pueda dar origen a arbitrariedades en perjuicio de los derechos de los particulares.

Conviene advertir que en acatamiento de lo dispuesto por los organizadores de la presente edición del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en esta ponencia no se realizará una descripción general del régimen de los actos administrativos en la LPAG, razón por la que no se abordaran algunos de sus aspectos medulares como sus elementos y requisitos de validez y de eficacia, el régimen de nulidad, los caracteres de ejecutoriedad e imputabilidad y las reglas de extinción de los actos administrativos . En atención al tema central de la convocatoria que propone el análisis del acto administrativo como fuente, pasaremos en primer lugar a describir someramente el régimen de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de verificar si el acto administrativo puede ser considerado como fuente creador de normas

las disposiciones del Título Preliminar de esta ley y de aquellas normas que expresamente así lo establecen".

[4] Respecto del régimen de los actos administrativos en el Perú se puede revisar a MORON URBINA, J. C.: "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley Nº 27444", publicado en AAVV.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley Nº 27444*, Segunda parte, Ara Editores, Lima 2003, págs. 153 y sigs.

jurídicas o más bien como la aplicación por parte de la administración pública de un determinado marco legal.

II. Fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano

La LPAG peruana cuidó de establecer en el artículo V de su Título Preliminar un listado ordenado de fuentes del derecho bajo el título de "Fuentes del procedimiento administrativo", que no obstante el aparente carácter circunscrito de su ámbito (nominalmente referido con carácter exclusivo al procedimiento administrativo) en verdad sistematiza con carácter general las fuentes del derecho para todo el ámbito del Derecho Público.

Para los autores del anteproyecto que dio origen a la LPAG era necesario condensar en un precepto específico las fuentes del procedimiento administrativo, porque las transformaciones operadas en las últimas décadas habían determinado el surgimiento de una pluralidad de centros productores de disposiciones legales administrativas, como sucede no sólo con los entes territoriales dotados de facultades normativas como las regiones y los municipios, sino también de diferentes entidades públicas a los que en mayor o menor medida y acierto, las leyes les atribuyen expresamente facultades para dictar disposiciones de carácter reglamentario de mucha gravitación en los derechos y deberes de los particulares, como es el caso de los organismos reguladores de servicios públicos y de concesiones de infraestructura, entre varios otros.

Por tales razones, la LPAG señala que el ordenamiento jurídico administrativo constituye un sistema orgánico integrado por varias modalidades de fuentes del derecho, a la vez que proclama la autonomía del ordenamiento jurídico administrativo respecto de otras ramas del Derecho y establece una relación de normas que tienen la calidad de fuentes del Derecho Público.

Sobre este tema es conveniente resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha contribuido decisivamente a perfilar el régimen de las principales fuentes del derecho (las que tienen rango legal) que deben a la norma constitucional la configuración de sus caracteres fundamentales[6].

[5] Artículo 2º.- Modalidades del acto administrativo
2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad mediante decisión expresa puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.
2.2 Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.

[6] La sentencia que sistematiza y resume los criterios del Tribunal sobre el sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución es la recaída en el Exp Nº 047-2004-AI/TC, de 14 de abril del 2006.

Llegado a este punto debemos detenernos en el análisis del régimen de los reglamentos porque a pesar de constituir fuentes secundarias (rango infralegal) son las más abundantes y regulan los aspectos centrales de los sectores del ordenamiento administrativo. Como la experiencia lo demuestra, la mayor parte de las veces para comprender o enterarse del régimen legal de una determinada materia o sector no es suficiente el análisis de la respectiva ley o normas con dicho rango que la regulan, más bien es indispensable el estudio del respectivo reglamento que establece las normas de desarrollo indispensables para viabilizar la aplicación y efectividad del respectivo régimen legal.

El protagonismo (predominancia cuantitativa y cualitativa) de los reglamentos como fuentes del derecho con respecto de la ley o normas con ese rango, principalmente en las materias propias del Derecho Administrativo y en particular en las que tienen que ver con temas técnicos o con fuerte incidencia en la regulación sectorial de las actividades económicas, determina que el espacio idóneo para análisis sea precisamente el Derecho Administrativo, disciplina que esta dogmáticamente en mejores condiciones que otras ramas del Derecho para determinar sus caracteres.

Al respecto, como se puede apreciar de los preceptos de la LPAG que han sido glosados, en el ordenamiento jurídico peruano existe una clara distinción entre los reglamentos como fuentes del derecho (Artículo V del Título Preliminar) y los actos administrativos (Título I) que constituyen declaraciones de la administración pública en aplicación o ejecución de un determinado marco legal que le confiere dicha potestad y que por tal razón no tienen la consideración de fuentes productoras de normas jurídicas. Conforme analizaremos más adelante, es evidente que la administración pública mediante la emisión de un acto administrativo puede crear, modificar o extinguir derechos, relaciones, obligaciones o situaciones jurídicas subjetivas de otros sujetos, pero como bien señalan los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ[7] tales efectos jurídicos se presenten como el ejercicio de potestades administrativas basados precisamente en normas legales que lo autorizan

Respecto a la distinción entre reglamentos y actos administrativos, el clásico y primario criterio de diferenciación en función al carácter singular de uno y general del otro, ha sido desvirtuada por la doctrina y la realidad. Como se sabe existen reglamentos singulares como los que establecen las reglas de organización interior de una determinada entidad de la administración pública, tal es el caso de los denominados Reglamentos de Organización y

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo 1, Palestra, Temis, Lima- Bogotá 2006, pág. 590.

Funciones (ROF) de los organismos públicos, así como también existen actos administrativos generales, como es el caso de las convocatorias a licitaciones públicas que aunque están dirigidas a un número indeterminado de interesados, como bien señalaba el profesor JULIO COMADIRA[8] constituyen actos administrativos de alcance general de carácter no normativo. Esta clase de actos administrativos generales de contenido no normativo es indirectamente reconocida por el numeral 23.1.1 de la LPAG que cuando regula la notificación de los actos administrativos mediante la modalidad de publicación en el Diario Oficial, hace referencia a los "actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido".

Habida cuenta de ello, quizás el punto que pueda generar mayor confusión respecto del tema que se ha venido tratando sea la diferencia entre los actos administrativos generales y los reglamentos, en vista de que ambos tienen por objetivo común surtir efectos sobre una pluralidad o grupo indeterminado de sujetos.

A continuación pasaremos revista a los criterios comúnmente esbozados por la doctrina para trazar la línea divisoria entre un Reglamento y un acto administrativo[9]:

1. Criterio de la abstracción o generalidad en sentido subjetivo u objetivo.- La primera y más elemental diferencia reside en la redacción utilizada. En principio, los Reglamentos suelen utilizar un lenguaje impersonal, general y abstracto de situaciones concretas existentes. En cambio los actos administrativos se dirigen o tienen como objetivo un destinatario concreto, se refieren a una situación jurídica existente e individualizada o a una materia determinada; tal es el caso de la aplicación de una sanción administrativa, el otorgamiento de una licencia, el nombramiento de un funcionario, etc. Sin embargo, este criterio de indeterminación o no de los destinatarios, o de

[8] En *La Licitación Pública (Nociones, principios, cuestiones)*. Ediciones Depalma, Bs As, 2000, pág. 7.

[9] Esta parte la hemos tomado de nuestra ponencia: "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano", presentada en el *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, celebrado en la Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 207. Consideramos necesario reproducir en este trabajo la citada sección porque es importante resaltar las diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos que constituyen una de las modalidades de fuentes del derecho más cercanas a los primeros y que a veces el intérprete debe esforzarse en distinguir porque se presta a confusión debido a que son producidos por la propia administración y muchas veces dictados por autoridades administrativas dotadas simultáneamente de la potestad para dictar actos administrativos y reglamento, incluso empleando el mismo vehículo formal (resoluciones), como sucede con los organismos reguladores de servicios públicos cuyos consejos directivos emiten actos administrativos y están facultades para dictar disposiciones reglamentarias adoptando la forma de resoluciones, claro está en ejercicio de potestades de diferente naturaleza .

los supuestos de hecho al que el mandato se refiere, no siempre es definitivo porque puede llevar a calificaciones discutibles[10] .

2. Criterio ordinamental.- La diferencia más estimable en nuestra opinión, deriva de la naturaleza normativa del Reglamento. En esa medida, el Reglamento tiene una vocación "ordinamental", mientras que el acto administrativo (general) resulta ser algo "ordenado". Como bien señalan EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ:

> El reglamento innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto[11].

En ese sentido, será Reglamento toda actuación administrativa que se incorpore al ordenamiento jurídico cuyos preceptos trasciendan, en ese sentido, a un supuesto determinado; en cambio, aquella actuación administrativa que viene a concretar lo establecido anteriormente por una norma jurídica, será un acto administrativo.

3. Criterio de la consunción.- Finalmente, el acto administrativo sea singular o general el círculo de sus destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en este; por dicha razón, para un nuevo cumplimiento requiere que se dicte un nuevo acto administrativo.

En cambio, el Reglamento en su calidad de dispositivo legal que forma parte del ordenamiento jurídico no se consume en su cumplimiento singular, porque es susceptible de infinidad de cumplimientos, debido a que como fuente del derecho sigue ordenando la vida social. Conforme a lo señalado por Lorenzo Martín – Retortillo:

---

[10] Sin embargo, es el criterio utilizado por el Decreto Supremo Nº 018-97-PCM que determina que normas deben publicarse en forma gratuita en el Diario Oficial El Peruano, que en su artículo 3º establece lo siguiente: "..se entienden por normas de carácter general a aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica". Recientemente mediante Decreto Supremo Nº 001-2009-JUS se ha aprobado el reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general , en cuyo artículo 4º de establece: "...entiéndase por norma legal de carácter general a aquélla que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive 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".

[11] *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Palestra- Temis, Lima – Bogotá, 2006, pág. 198.

> ...la actuación administrativa será un Reglamento en cuento se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume en sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si por el contrario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento[12].

Este último criterio es especialmente importante porque en la realidad administrativa es frecuente encontrar actos administrativos generales que tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, que no deben confundirse con los Reglamentos, tal es el caso de las resoluciones que determinan horarios o turnos de atención, establecen calendarios de pagos, declaran días feriados, etc.

Retomando el ejemplo de las convocatorias a los procedimientos administrativos de selección como sucede con las licitaciones o concursos públicos, señala el mismo Julio Comadira que:

> ...se trata de un acto de esencia no normativa porque sus efectos se agotan al cumplirse la finalidad perseguida, que no es otra que la lograr, sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, la presentación de la mayor cantidad posible de proponentes, de entre cuyas ofertas se seleccionará la más conveniente al interés público[13].

En este punto, es conveniente recordar que la distinción entre Reglamentos y actos administrativos no constituye un mero ejercicio teórico, porque tiene una enorme trascendencia jurídica y relevancia práctica debido a la diversidad de efectos y de regulación que de ambas figuras consagra el ordenamiento jurídico administrativo y que reseñamos a continuación:

(i) Es importante tener presente que la potestad reglamentaria sólo la pueden ejercer aquellas autoridades, instancias u organismos de la administración pública que la tienen específicamente atribuida por el ordenamiento jurídico. La potestad reglamentaria no es un atributo natural de la administración pública. En cambio la potestad de dictar actos administrativos es una cualidad general de prácticamente toda instancia u órgano de la administración pública, porque constituye su modo normal de expresarse

En el ordenamiento jurídico peruano la Constitución únicamente reconoce en forma expresa la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por ello para que otro nivel de Gobierno, organismo, autoridad o instancia

[12] "Actos administrativos generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria a oposiciones". *Revista de Administración Pública*- RAP Nº 40, Madrid 1963, pág. 249.
[13] Opus Cit., pág. 8.

que forme parte del entramado organizativo que constituye la administración pública pueda dictar normas reglamentarias se requiere que dicha potestad le haya sido expresamente otorgada por alguna ley o dispositivo con ese rango. La titularidad de la potestad reglamentaria tiene un carácter estricto porque solo corresponde a unos determinados órganos, específicamente determinados en nuestro ordenamiento jurídico.

(ii) La puesta en vigencia de los Reglamentos requiere su publicación en el Diario Oficial o en el medio de publicidad que haya establecido la ley que regula su proceso de producción[14], en cambio la adquisición de eficacia de los actos administrativos no está supeditada por regla general al requisito de su publicación en el Diario Oficial, sino al de su notificación a los interesados, conforme a las reglas establecidas en la Ley Nº 27444 de Procedimiento Administrativo General[15].

(iii) El titular de la potestad reglamentaria, puede derogar o dejar sin efecto los Reglamentos, en tanto que constituyen normas legales, con entera libertad,. en cualquier momento, pero siempre con eficacia hacia el futuro (ex nunc).

Por el contrario el régimen legal de los actos administrativos impide que la autoridad pueda dejarlos sin efecto de manera inopinada o injustificada, porque se busca garantizar los derechos que el acto administrativo haya podido generar a favor de los particulares. Por dicha razón es que la LPAG contiene en su Título III (arts. 201º a 218º) los mecanismos de revisión de los actos administrativos a pedido de parte (recursos administrativos), o de oficio, los que en determinados supuestos permiten que la declaratoria de nulidad del acto tenga efectos retroactivos.

(iv) Finalmente, los Reglamentos y los actos administrativos tienen diferentes cauces procesales y requisitos para su impugnación. Así, mientras que para cuestionar la constitucionalidad y/o legalidad de los Reglamentos la Constitución ha previsto el proceso constitucional de la Acción Popular que se

[14] Sin embargo, a partir de la reciente entrada en vigencia del anteriormente citado Decreto Supremo Nº 001-2009-JUS se está produciendo la paradoja de que en el Diario Oficial se están publicando únicamente las disposiciones legales (Decretos Supremos) que aprueban las normas reglamentarias, omitiéndose la publicación del texto mismo del reglamento, sustentándose erróneamente en el artículo 9º del citado Decreto para remitir la publicación del texto del reglamento al portal electrónico de la entidad emisora, lo que constituye una práctica que vulnera el ordenamiento constitucional y legal que dispone la publicación como requisito esencial para la eficacia de toda norma jurídica, conforme lo ha recordado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

[15] Como bien señala BOQUERA OLIVER: "Decimos que las resoluciones administrativas se notifican y que las disposiciones se publican. La notificación es una comunicación individual; la publicación, una comunicación general e impersonal" en "La Publicación de Disposiciones Generales", *Revista de Administración Pública* – RAP Nº 31, Madrid, 1960, pág. 76.

tramita directamente ante el Poder Judicial, a pedido de cualquier persona sin necesidad de acreditar interés directo, en cambio para impugnar la legalidad o validez de los actos administrativos se debe acudir al proceso contencioso administrativo de competencia también del Poder Judicial, pero se requiere que previamente se agote la vía administrativa, es decir que el interesado interponga los recursos administrativos que la ley le franquea contra el acto administrativo cuestionado.

III. Contenido de los actos administrativos

Terminada una somera descripción del régimen de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano y acreditado que los actos administrativos no participan de dicho carácter, para lo cual se han enfatizado sus diferencias capitales con las disposiciones reglamentarias, corresponde retomar en esta parte de la ponencia la regulación del contenido del acto administrativo.

Al respecto, la LPAG dedica dos preceptos para regular de manera específica lo relativo al contenido del acto administrativo. El primero de ellos se localiza en el artículo 3º[16] que lista los requisitos de validez que debe cumplir todo acto administrativo: entre los que se cuenta los que la doctrina denomina elementos subjetivos de los actos administrativos (competencia), elementos objetivos (objeto o contenido y finalidad pública) y elementos formales (la motivación y el procedimiento regular). En el numeral 2) del citado artículo 3º se establecen reglas a las que se deben sujetar los actos administrativos al expresar o delimitar su objeto o contenido, las que al constituir requisito de validez, su contravención podría dar lugar a su nulidad.

Conforme a la sistemática de la LPAG, que luego de establecer en el artículo 3º la relación de los requisitos de validez del acto administrativo (con la finalidad de facilitar el análisis de su legalidad por parte del funcionario encargado de su revisión a pedido o de parte o de oficio, o por los jueces), desarrolla a continuación cada uno de ellos, lo referido al objeto o contenido de los actos administrativos ha sido materia de regulación detallada en el artículo 5º[17], del

[16] Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(....)
2.- Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
(...)

[17] Artículo 5º.- Objeto o contenido del acto administrativo
5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

Cont.

cual para los efectos del tema de esta ponencia extraemos solo las siguientes reglas:

- El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina, según la materia del mismo.

- Debido a su carácter concretizador destinado como señala el numeral 1.1) de la LPAG "a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta", el acto administrativo no podrá contravenir la regla de la "inderogabilidad singular de los reglamentos" basada en el principio de legalidad, conforme a la cual la decisión de la administración no podrá apartarse del marco legal que le sirve de referencia, aunque el acto que resuelve una situación en concreto sea producido por la misma instancia o autoridad que dictó el referido marco legal.

Hasta aquí hemos reseñado en forma sucinta algunos de los aspectos de la temática del contenido del acto administrativo en el régimen jurídico – administrativo peruano, en atención al tema central de la presente edición del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo que propone el análisis del acto administrativo como fuente, de lo que podemos concluir que el contenido del acto es la decisión, la manifestación de la voluntad de la administración que produce unas determinadas consecuencias en derecho "dentro de una situación concreta", es decir en un caso particular, a diferencia de las fuentes del Derecho que poseen un carácter abstracto – general.

Una vez remarcadas las diferencias entre el acto administrativo y las fuentes del Derecho en el ordenamiento administrativo peruano, consideramos conveniente traer a colación la concepción alemana del carácter "regulador" de los actos administrativos a efectos de analizar si en el ordenamiento de dicho país le asignan a los actos administrativos el carácter de fuente del Derecho.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas, ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.
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 dicta el acto.
5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar ot5ras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.

Conforme señala el profesor BOCANEGRA[18], a tenor del artículo 35º de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana[19] el carácter "regulador" de su contenido, es sin duda, la característica definitoria más importante de los actos administrativos en Alemania. En dicho país el citado carácter "regulador" constituye condición necesaria de la existencia de los actos administrativos razón por la que "...deben encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación".

El citado carácter "regulador" del contenido de los actos administrativos como nota esencial de su régimen en Alemania sirve para delimitar con toda nitidez su concepto frente al resto de la actividad administrativa en general, de tal modo dice BOCANEGRA[20] que las actuaciones administrativas en las que esté ausente el referido carácter "regulador" no tienen jurídicamente la consideración de actos administrativos. Tal es el caso, entre otros, de la actividad puramente material o técnica de la administración, de las llamadas declaraciones administrativas de conocimiento o de juicio como las certificaciones o informes, las meras informaciones administrativas, los consejos, las advertencias, las denominadas promesas administrativas, ciertas declaraciones cuyo efecto vinculante no es autónomo, aunque produzcan efectos jurídicos al exterior, los actos de trámite y preparatorios y los que se limitan a confirmar otro acto anterior.

Sin embargo, el carácter "regulador" de los actos administrativos en Alemania no admite su confusión con los reglamentos que forman parte de la teoría de las fuentes del Derecho, porque se dirigen a la regulación de un caso particular o de una situación jurídica concreta aplicando el Derecho, a diferencia de los reglamentos o de otras fuentes del Derecho que más bien innovan o alterar el marco legal.

IV. Estabilidad de los actos administrativos creador de derechos y alcances de la presunción de legalidad[21]

La estabilidad de los actos administrativos constituye un principio garantístico implícito en la LPAG peruana que preserva la seguridad de las relaciones

[18] BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas. Madrid. 2002, pág. 31 y *La teoría del acto administrativo*. IUSTEL, Madrid, 2005, pág 57.

[19] Art. 35º.- Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos inmediatos en el exterior. (subrayado nuestro).

[20] *La Teoría del acto administrativo*, op. cit, págs. 60 a 64.

[21] Se incluye esta sección en la presente Ponencia en acatamiento a las indicaciones de los organizadores. Buena parte de su contenido ha sido tomado de nuestro trabajo: "Régimen de la

Cont.

jurídicas que crea la administración con los administrados y que se deriva de los preceptos legales que consagran la presunción de validez de los actos administrativos (art. 9º[22]), que regulan las formas de revisión de los actos administrativos (art. 201 y siguientes), a pedido de parte o de oficio, y que caracterizan el régimen de los actos administrativos que adquieren firmeza (art. 212º[23]).

La estabilidad es una cualidad de los actos administrativos[24] que ordena o disciplina la actuación de la administración pública la que no puede ser inconstante o errática en sus opiniones y que como todo órgano que forma parte de los poderes públicos se encuentra sujeta al principio constitucional de seguridad jurídica, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano[25].

Sin embargo, como bien señala BELADIEZ ROJO en el Derecho Administrativo adquiere especial relevancia la necesidad de armonizar el principio de seguridad jurídica con el respeto del principio de legalidad[26].

---

nulidad de los actos administrativos en la nueva ley Nº 27444 del Procedimiento Administrativo General" publicado en: AAVV.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley Nº 27444*. Segunda parte. Ara Editores, Lima, 2003, págs. 221 y sigs, al que se han incorporado las reformas que sobre la materia dispuso el Decreto Legislativo Nº 1029 de Junio del año 2008.

[22] Artículo. 9º.- Presunción de validez
Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

[23] Artículo.212º.- Acto firme
Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

[24] Sobre el tema señala BOCANEGRA SIERRA, R.: *La teoría del acto administrativo*, opus cit., pág 24:"El acto administrativo en cuanto determina de forma coactiva para el ciudadano qué es lo que el Derecho sea para él en el caso concreto, se presenta como una institución dirigida a garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de las situaciones que el propio acto administrativo reconoce o crea, cumpliendo, pues, una esencial función de clarificación y equilibrio de las relaciones jurídicas, precisamente al servicio de la seguridad jurídica"

[25] En la sentencia recaída en el expediente Nº 0016-2002-AI/TC, del 30 abril 2003, el Tribunal Constitucional trata de "la seguridad jurídica como principio constitucional", dice que a diferencia de otras constituciones la peruana "no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como principio constitucional", pero que "(....) la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes público) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (....)"

[26] BÉLADIEZ ROJO, M.: *Validez y Eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons, Madrid 1994, págs. 261 y sigs dice: "Tenemos a dos principios enfrentados seguridad y legalidad....Es necesario adoptar una solución que permita armonizar los dos intereses en conflicto, y para ello deben ponderarse y valorar cuando la conservación puede excluir a la anulación y viceversa. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos, y ello, obviamente, sólo se puede conseguir limitándolos en el tiempo....."

Cuando la administración Pública dicta un acto ilegal la confrontación entre ambos principios debe ser resuelta por el ordenamiento ponderando el requerimiento de seguridad por parte de quien podría ser beneficiado por el citado acto (y que por ende será afectado por su revisión) y la necesidad de la comunidad de que se respete el ordenamiento legal configurado para la tutela de los intereses generales de la colectividad. Como se verá a continuación en la LPAG peruana se establecen distintos mecanismos para arbitrar la tensión entre los principios de seguridad y legalidad

En tal sentido, la estabilidad de los actos administrativos es corolario de la regla de la presunción de validez de los citados actos, consagrada de manera expresa por el artículo 9º[27] de la LPAG conforme al cual todo acto se considera válido en tanto que su nulidad no sea expresamente declarada en sede administrativa mediante los mecanismos que la ley establece o en sede judicial como resultado de los procesos judiciales tramitados con ese propósito.

El denominado por la doctrina principio de presunción de validez de los actos administrativos constituye uno de los elementos característicos del Derecho Administrativo en cuya virtud los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo.

Dicho principio consagra una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos. Como señala el profesor Juan Carlos Cassagne[28] "Si no existiera tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando...el cumplimiento de los fines públicos al anteponer el interés individual y privado al bien común, sin atender a la preponderancia que aquellos representan como causa final del estado".

[27] Artículo 9º.- Presunción de validez
Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda.
[28] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 20, 21.

En sintonía con lo explicado el artículo 12.2[29] de la LPAG establece que los particulares y los servidores públicos únicamente podrán oponerse o negarse al cumplimiento de los actos administrativos sólo cuando se trate de aquellos expresamente declarados nulos, ya sea por la propia administración pública en virtud de los recursos que puedan haber interpuesto los interesados o en base a la potestad que le confiere el ordenamiento (art. 202º) para declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, o por el Poder Judicial en ejercicio de la competencia que le Constitución le confiere de controlar la legalidad de la actuación administrativa.

En cuanto a los mecanismos de revisión de los actos administrativos la LPAG sistematiza en dos Capítulos los mecanismos de revisión de los actos administrativos de oficio por la propia Administración y los medios de impugnación a instancia de los interesados (los recursos administrativos).

La posibilidad de que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio de sus propios actos administrativos cuando padezcan de vicios de nulidad y agraven el interés público constituye una de las atribuciones más importantes conferidas a la Administración por el ordenamiento jurídico – administrativo y es objeto de frecuentes controversias en su aplicación[30].

La citada potestad es consagrada por el artículo 202° de la LPAG ubicado en el Título dedicado a regular la revisión de los actos en sede administrativa que se puede promover ya sea de oficio por decisión de la propia Administración o mediante recursos administrativos interpuestos por los que se consideran perjudicados para impugnar una decisión administrativa. La nulidad de oficio como su nombre lo indica constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio previstos por la LPAG, los otros dos lo constituyen la rectificación de errores materiales establecida por el artículo 201° que permite corregir los errores de redacción o de cálculo incurridos en la emisión de los actos administrativos y la revocación prevista por el artículo 203° como una potestad que genera la extinción de actos administrativos con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia por causa de interés público.

[29] Artículo 12º.- Efectos de la declaración de nulidad
(....)
12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando la negativa.

[30] Sobre el tema el ilustre profesor J. GONZÁLEZ PÉREZ ha estudiado el régimen peruano en: "La revisión de los actos en vía administrativa en la ley del procedimiento administrativo general" en *Revista Peruano de Derecho Público*, Nº 2, Lima, 2001, pág. 35 y sigs.

La nulidad de oficio es una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado que constituye un auténtico poder – deber otorgado a la Administración que está obligada a adecuar sus actos al ordenamiento jurídico. El pedido o solicitud formulada por un particular para que la Administración ejercite la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus actos no tiene el carácter ni puede tramitarse como un recurso porque conforme al artículo 11.1[31] de la LPAG los administrados sólo pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les afecten mediante los recursos administrativos previstos en la ley y dentro de los plazos establecidos legalmente para interponerlos. Por dicha razón la solicitud presentada luego de vencido el plazo para recurrir el acto administrativo en cuestión sólo puede merecer el trato de una comunicación o denuncia formulada a título de colaboración con la entidad para que tome conocimiento del posible vicio que aqueja a uno de sus actos. En nuestra opinión no cabe duda que la potestad contemplada por el artículo 202°[32] de la LPAG es siempre una actuación de oficio, en el sentido de que se inicia siempre a iniciativa de la propia Administración, que no reconoce al denunciante la calidad de interesado. La entidad administrativa autora del acto puede descubrir por sí misma en

[31] Artículo 11º.- Instancia competente para declarar la nulidad
11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente ley. (....)

[32] Artículo 202.- Nulidad de oficio
202.1 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 agravien el interés público.
202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.
Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.
202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.
202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.
202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

alguno de sus actos de la existencia de alguna de las causales de invalidez o ser puesta en conocimiento o enterada del vicio en virtud de comunicación o denuncia de los interesados, que en este caso no puede tener más relevancia que la de excitar el celo de la Administración.

Conforme al artículo 202° de la LPAG la potestad de la Administración Pública de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos no solo está sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por dicho precepto, sino que en determinados supuestos se transforma en la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus propios actos mediante el proceso contencioso administrativo.

El primer requisito que debe cumplirse es que la nulidad de oficio sólo procede respecto de actos que padecen de vicios de nulidad de pleno derecho por las causales contempladas en el artículo 10°[33] de la LPAG. No cabe declarar la nulidad de oficio de los actos que padecen de vicios no trascendentes o leves porque en tales casos la Administración debe proceder de oficio a su subsanación en aplicación de las reglas de conservación establecidas por el artículo 14°[34] de la LPAG. La potestad de la Administración de invalidar

[33] Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

[34] Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

- 14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
- 14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
- 14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.
- 14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
- 14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

de oficio sus actos sólo puede actuarse cuando medien razones de estricta legalidad que la obliguen al control de sus propias actuaciones para depurar o invalidar aquellas que resulten aquejadas de graves vicios de invalidez absoluta y radical contrarios al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar conforme al artículo 202.1 no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que además deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar.

El tercer requisito de tipo competencial consiste en que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario que ocupa una posición jerárquicamente superior de aquél que expidió el acto que se invalida[35], pero no cualquier superior sino sólo aquél superior jerárquico materialmente competente, es decir el superior que hubiera podido conocer del caso en la hipótesis que se interpusiera un recurso administrativo para impugnar el acto administrativo cuestionado. Una interpretación contraria, que favorezca la posibilidad de que cualquier superior jerárquico en sentido lato anule de oficio el acto administrativo, desconocería las reglas esenciales de competencia, haciendo perder el sentido de que la legislación administrativa establezca instancias competentes para la tramitación de un procedimiento administrativo. La única excepción en la que la nulidad de oficio no es declarada por el superior jerárquico, es el caso de los actos administrativos producidos por una autoridad administrativa que no está sometida a subordinación jerárquica, caso en el cual la nulidad será declarada por el mismo funcionario que lo expidió (artículo 202.3), regla concordante con la prevista en el artículo 11.2[36] de la Ley.

El cuarto requisito es de carácter temporal, la nulidad de oficio puede ser declarada por la Administración aunque el acto administrativo en cuestión haya quedado firme, lo que de conformidad al artículo 212°[37] de la Ley se

[35] Lo que encuentra fundamento en el poder jurídico de control que en la organización administrativa ejercen los superiores jerárquicos respecto de los subordinados.

[36] Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

(....)

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

[37] Artículo 212°.- Acto firme.- "Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

produce una vez vencidos los plazos legales para que los interesados puedan interponer recursos administrativos, pero siempre dentro del plazo de un año a contar desde la fecha en que el acto haya quedado consentido (artículo 202.3). Por tanto, a diferencia de otros países que en sus ordenamientos administrativos han establecido que la potestad de la Administración para invalidar sus propios actos administrativos puede ejercerse en cualquier momento, sin plazos límites, fundado en que sólo procede respecto de actos administrativos viciados de nulidad absoluta, es decir definitivamente contrarios al ordenamiento legal y que por ende no pueden convalidarse por el simple transcurso del tiempo o la falta de impugnación oportuna por los interesados, en la Ley si se han establecido plazos para que la Administración Pública pueda ejercer de oficio dicha potestad, ya sea para invalidar sus actos en sede administrativa o para promover su revisión a cargo del Poder Judicial.

Existe un quinto requisito no recogido por la ley, pero si establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con sustento en los principios – derechos constitucionales del debido procedimiento y de defensa, nos referimos a la obligación de las autoridades administrativas de otorgar al administrado destinatario del acto en cuestión (que por ende podría ser afectado o perjudicado por su posible declaratoria de nulidad) la oportunidad para que dentro de un plazo adecuado pueda formular los argumentos que estime convenientes para apuntalar la legalidad del citado acto administrativo. Así en la sentencia recaída en el Expediente No. 0884-2004-AA/TC (Caso Eusebia Judith Buendía Fernández), el Tribunal declaró que :

> En el presente caso, aun cuando la emisión de la citada resolución afectaba derechos e intereses de la actora, no se le ha concedido a ésta la oportunidad de defenderlos. Así, si bien es cierto que la norma atributiva de la potestad de anulación (artículo 202º de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no lo indica expresamente, "(...) deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad[38].

Este requisito que se deriva de la jurisprudencia constitucional tiene como base legal el artículo 161º de la LPAG al disponer que únicamente es posible dictar actos de gravámenes (es decir actos extintivos de derechos) contra algún administrado, solo después de haberse otorgado un plazo perentorio

[38] Fundamento Tercero de la referida sentencia.

no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las pruebas que estime pertinentes.

Como se puede apreciar en nuestro ordenamiento administrativo el legislador ha procurado armonizar la obligación de la Administración de cautelar de oficio la legalidad de sus propios actos con las exigencias que la protección de la seguridad jurídica impone al actuar de la Administración en un Estado de Derecho y como resultado de la armonización de dichos intereses contrapuestos (legalidad versus seguridad) ha establecido límites temporales precisos en el plazo para ejercer la potestad de invalidar de oficio sus propios actos en sede administrativa o mediante el recurso a la vía judicial, a cuyo vencimiento el acto en cuestión adquiere firmeza.

Como se ha señalado anteriormente el artículo 202° de la LPAG establece que la nulidad de oficio puede ejercerse tanto respecto de aquellos actos que han sido materia de impugnación por los interesados en la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos legalmente, como respecto de aquellos actos que no han sido impugnados dentro de los plazos establecidos legalmente y que por tanto se consideran firmes, y de aquellos actos que habiendo sido impugnados y resuelto desfavorablemente por el Administración el respectivo recurso formulado por los interesados no son oportunamente impugnados en sede administrativa o judicial y por tanto se consideran consentidos por los obligados.

Es importante resaltar que en todos los casos descritos en el párrafo anterior el plazo de un año otorgado a la Administración para declarar de oficio la invalidez en sede administrativa de sus propios actos no se empieza a computar a partir de que dichos actos hayan sido emitidos o notificados, sino más bien a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos o adquirido firmeza.

Conforme al inciso d) del artículo 218.2[39] de la Ley las resoluciones de la Administración Pública que declaren de oficio la nulidad de sus propios actos agotan la vía administrativa y por ende no pueden ser objeto de impugnación por los interesados en sede administrativa, los que sólo podrán cuestionarlos ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo o de los procesos constitucionales correspondientes si se considera afectado en algún derecho constitucional.

[39] Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa.-
(...)
218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:
...d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202° y 203° de esta ley (...)

Al vencimiento del citado plazo de un año la Administración pierde la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa pero de conformidad con el artículo 202.4 de la Ley no pierde la potestad de promover ante el Poder Judicial la revisión de sus actos mediante el proceso contencioso administrativo, porque se establece de manera expresa que puede demandar la nulidad de sus propios actos vía el proceso contencioso administrativo dentro del plazo de dos años que comienzan a computarse a partir de la fecha en que prescribe la potestad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa (un año desde que el acto quedo consentido).

En otras palabras, el ordenamiento administrativo peruano establece el plazo de un año para que la Administración pueda ejercer la potestad de declarar unilateralmente la nulidad de oficio de sus propios actos, pero el vencimiento de dicho plazo sin que la potestad haya sido ejercida solo menoscaba la posibilidad de que la invalidez de oficio pueda ser producida en sede administrativa, porque la Administración conserva la potestad de promover la revisión de la legalidad de sus actos administrativos a través del proceso contencioso administrativo que se interponga ante el Poder Judicial dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió el plazo de un año para que la nulidad sea declarada en sede administrativa[40].

Como se puede apreciar el legislador peruano ha querido armonizar la tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, estableciendo el plazo de un año para que la Administración pueda unilateralmente declarar en sede administrativa la nulidad de sus propios actos, pero a cuyo vencimiento en garantía de la imparcialidad y objetividad solo se le permite dentro del plazo de dos años adicionales acudir ante el Poder Judicial para que sea otro poder del Estado, es decir un tercero imparcial, el que verifique la legalidad de los actos emitidos por la Administración promotora del proceso contencioso administrativo[41].

[40] La versión original del Anteproyecto elaborado por la Comisión constituida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 198-97 JUS de 22 de setiembre de 1997 que sirvió base para la aprobación de la Ley N° 27444 propuso establecer plazos más amplios que los finalmente aprobados en la citada ley: dos (2) años para declarar la nulidad en sede administrativa y tres (3) años, a contar desde el vencimiento del plazo anterior, para promover la revisión a cargo del Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

[41] Dice el profesor J. C. MORÓN "El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración", *Proceso y Justicia Revista de Derecho Procesal Civil* N° 3, Lima 2002, pg 33, que el mencionado tipo de proceso "...se fundamenta en la voluntad legislativa de evitar que la Administración se irrogue de modo ilimitado temporalmente la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Con su incorporación se pretende resguardar a los administrados de avasallamientos administrativos, premuniéndole un escenario en el cual le sea más factible ejercer su derecho de defensa".

El plazo de dos años que se le reconoce a la Administración Pública para demandar ante el Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus propios actos administrativos (a contar desde el vencimiento del plazo de un año para declarar la nulidad en sede administrativa) no puede ser comparado con el plazo de tres meses que la Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo otorga a los particulares para interponer la correspondiente demanda a fin de cuestionar los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico que lesionan sus derechos o intereses, porque este último plazo más breve se establece para quienes constituyen parte interesada en la actuación administrativa correspondiente a fin de que puedan demandar la tutela judicial respecto de actos que consideran perjudiciales y a quienes el ordenamiento jurídico normalmente les exige un mínimo de diligencia en la utilización de los mecanismos establecidos legalmente para la protección de sus derechos. En cambio el plazo de dos años conferido a la Administración Pública para demandar al Poder Judicial la revisión de la legalidad de sus actos se establece en tutela no de intereses propios de la Administración sino para restituir la legalidad afectada por actuaciones de las entidades administrativas y la protección de los intereses públicos que tiene legalmente encomendados. Resulta evidente que el legislador ha querido otorgar potestades a la Administración con el objeto de que realice el control de sus propios actos (autocontrol), para que el sometimiento de las entidades administrativas a la legalidad no esté supeditado a los intereses de los particulares y que sea la propia Administración la que verifique en sede administrativa o inste al Poder judicial a revisar la adecuación al ordenamiento jurídico de sus actos administrativos, en tutela de los intereses públicos que esta llamada a defender.

Finalmente, en el artículo 202.5 de la LPAG se establece un tratamiento especial para la revisión de oficio de los actos emitidos por tribunales administrativos creados para resolver controversias en última instancia administrativa, respecto de los cuales no cabe que ninguna autoridad administrativa extraña a los mismos, cualquiera fuera su jerarquía, pueda declarar la nulidad de sus actos en sede administrativa, porque sólo procede que la Administración demande su nulidad ante el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo para lo cual se le confiere un plazo de tres (3) años computados desde que el acto en cuestión quedó firme.

Como se puede apreciar el artículo 202.5 glosado veda toda posibilidad de que las resoluciones de los tribunales administrativos puedan ser declaradas nulas de oficio en sede administrativa por una autoridad ajena a los citados órganos, aunque se trate del Ministro titular del sector del cual formen parte; la única posibilidad que establece la ley para su revisión de oficio es que la instancia competente de la Administración Pública interponga la

correspondiente demanda para que sea otro poder el Estado, es decir el Poder Judicial, quien en vía contenciosa administrativa revise la legalidad de la resolución en cuestión.

Consideramos que el objetivo de la LPAG al no permitir que se declare la nulidad de oficio en sede administrativa de los actos de los tribunales administrativos por una instancia ajena a los mismos, es preservar el estatus de dichos órganos creados con el propósito de resolver en última instancia administrativa las controversias que el legislador estima conveniente sean atendidas por órganos colegiados especializados en las materias generalmente de índole sumamente técnico que son sometidas a su conocimiento.

V. Los actos administrativos de los organismos reguladores[42]

Los organismos reguladores de los servicios públicos se crearon en el Perú[43] en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló en nuestro medio durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de amplios sectores de los mercados y la promoción de la competencia en dichas actividades, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y la promoción de inversiones privadas, mediante el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura, proceso relativamente similar al que se experimentó en períodos muy cercanos en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros.

Hasta antes del referido proceso de reorientación del rol del Estado en la economía la casi totalidad de los servicios públicos de carácter nacional y la explotación de obras públicas de infraestructura de transportes estaban en manos exclusivas del Estado, quien desarrollaba dichas actividades a través de diferentes empresas de su propiedad. Es recién como consecuencia de la referida reforma, que trae consigo la transferencia a empresas privadas de la gestión en la prestación de varios servicios públicos, rompiendo el monopolio de facto que ostentaba el Estado, que se crean organismos reguladores de

[42] Se incluye esta sección en la presente Ponencia en acatamiento a las indicaciones de los organizadores. Parte de su contenido ha sido tomado de nuestro trabajo: "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios", publicado en la obra colectiva Derecho Administrativo, que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso peruano de Derecho Administrativo, El Jurista, Lima, 2004, págs. 417 y sigs.

[43] Son 4 los organismos reguladores, generalmente conocidos por sus siglas: (1) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería – OSINERGMIN; (2) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; (3) Organismo Supervisor de la Inversión privada en los Servicios de Saneamiento – SUNASS y (4) el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte – OSITRAN.

los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones para la explotación de obras públicas de infraestructura de transportes (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias), claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de asegurar un ejercicio técnico de las potestades de regulación económica y supervisión de las actividades calificadas legalmente en nuestro ordenamiento como servicios públicos.

En el Perú, como en otros países, la principal razón por la que se crean los organismos reguladores de servicios públicos estriba en la necesidad de distinguir entre la función de determinación de las políticas que van a ordenar con carácter general el desarrollo de las actividades consideradas servicios públicos, tarea que corresponde a los poderes del Estado con legitimidad democrática directa (Congreso y Poder Ejecutivo), respecto de las funciones de supervisión de la prestación de los servicios y de determinación de las tarifas a ser cobradas por los operadores de servicios públicos, tareas que requieren ser ejercidas por entidades de carácter eminentemente técnico dotadas de autonomía funcional.

En el ordenamiento jurídico peruano vigente se considera servicios públicos a aquellas actividades de contenido económico y de carácter prestacional expresamente calificadas como tales por el legislador, en virtud de su carácter esencial o indispensable para la vida de los personas en colectividad. La categoría servicio público hace referencia a un régimen jurídico especial solo aplicable a las actividades que el legislador expresamente califica como tales porque las considera esenciales y que se caracteriza porque somete a los operadores al cumplimiento de determinados principios que se desarrollan y adoptan manifestaciones concretas en la normativa que regula cada uno de los indicados servicios: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna personal el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación debido al carácter indispensable de los mismos, (iii) regularidad para asegurar parámetros mínimos de calidad en las prestaciones y (iv) adaptabilidad a la evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios.

En el ordenamiento jurídico peruano el rol del Estado en los servicios públicos consiste en garantizar la prestación de los mismos mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo preferentemente a cargo de operadores privados. En un estado social y democrático de derecho que consagra la economía social de mercado la responsabilidad del Estado respecto de los servicios públicos de contenido económico y de carácter prestacional se justifica en la obligación asignada al Estado de generar las condiciones materiales indispensables que permitan

a los ciudadanos obtener el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos.

Las notables diferencias en la evolución de la normatividad de cada uno de los organismos reguladores determinó que se aprobará la Ley Nº 27332 denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos"[44] con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades.

La citada ley precisa las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS Y OSITRAN); determina la ubicación de las citadas entidades en la estructura del Estado; clasifica las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios); las hace responsable de la supervisión de las actividades de postprivatización; potencia sus potestades de investigación; dispone que la dirección de los citados organismos corresponde a su respectivo Consejo Directivo y determina su composición y régimen de sus integrantes; establece que los organismos reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias; que se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan e las empresas y entidades bajo su ámbito y que su personal se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Conviene tener presente que el marco legal de los organismos reguladores, se completa con las leyes de creación de cada organismo regulador y con otras leyes que modifican aspectos puntuales del régimen de algunos organismos reguladores: tal es el caso de la Ley Nº 27336[45] denominada "Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones-OSIPTEL" con el deliberado objetivo de potenciar sus potestades de supervisión y sanción a las entidades prestadoras bajo su ámbito de competencia; y la ley Nº 27699[46] denominada "Ley complementaria de fortalecimiento institucional del organismo supervisor de la inversión en energía - OSINERG" con propósito similar a la anterior ley mencionada, a además de la Ley Nº 28964 que amplió la competencia de este último organismo para que supervise la protección del medio ambiente en la actividad minera, modificando su denominación y asignándole oficialmente la sigla de OSINERGMIN. Asimismo, con fecha posterior la Ley Nº 29158, Nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ha caracterizado a los organismos reguladores de servicios públicos como organismos públicos especializados

[44] Publicada el 29/7/2000 y reglamentada mediante Decreto Supremo Nº 032-2001-PCM, pub: 29/3/2001.
[45] Publicada el 5/8/2000
[46] Publicada el 16/4/2002

con un grado mayor de autonomía respecto de otros organismos que también forman parte del Gobierno[47].

Se trata pues de entidades con personalidad jurídica de derecho público, dotadas de una organización, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la ley. Conforme a nuestro diseño constitucional no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo este adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento, razón por la que se les adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo cual a la vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la administración pública.

La ley marco de los organismos reguladores y las leyes y demás disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan su régimen establecen el conjunto de funciones y potestades de carácter público (Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora, Solución de controversias entre empresas y Solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de interés general que constituye su cometido.

En el caso del Perú en principio podemos afirmar que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, que ejercen potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes, pero que

[47] Artículo 32.- Organismos Reguladores
Los Organismos Reguladores:
1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.
6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.

concurren con los ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de otras manifestaciones de dicha función reguladora, aunque con matices, a quienes también corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los servicios públicos.

La situación descrita es fácil de comprobar en el ámbito de los reguladores de suministro de electricidad y energía- OSINERGMIN; del servicio de saneamiento-SUNASS y del supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte público-OSITRAN. Tiene mayores matices en el caso del regulador de telecomunicaciones- OSIPTEL.

En el caso de OSINERGMIN se crea[48] como un organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades[49]. Como se puede apreciar, a diferencia de los demás organismos reguladores su competencia abarca la supervisión de actividades de hidrocarburos (y posteriormente de minería) que no constituyen servicios públicos, sino actividades privadas en las existe un marcado interés público en fiscalizar su realización seguramente con el objeto de resguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente. Pero lo más resaltante es que el Ministerio del sector (Ministerio de Energía y Minas) que cuenta con una órgano de línea especializado en la materia (la Dirección General de Electricidad) retiene importantes funciones de carácter normativo (por ejemplo la aprobación del Código Nacional de Electricidad-Suministro), mientras que la función de determinar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos en la ley de la actividad (Ley Nº 25844 de concesiones eléctricas) es otorgada a otro organismo denominado Comisión de Tarifas Eléctricas, que se integro recién a OSINERG a partir de lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley Marco de organismos reguladores.

En el caso del regulador de los servicios de saneamiento- SUNASS la evolución normativa de la actividad ha determinado que a partir de la expedición de la denominada ley de fomento y desarrollo del sector saneamiento[50] se distinga con mayor precisión las funciones del ente rector (el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento creado por la Ley Nº 27792) de las del regulador. De conformidad con el artículo 5º de la citada ley al ente rector le

[48] Mediante ley Nº 26734

[49] Cabe recordar que mediante la Ley Nº 28964 se amplió la competencia de OSINERGMIN para comprender la actividad de Minería.

[50] Decreto Legislativo Nº 908, pub: 3/8/2000.

corresponde, entre otras funciones, formular la política del sector, adoptando las correcciones y demás medidas que correspondan, promover el desarrollo y la sostenibilidad de los servicios, proporcionar asistencia técnica para el desarrollo de los servicios, etc.

El caso del ente supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público-OSITRAN presenta algunos matices, porque de conformidad con su ley de creación[51] le corresponde regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, "...cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito". Como se puede observar aparte de la expresa mención a las políticas que dicte el Ministerio del sector correspondiente a través de órganos especializados[52], que tienen competencias para otorgar licencias de operaciones y aprobar normas técnicas para la construcción y mantenimiento de la infraestructura, etc.; gran parte del marco normativo de la actividad a supervisar por OSITRAN está predeterminado por los respectivos contratos de concesión, elaborados muchas veces sobre la base de consideraciones de índole política, económica y social ajenos a la competencia propia del ente regulador. En el caso peruano se da la singularidad que el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y en obras públicas, es conducido por un ente especializado del Poder Ejecutivo denominado PROINVERSION, dirigido por un grupo de ministros titulares de los sectores involucrados. Sin perjuicio de que el otorgamiento del respectivo contrato de concesión corresponde sin lugar a dudas al sector correspondiente.

El caso del organismo regulador en materia de telecomunicaciones-OSIPTEL es probablemente el más complejo y que más aristas presenta para su análisis. De conformidad con el artículo 18º de su Reglamento General tiene por objetivo general: "regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones", tareas que como se puede apreciar son la usuales de un organismo regulador. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones

[51] Ley Nº 26917, pub: 23/1/1998.

es competente para establecer la política y estrategias del sector, otorgar concesiones y administrar el uso del espacio radioeléctrico, en lo referente al servicio público de telecomunicaciones. Asimismo, el contrato de concesión suscrito con la empresa Telefónica del Perú que marcó en 1994 el inicio del proceso de apertura de la competencia en el sector, contiene diversas cláusulas, especialmente las referidas a materia tarifaria, que repercute en la disciplina del sector.

En resumen, consideramos que los aspectos que distinguen el marco normativo de los organismos reguladores peruanos con las agencias reguladoras del derecho norteamericano que les han servido de inspiración son los siguientes: (i) Nuestro ordenamiento le otorga la categoría jurídica de servicio público a determinadas actividades en función de su carácter esencial para satisfacer necesidades colectivas, por lo que el Estado debe garantizar su prestación lo que no significa que deba apropiarse materialmente de la actividad; (ii) Existe un marco legislativo específico (ley y reglamentos de desarrollo) para cada actividad considerada servicio público que establece en gran parte la disciplina del sector; (iii) los contratos de concesión de servicios públicos, en especial los de concesiones de obra pública de infraestructura de transportes, también establecen el marco regulatorio de la actividad; y (iv) aunque con matices, los organismos reguladores de servicios públicos concurren en la función normativa de la actividad de servicio público que les compete con el Ministerio del sector correspondiente.

Como se puede apreciar los organismos reguladores en el Perú están sujetos a un marco legal que trata de caracterizar hasta cierto punto de manera homogénea las distintas funciones que se les encomiendan, entre las que destaca para los fines de esta ponencia la función normativa que corresponde ser ejercida por sus respectivos Consejos Directivos para dictar normas reglamentarias sobre las obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, normas de procedimiento administrativo especial e incluso tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones administrativas[53].

[52] La Dirección General de Aeronaútica Civil cuenta con una Dirección de Infraestructura Aeroportuaria; La Dirección General de Transporte Acuatico cuenta con una Dirección de Puertos; la Dirección General de Caminos cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial; la Dirección General de Ferrocarriles cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial Ferroviaria.

[53] Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos.

Artículo 3º.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(.....)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras

Cont.

El ejercicio por los organismos reguladores de la referida función normativa no se confunde con las otras funciones de carácter netamente administrativo que desarrollan (tarifaria, supervisora, sancionadora, de solución de controversias, etc.) y que se expresa formalmente en todos los casos mediante actos administrativos[54], que como se ha señalado anteriormente, en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano no tienen carácter de fuente del Derecho.

En este punto corresponde traer a colación la opinión del profesor OSCAR R. AGUILAR VALDEZ[55], para quien los actos administrativos dictados por los organismos reguladores de servicios públicos tienen carácter regulador porque si bien están dirigidos a un destinatario directo e individualizado, muchas veces proyectan sus efectos hacia terceros sujetos que aunque no son, técnicamente, los formalmente destinatarios de los mismos, son efectivamente afectados o incididos en su esfera de intereses por las decisiones administrativas de los reguladores. Cita a título de ejemplo las decisiones de los organismos reguladores que disponen la interconexión de redes entre empresas operadoras, las que ordenan otorgar facilidades esenciales de acceso a infraestructuras escasas, y podríamos agregar la importante potestad de determinación de tarifas en los servicios en los que no existe competencia o esta es escasa, que se dictan como consecuencia de un procedimiento administrativo y que tienen eficacia no solo para las empresas operadoras que han sido parte del mismo, porque sus efectos económicos se extienden a otras empresas e inciden directamente sobre los usuarios de las mismas.

Para AGUILAR el carácter regulador de los actos administrativos de los organismos reguladores de servicios públicos es fruto del carácter triangular de la relación jurídico- regulatoria, que exige una permanente interacción entre el organismo regulador, las empresas reguladas y los usuarios y consumidores, y es lo que determina las diferencias con la concepción que

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.
(....).

[54] A diferencia de los ordenamientos de otros países de nuestro entorno, en el Perú no se le reconoce a las entidades de la administración pública potestades jurisdiccionales, por tanto cuando ejercen las potestades públicas (no normativas) que el régimen legal les confiere dictan actos administrativos que en ningún caso serán considerados "jurisdiccionales", aunque tales actos sean el producto de procedimientos administrativos en los que el ente administrativo haya resuelto una controversia entre dos particulares (por ejemplo entre una empresa operadora de servicios públicos y sus usuarios), porque en el ordenamiento peruano cuando la administración tramita un procedimiento administrativo para resolver un conflicto entre particulares dicho procedimiento es caracterizado por la LPAG como un "procedimiento administrativo trilateral".

[55] "El acto administrativo regulatorio", publicado en AAVV: *Documentación Administrativa* Nº 265 – 268, setiembre 2003 – Abril 2004. El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (I). Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 289 y sigs.

califica como tradicional del acto administrativo que propugna un ámbito individual de exclusiva eficacia personal.

En nuestra opinión, si bien podemos participar de gran parte de las afirmaciones del profesor Aguilar, cabe recordar que el fenómeno de la incidencia de algunos actos administrativos en terceros diferentes a sus destinatarios, no es una consecuencia exclusiva de las decisiones de los organismos reguladores de servicios públicos porque se puede presentar en otras manifestaciones o ámbitos de la actuación administrativa, lo que no desnaturaliza las profundas diferencias que hemos venido acotando a lo largo de esta ponencia entre el régimen de los actos administrativos y de las fuentes del derecho, en el ordenamiento jurídico administrativo peruano.

NOVAS TENDÊNCIAS DO REGIME DO ACTO ADMINISTRATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Mário Aroso de Almeida

O presente texto foi elaborado tendo em vista a sua apresentação ao VIII Foro Iberoamericano de Direito Administrativo, a realizar na Cidade de Panamá, em Setembro de 2009. O título que lhe foi atribuído pareceu o mais adequado ao seu conteúdo, estruturado em rigorosa conformidade com as indicações nesse sentido fornecidas pela comissão organizadora do Foro.

I. O acto administrativo como fonte do direito administrativo

1. Ao contrário do que, desde logo, tradicionalmente sucede no Direito francês, o conceito de acto administrativo que é adoptado no ordenamento jurídico português é um conceito restrito, que não abrange os *regulamentos*, pelo facto de estes possuirem conteúdo normativo.

Como dispõe o artigo 120º do Código do Procedimento Administrativo português (CPA)[1], "consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visam produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta". Por conseguinte, os actos administrativos não introduzem normas, mas determinações tendencialmente individuais e concretas[2].

[1] Aprovado pelo Decreto-Lei nº 422/91, de 15 de Novembro, e revisto pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.

[2] Fala-se no texto em decisões *tendencialmente* individuais e concretas porque, se, na doutrina portuguesa, todos concordam que os comandos gerais e abstractos são regulamentos e que os comandos individuais e concretos são actos administrativos, coloca-se a questão de saber se devem ser assimilados ao conceito de regulamento ou de acto administrativo os comandos individuais, mas abstractos, e os comandos gerais, mas concretos. Tradicionalmente, todas estas situações, consideradas híbridas, são assimiladas ao *acto administrativo*, sobretudo por razões de ordem processual, relacionadas com o facto de ser tradicionalmente mais amplo o acesso dos interessados à impugnação de actos administrativos, do que de regulamentos: cfr., por todos, EHRHARDT SOARES, R.: *Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1978, págs. 79 segs.; ESTEVES DE OLIVEIRA, M./ GONÇALVES, P. / DE AMORIM, P.: *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., Coimbra, 1997, pág. 566. A solução parece adequada no que respeita ao acto concreto com destinatários determináveis, pois este acto, embora seja geral, porque os seus destinatários não são concretamente individualizados, mas apenas surgem definidos por referência a conceitos ou categorias universais, não possui conteúdo normativo, pelo que parece dever ser assimilado à figura do acto administrativo: neste sentido, que é o mais clássico e divulgado na doutrina, cfr., por todos, MARCELLO CAETANO: *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., vol. I, Coimbra, 1973, pág. 436; AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, "Teoria dos Regulamentos"

Cont.

Um acto de conteúdo normativo não é, pois, um acto administrativo. Como estabelece o artigo 112º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os actos normativos, ou são actos legislativos, ou são regulamentos, tudo dependendo da natureza do órgão que os emita e da forma utilizada para a sua emissão[3]. Em caso algum são, porém, actos administrativos.

Pode, no entanto, dar-se o caso de, eventualmente, um acto praticado sob a forma legislativa ou regulamentar – e, portanto, um acto formalmente normativo – conter uma ou mais determinações com a natureza de acto administrativo. Quando isso suceda, tais determinações não deixam de ser qualificadas como acto administrativo, independentemente da forma pela qual foram emitidas, sendo, por isso, passíveis, sendo caso disso, de impugnação perante os tribunais administrativos, como sucede com os demais actos administrativos. Neste preciso sentido, o artigo 268º, nº 4, da CRP reconhece expressamente aos titulares de direitos ou interesses lesados o direito fundamental de procederem à impugnação dos actos administrativos que os lesem, "independentemente da sua forma"[4].

in *Revista de Direito e Estudos Sociais,* Ano XXVII, pág. 1; SÉRVULO CORREIA: *Noções de Direito Administrativo,* vol. I, Lisboa, 1982, pág. 271; MARGARIDA OLAZABAL CABRAL: *O concurso público nos contratos administrativos,* Coimbra, 1997, págs. 238-239; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA: *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos,* 4ª ed., Coimbra, 2005, págs. 166-167. Já se afigura mais duvidoso que não possua conteúdo normativo o comando abstracto no qual se opte por identificar o destinatário ou os destinatários a quem se pretende impor a regra de conduta. A admitir-se, como nos parece, que este tipo de comando possui conteúdo normativo, será justificada a sua assimilação à figura do regulamento, e não do acto administrativo.

[3] Nos termos da CRP, o Governo tanto pode emanar regulamentos como actos legislativos, sob a forma de decretos-leis. Por outro lado, os regulamentos emanados pelo Governo tanto podem ser regulamentos de mera execução de actos legislativos anteriores, como podem ser *regulamentos independentes*, que contêm normas materialmente legislativas, fonte de direito inicial, na medida em que introduzem normas autónomas, originárias, com um intencional conteúdo inovador. Daqui resulta que, no ordenamento jurídico português, só por referência a aspectos orgânicos e formais é possível distinguir lei e regulamento. Por conseguinte, é lei todo o acto que provenha de um órgão com competência legislativa e que assuma a forma de lei. Ou seja: "são leis todos os actos que, independentemente do seu conteúdo, são emanados pela Assembleia da República, pelo Governo e pelas assembleias legislativas regionais, de acordo com os procedimentos e no exercício das competências legislativas jurídico-constitucionalmente estabelecidas": cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 502-503. É, por sua vez, regulamento "todo o acto dimanado de um órgão com competência regulamentar e que revista a forma de regulamento, ainda que seja independente ou autónomo e, por conseguinte, inovador": cfr. FREITAS DO AMARAL, D.: *Curso de Direito Administrativo,* vol. II, Coimbra, 2001, pág. 169.

[4] Cumpre, a este propósito, recordar que a materialidade do acto legislativo não se confunde com o carácter geral e abstracto das determinações nele contidas. Com efeito, embora, por regra, a intencionalidade própria da função legislativa se tenda a exprimir na emissão de regras de conduta, de carácter geral e abstracto, existem actos legislativos que, embora exprimam uma opção política primária, inovadora, introduzem uma ou mais determinações de conteúdo concreto, correspondendo, assim, ao que, na doutrina, tem sido qualificado como *leis-medida (Massnahmengesetz)*. Perante um comando de conteúdo concreto praticado sob a forma de acto

Cont.

2. Pela razão que acaba de ser exposta, a doutrina portuguesa não inclui o acto administrativo no elenco das fontes do Direito Administrativo. No sentido que, com efeito, é tradicionalmente atribuído à expressão pela teoria geral das fontes do Direito, estas circunscrevem-se aos modos de produção de enunciados normativos, dos quais derivam as normas, de carácter geral e abstracto, que integram o ordenamento jurídico. E, neste sentido, o acto administrativo não é qualificado como fonte do Direito Administrativo, a par de instrumentos como a lei e o regulamento[5].

O acto administrativo é, no entanto, um acto jurídico unilateral, através do qual a entidade que o emite determina a introdução de efeitos na ordem jurídica. Constitui, por isso, um instrumento de transformação da ordem jurídica e, nesse sentido, pode ser qualificado como fonte de efeitos jurídicos. Como, por outro lado, os efeitos do acto administrativo se dirigem primacialmente a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas de Direito Administrativo, ele pode ser qualificado como fonte de efeitos jurídico-administrativos[6].

Por outro lado, não deve ser menosprezado o relevo autónomo em relação às normas de que, em múltiplos domínios, se revestem as determinações introduzidas através de actos administrativos. Em nossa opinião, foi, aliás, precisamente para sublinhar este aspecto que o Foro Iberoamericano de Direito Administrativo escolheu, para a sua oitava edição, o tema do "acto

legislativo, cumpre, entretanto, apurar se ele pode e dever ser qualificado como materialmente legislativo, ou se, pelo contrário, ele apenas é formalmente legislativo, mas, na realidade, contém uma decisão materialmente administrativa. No primeiro caso, a decisão exprime a realização de opções primárias, inconstituídas, com um conteúdo inovador, expressão da intencionalidade específica do exercício da função legislativa, que se consubstancia na formulação de opções políticas primárias, por apelo directo à consciência ético-social vigente na comunidade. Pelo contrário, no segundo caso, a decisão é meramente administrativa por ser produzida no exercício de uma competência administrativa, ao abrigo de lei anterior, em cujos pressupostos já se encontram assumidas as opções políticas primárias que competiam ao legislador, e que, portanto, apenas envolve a realização de opções circunscritas a aspectos secundários, menores ou instrumentais em relação às opções já contidas na lei. Cfr., por todos, FREITAS DO AMARAL, D.: *Direito Administrativo,* vol. IV, Lisboa, 1988, págs. 153 segs.; AROSO DE ALMEIDA, M.: *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos, op. cit.,* pág. 162, e, com mais desenvolvimento, "Vacatio Legis e prazo de impugnação de actos administrativos", in *Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 65, III (2005), págs. 791 a 793; MIRANDA, J.: "Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa", in *Nos Dez Anos da Constituição,* Lisboa, 1987, págs. 188-190; GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª ed., Coimbra, 2003, págs. 717 segs., com outras referências.

[5] Por último e por todos, cfr. REBELO DE SOUSA, M. / SALGADO DE MATOS, A.: *Direito Administrativo Geral,* tomo I, 2ª ed., Lisboa, 2006, págs. 62 segs.

[6] Neste sentido, CORREIA, S.: "Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra, 2001, pág. 1169, configura o acto administrativo como "um modo de criar, de modificar ou de extinguir relações jurídicas administrativas", uma "técnica de criação de efeitos jurídicos", um instrumento jurídico de conformação, definição ou regulação de relações jurídicas administrativas.

administrativo como fonte do Direito Administrativo", como o evidencia a selecção dos subtemas propostos pela respectiva comissão organizadora.

Na verdade, o acto administrativo não é um mero instrumento de estrita aplicação de determinações previamente contidas em normas, mas um acto jurídico dotado de importante relevo autónomo na concreta configuração das situações jurídicas a que se reporta. Esta é, aliás, uma realidade que, embora se venha acentuando em tempos mais recentes, não é dos nossos dias, mas antes remonta à própria génese do Estado de Direito.

Com efeito, na sua formulação modernamente mais divulgada, também em Portugal o princípio da legalidade administrativa é associado a uma exigência de *precedência de lei*, de acordo com a qual todo o acto administrativo pressupõe a existência de normas legais ou regulamentares que confiram a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão e, portanto, a prévia existência de uma base normativa, isto é, de uma fonte de Direito na qual, em última análise, radicarão os efeitos que o acto vem introduzir na ordem jurídica[7].

A verdade, porém, é que o entendimento dominante relativiza o alcance desta afirmação, ao admitir que os actos administrativos não existam apenas se e na medida em que as normas os prevejam, atribuindo às entidades públicas o específico poder de os praticar, mas que o poder de praticar actos administrativos é inerente à natureza das entidades públicas, sendo a expressão típica normal do exercício dos seus poderes de autoridade, independentemente de previsão normativa específica[8].

A nosso ver, as razões que estão na base deste entendimento radicam no período histórico que precedeu o Estado de Direito, denunciando uma concepção autoritária que ainda configura as entidades públicas como uma *potentior persona*, a cujas pronúncias se tendem a associar, como algo de inerente, os caracteres típicos do acto administrativo, enquanto acto que exprime o exercício de um poder de autoridade — como se o carácter autoritário, isto é, a capacidade de definir unilateralmente a esfera de terceiros, fosse um atributo inerente às manifestações jurídicas com eficácia externa das entidades públicas, que, por natureza, adviesse, no nosso sistema de administração, do estatuto especial de *potentior persona* que o ordenamento jurídico confere a essas entidades[9].

[7] Cfr., por todos, CORREIA, S.: *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1986, págs. 284 segs., que, com amplas referências, fala, a este propósito, da existência de uma *reserva de norma jurídica*, contida em acto legislativo ou regulamentar.

[8] Por último na doutrina portuguesa, cfr. CORREIA, S.: "Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", pág. 1170; GONÇALVES, P.: *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005, págs. 642 segs.

[9] Na perspectiva do texto, vejam-se, a partir da análise crítica das teses de OTTO MAYER, as judiciosas considerações de MAX-JURGEN SEIBERT: *Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden, 1989, págs. 105 segs.

Em nossa opinião, esta concepção não é adequada ao entendimento que, num Estado de Direito democrático, deve ser adoptado das relações jurídicas das entidades administrativas com os particulares – particularmente num ordenamento jurídico como o português, em que não só é tradicionalmente reconhecida a existência de relações jurídicas paritárias de Direito Administrativo, como a mais recente legislação veio mesmo atribuir a essa realidade uma relevância acrescida.

Não questionamos, naturalmente, que o acto administrativo continua a ser um instrumento imprescindível de actuação jurídica na tomada de decisões, que dão resposta a pretensões individuais ou envolvem intervenções pontuais na esfera de outros sujeitos jurídicos, sejam eles entidades públicas ou privadas, como também no plano das decisões de organização e construção de infra-estruturas. Sem prejuízo das potencialidades que apresenta a via da contratualização, que tende cada vez mais a ser seguida, sobretudo em certos domínios, afigura-se, na verdade, inquestionável que a formalização das decisões unilaterais concretas da Administração é indispensável, no estrito plano técnico, como um eficaz instrumento de identificação dos efeitos jurídicos a introduzir e como ponto de referência para a formalização dos eventuais conflitos[10].

Apenas nos parece que o moderno entendimento da Administração Pública e do seu posicionamento perante os cidadãos num Estado de Direito democrático aconselha a que não se sobrevalorize, mas antes se atribua o devido peso, ao exercício de poderes de autoridade da Administração, num sentido que, relativizando o papel do acto administrativo, no quadro das formas típicas de manifestação da função administrativa, não associe o poder de definir unilateralmente a situação jurídica de terceiros através de actos administrativos sujeitos a impugnação tempestiva a todas as manifestações jurídicas com eficácia externa das entidades públicas.

É verdade que, enquanto, pela natureza dos sujeitos em presença, o fenómeno do estabelecimento de relações jurídicas de poder entre privados tende a surgir em domínios circunscritos e a consubstanciar-se em manifestações tendencialmente pontuais e avulsas, essa é a estrutura mais comum das relações que se estabelecem entre a Administração e os particulares, podendo, por isso, dizer-se que, por serem institucionalmente investidas pelo ordenamento jurídico na cura da prossecução do interesse público e, por esse motivo, na titularidade de amplos poderes de definição jurídica unilateral da situação

[10] A doutrina portuguesa fala, a este propósito, na função concretizadora, definitória, tituladora e estabilizadora do acto administrativo: cfr., por exemplo, REBELO DE SOUSA, M./ SALGADO DE MATOS, A.: *Direito Administrativo Geral*, tomo III, Lisboa, 2007, págs. 80 segs., *maxime* 84; VIEIRA DE ANDRADE: *Algumas reflexões... cit.*, pág. 1220.

jurídica de pessoas e de coisas, as entidades administrativas gozam de um *estatuto especial* que, *no que toca ao âmbito do exercício de tais poderes*, os coloca numa posição institucional de supremacia.

Mas o que daí, a nosso ver, não resulta é que, por esse facto, devam ser qualificados como actos administrativos todas as manifestações jurídicas unilaterais, com eficácia externa, que a Administração possa proferir. Num Estado de Direito, só devem poder ser qualificados como actos de poder público as manifestações que o ordenamento jurídico qualifique desse modo. E a posição institucional de supremacia das entidades públicas resulta, como se procurou sublinhar, da circunstância de o ordenamento jurídico formalmente lhes atribuir um amplo complexo de poderes, não é a premissa que justifica essa atribuição.

A específica relevância jurídica do acto administrativo existe, com a configuração que tem, na medida em que a lei o institui como fonte de efeitos jurídicos — efeitos que, deste modo, podendo embora dizer-se, de forma abreviada, que resultam do acto e são imputáveis à vontade do seu autor, na realidade só são efeitos jurídicos *por via da lei*, na qual reside o verdadeiro fundamento da respectiva juridicidade. Por esse motivo, entendemos que cada manifestação da Administração só deve poder ser qualificada como acto administrativo se e na medida em que a ordem jurídica a qualifique como tal e lhe confira o correspondente valor.

O instituto do acto administrativo definidor de situações jurídicas externas só se compreende e explica — nas características comuns que apresenta e no complexo de regras e princípios gerais a que se encontra submetido — se, para além da sua mera configuração técnica, como instrumento de produção unilateral de efeitos jurídicos concretos na ordem externa, como tal instituído pelas normas jurídicas, se tiver em conta a sua natureza essencial, isto é, o facto de constituir a manifestação de *poderes típicos de regulação* que se inscrevem no exercício de uma função estadual, dirigida à gestão de bens e recursos públicos e à satisfação de necessidades colectivas. É isto que explica e legitima a existência de actos administrativos, que não são puras manifestações gratuitas de poder, mas configuram o *exercício de poderes funcionais*, correspondendo, assim, a decisões que aos órgãos da Administração Pública cumpre adoptar nos domínios e matérias que o ordenamento jurídico entendeu deverem ser objecto de uma definição jurídica rápida — imediata produção unilateral de efeitos — e tendencialmente estável — tendencial consolidação na ausência de revogação ou impugnação tempestiva.

É isto, enfim, que não só permite, como exige, que se delimite o campo de intervenção do acto administrativo com eficácia externa das demais

manifestações que, exprimindo embora a posição de entidades públicas a respeito de questões jurídicas, e mesmo de questões jurídico-administrativas, não traduzam o exercício de um poder de definição jurídica unilateral, normativamente posto a cargo de tais entidades[11].

Como já atrás deixámos de algum modo sugerido, a viabilidade e necessidade da distinção perfila-se, entretanto, com crescente nitidez no ordenamento jurídico português na medida em que a reforma legislativa introduzida com a entrada em vigor do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)[12] procedeu ao alargamento do campo de intervenção das acções no âmbito das quais os tribunais dispõem de poderes de plena jurisdição e o particular está dispensado do ónus de observar os apertados prazos de impugnação dos actos administrativos.

Com efeito, o CPTA adopta, neste domínio, um critério semelhante àquele que, no direito alemão, preside à delimitação recíproca do âmbito de aplicação da *Verpflichtungsklage* e da *Leistungsklage*[13], fazendo apelo a uma distinção que tem sido cultivada no Direito alemão e que, a nosso ver, se já anteriormente se revestia de interesse no ordenamento português, passou a assumir, com o novo Código, uma importância acrescida. Referimo-nos à distinção entre os verdadeiros *actos administrativos* e outras manifestações da Administração que, adaptando a terminologia alemã, podem ser qualificadas como *simples actuações administrativas*.

Como é sabido, o sistema do contencioso administrativo foi tradicionalmente estruturado em torno da impugnação de actos administrativos. E o próprio Direito Administrativo, na construção dos seus conceitos basilares, foi-se historicamente sedimentando em função do contencioso e, portanto, da impugnação dos actos administrativos. Por este motivo, a história do contencioso e do Direito Administrativo centrou-se, em grande medida, na figura do acto administrativo contenciosamente impugnável e a este conceito foi procurando reconduzir-se, ao longo do tempo, as diferentes manifestações da Administração que de algum modo contendessem com a esfera de terceiros, posto que era em torno dos actos administrativos impugnáveis que gravitava a tutela contenciosa dos particulares contra as ilegalidades cometidas pela Administração[14].

[11] Já neste sentido, cfr. AROSO DE ALMEIDA, M.: *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, págs. 83 segs.

[12] Aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, e alterado pela Lei nº 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

[13] Para o contraponto entre estes dois meios processuais, cfr., por todos, FRIEDHELM HUFEN: *Verwaltungsprozeßrecht*, 2ª ed., Munique, 1996, pág. 252; SCHMITT GLAESER: *Verwaltungsprozeßrecht*, 14ª ed., Stuttgart/Munique/Hannover, 1997, pág. 186.

[14] Como, entretanto, faz notar CHANCERELLE DE MACHETE, R.: "A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos", republicado no seu livro

Cont.

O CPTA vem, pelo contrário, assinalar a necessidade da reconversão dos quadros tradicionais, num novo contexto que crescentemente exige a reformulação do conceito do acto administrativo, sujeito a impugnação tempestiva. Uma reformulação que passa necessariamente pela relativização do papel que ao acto administrativo deve corresponder no âmbito do contencioso e, por via disso, da própria dogmática do Direito Administrativo, através do reconhecimento de que nem todas as pretensões que os particulares formulam perante a Administração se dirigem à emissão de actos administrativos, contra cuja recusa se imponha reagir, dentro de prazos curtos, pela via da impugnação, e de que nem todas as pronúncias que a Administração emita a propósito das situações jurídicas dos particulares correspondem a actos dessa natureza.

Na verdade, a imposição do ónus de impugnação só se afigura aceitável quando um órgão administrativo emita uma pronúncia que corresponda ao exercício de um poder de definição jurídica, isto é, quando desse modo esteja a desempenhar uma função que lhe tenha sido normativamente atribuída, ou por previsão normativa específica, ou, pelo menos, porque a emissão de um tal acto configura a expressão normal de um poder inscrito no âmbito das competências de definição jurídica do órgão e das atribuições do ente ao qual o órgão pertence[15]. De outro modo, um eventual acto administrativo será nulo, podendo a sua nulidade ser incidentalmente reconhecida no âmbito do eventual processo no qual o interessado peça o reconhecimento da situação jurídica a que o acto indevidamente se pretendeu sobrepor.

Há, assim, que distinguir dois planos de actuação jurídico-administrativa unilateral e concreta das entidades públicas. Um plano de actuação no

de *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, Lisboa, 1991, pág. 427, o acto administrativo tem sido, em Portugal, "a figura jurídica central em que assenta a construção dogmático-administrativa, foco privilegiado da atenção da jurisprudência e da doutrina, que, sobretudo, lhe tem dado uma excessiva formalização. Em Portugal, porventura mais do que em qualquer outro ordenamento continental, o ensinamento de Otto Mayer e de Hauriou sobre o acto administrativo foi seguido com entusiasmo. Converigram nesse mesmo sentido a adequação a um regime autoritário de uma doutrina que, embora nascida sob o signo da ideologia liberal, sublinhava que a Administração Pública era principalmente poder, e a tendência natural da jurisprudência em se refugiar por detrás de construções objectivas e claras que evitassem confrontos com o Executivo".

[15] Sobre a questão dos parâmetros que devem presidir à delimitação dos poderes de definição jurídica de que dispõe a Administração, com (natural) atenção especial às manifestações de conteúdo negativo, de recusa de pretensões formuladas através da apresentação de requerimentos, cfr. KRAUSE, P.: *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, Berlim, 1974, págs. 199 segs., designadamente quando admite que, por regra, e salvo quando, por ser elevado o número de (contra-)interessados, razões de segurança jurídica imponham a consagração legal expressa da necessidade de uma declaração formal, a recusa de prestações materiais, por parte da Administração, não é legalmente instituída como acto administrativo (págs. 199 e 210), mas admite que mêsmo a recusa de adoptar medidas sem conteúdo regulador pode exprimir o exercício de um poder, legalmente atribuído, de definir quem é titular do direito à prestação e, nessa medida, ser um acto administrativo recorrível (pág. 202).

qual elas exercem poderes de definição jurídica da situação de terceiros e em que as manifestações que produzam têm o valor formal inerente, com todas as consequências que daí decorrem: produção unilateral de efeitos, impugnabilidade em prazo limitado, tendência para a estabilização dos efeitos produzidos. E outro plano, completamente distinto, no qual as manifestações de vontade da Administração correspondem ao que, como já foi recordado, na Alemanha tem sido qualificado como *simples actuações administrativas*[16], por se situarem no mesmo plano das manifestações dos particulares, sem envolverem o exercício de poderes de definição jurídica e, portanto, sem exprimirem o exercício de poder administrativo.

Como refere SÉRVULO CORREIA, "desde os anos 30 que o legislador português compreendeu que, quando se trata de discutir na sua plenitude o conteúdo de uma situação jurídica administrativa para dirimir o litígio através de uma sentença condenatória, o acto administrativo perde o papel de plataforma necessária à apreciação do juiz", pois "nada acrescenta ao teor da situação jurídica a que se refere"[17]. Isso sucedeu em primeiro lugar no domínio da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, no qual não se reconhece a natureza de acto administrativo à eventual pronúncia que a Administração emita sobre a existência do dever de indemnizar ou sobre o quantitativo da indemnização e, por outro lado, se entende que, nem o pagamento da indemnização envolve a prática de um acto administrativo, nem a eventual recusa de pagar constitui um acto administrativo definidor da situação do interessado, porque não pertence às atribuições de qualquer entidade pública administrativa nem às competências de qualquer órgão administrativo "estatuir definitivamente" sobre a matéria[18]. Entretanto, também no âmbito das relações contratuais de direito público, a jurisprudência portuguesa cunhou a figura do *acto opinativo*, que veio a encontrar consagração formal no direito positivo. O desafio que, no plano substantivo, o CPTA coloca hoje à doutrina administrativa portuguesa é o de ir mais longe no mesmo sentido, de circunscrever à justa dimensão o universo

[16] Constituem meras actuações da Administração, tanto as suas actuações materiais de gestão pública (operações jurídicas ou actos reais em sentido próprio), como as suas pronúncias jurídicas que não se consubstanciem em actos administrativos com "conteúdo de regra jurídica", "conteúdo jurídico material": cfr., por todos, SCHMIDT, W.: *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts,* Munique, 1982, págs. 24-25; FABER, H.: *Verwaltunsgrecht,* 4ª ed., Tubingen, 1995, págs. 288 segs. e 302 segs.; FRIEDHELM HUFEN: *Verwaltungsprozeßrecht,* 2ª ed., Munique, 1996, págs. 256-257. Na doutrina portuguesa, cfr. REBELO DE SOUSA, M./ SALGADO DE MATOS, A.: *Direito Administrativo Geral,* tomo III, págs. 376 segs.

[17] Cfr. CORREIA, S.: "A Efectivação processual da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por actos de gestão pública", in *La responsabilidad patrimonial de los poderes publicos - Colóquio Hispano-Luso de Professores de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 269 e 277.

[18] Cfr. CAETANO: *Manual...cit.,* vol. II, págs. 1272-1273; FREITAS DO AMARAL, D.: *Direito Administrativo,* policop., Lisboa, 1988, vol. IV, pág. 80.

das situações em que há lugar ao exercício de poderes de definição jurídica concreta da Administração[19].

II. Actos administrativos praticados por entidades reguladoras

3. A par do problema que acabamos de analisar, da extensão dos poderes de definição jurídica concreta da Administração, coloca-se o problema da densidade do conteúdo da própria regulação normativa dos poderes de definição jurídica concreta que a lei formalmente confere à Administração – e, concomitantemente, da intensidade do controlo jurisdicional do exercício desses poderes, na medida em que, como é sabido, a maior ou menor intensidade do controlo jurisdicional depende da maior ou menor densidade da regulação normativa.

Numa abordagem de âmbito geral, o tema remeter-nos-ia para a própria questão da natureza e limites da discricionariedade administrativa e das margens de livre apreciação envolvidas na prática de actos administrativos. O roteiro que nos foi traçado não permite, porém, que aqui se proceda a tal abordagem. Nessa matéria, limitar-nos-emos, por isso, a informar que, mercê do cruzamento e estratificação de influências doutrinais estrangeiras de sentidos contraditórios, o tema não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência portuguesas, dividindo-se os Autores entre a concepção que reconduz todo o universo das situações que envolvem o exercício de poderes de avaliação próprios do exercício da função administrativa ao conceito da discricionariedade administrativa e a concepção que, nesse domínio, contrapõe esse conceito ao do preenchimento de margens de livre apreciação; a jurisprudência, por seu turno, é tradicionalmente reticente no que toca a controlar o próprio preenchimento das margens de livre apreciação administrativa, propendendo para um entendimento tendencialmente limitativo quanto à extensão dos seus poderes de fiscalização[20].

[19] Também no sentido de que a figura do acto administrativo deve ser, hoje, definida com rigor, impondo-se "saber qual é o sentido e o papel que deve reservar-se-lhe e, portanto, qual é, nos tempos de hoje, o âmbito e o regime mais adequado para que continue a desempenhar uma função doutrinal e prática", cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *Algumas reflexões..., cit.*, Pág. 1200; a pág. 1213, o Autor acrescenta que "já não há hoje razão para alargar o conceito de acto administrativo com o objectivo de abrir o acesso aos tribunais, devendo, pelo contrário [...] optar-se por um conceito estrito, pois que tal qualificação implica necessariamente a obrigação de utilizar o recurso [de impugnação] como forma de acção, em detrimento de outras que podem permitir uma sentença que defina imediatamente os termos da relação jurídica e, por isso, do direito do particular"; e, a pág. 1214, propõe, designadamente, "a regra de que o particular não pode ser obrigado a provocar um acto administrativo, para recorrer dele, quando a lei (substantiva ou processual) não estabeleça inequivocamente que se trata, naquela situação ou naquele tipo de situação, de conferir uma competência à Administração que envolve o exercício de um poder de autoridade".

[20] Para a circunstanciada abordagem do tema, podem ver-se, na mais recente doutrina portuguesa, para além das obras gerais, CORREIA, S.: *Legalidade e autonomia contratual nos contratos*

Cont.

A questão para a qual, de acordo com o roteiro que nos foi traçado, somos convocados a este propósito prende-se com o fenómeno a que, nos diferentes ordenamentos jurídicos, nos nossos dias se assiste de crescente abertura do quadro normativo atributivo de poderes de definição concreta às autoridades administrativas e centra-se na apreciação das consequências que desse fenómeno resultam para a configuração do regime aplicável ao acto administrativo no domínio específico da chamada *regulação administrativa*[21] – domínio no qual o problema se coloca com particular acuidade e que, por esse motivo, foi judiciosamente autonomizado como ponto de análise obrigatória no âmbito do Foro.

Com efeito, assiste-se, no domínio da regulação administrativa, a um interessantíssimo fenómeno de convergência de um conjunto de tendências que, por porem directamente em causa os postulados tradicionais, fazem dele objecto privilegiado de análise das mais recentes (e preocupantes) evoluções do Direito Administrativo, com directas consequências do ponto de vista da configuração do regime dos actos administrativos que são praticados nesse específico contexto.

4. Cumpre começar por referir que, tal como sucede noutros países europeus, também em Portugal a regulação administrativa é um fenómeno recente, mas em franca expansão. São hoje vários os sectores em que, designadamente por impulso da União Europeia, foram, com efeito, instituídas entidades administrativas independentes, dotadas de poderes de regulação[22]. E a

administrativos, Coimbra, 1987, págs. 309 segs., *Direito do Contencioso Administrativo,* vol. I, Lisboa, 2005, págs. 369 segs., e "Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional", *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 70, págs. 32 segs.; PORTOCARRERO, M. F.: "Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?", *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 10, págs. 35 segs., e "Notas sobre variações em matéria de discricionariedade", in *Juris et de Jure – Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da UCP Porto,* Porto, 1998, págs. 643 segs.

[21] Como é sabido, o conceito de *regulação* não é entendido de modo unívoco na doutrina comparada. Ainda que, no entanto, nele se entenda incluir uma dimensão legislativa, consubstanciada nas normas legais instituidoras dos sistemas regulatórios públicos e disciplinadoras da actuação das entidades administrativas reguladoras e dos agentes por elas regulados, a *regulação administrativa* há-de reportar-se à actividade que as entidades reguladoras desenvolvem no exercício das suas funções. Sobre estes conceitos, na doutrina portuguesa, cfr., por todos, VITAL MOREIRA: *Auto-regulação profissional e Administração Pública,* Coimbra, 1997, págs. 34 segs., e "Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral", in *Estudos de Regulação Pública,* vol. I, Coimbra, 2004, págs. 547 segs.; GONÇALVES, P.: "Direito Administrativo da Regulação", publicado nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano,* vol. II, Coimbra, 2006, págs. 535 segs., e republicado no livro do mesmo Autor *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação,* Coimbra, 2008, págs. 7 segs.

[22] As principais manifestações do fenómeno, no ordenamento jurídico português, correspondem à regulação da concorrência pela Autoridade da Concorrência, do sector bancário pelo Banco de Portugal, das seguradoras pelo Instituto de Seguros de Portugal (ISP), do sector dos valores

Cont.

doutrina vem dedicando ao tema uma atenção crescente[23]. Só recentemente se começou, no entanto, a desenhar, no panorama doutrinal português, a tentativa de estruturar um pensamento sistemático sobre o Direito Administrativo da Regulação, designadamente do ponto de vista da análise das especificidades com que, nesse domínio, se concretiza a aplicação dos conceitos e princípios enformadores da teoria geral do Direito Administrativo[24].

No que concretamente diz respeito ao regime do acto administrativo, os aspectos em que, a exemplo do que tem sucedido noutros países, a doutrina portuguesa tem identificado tendências específicas de evolução no domínio da regulação dizem, fundamentalmente, respeito à *retracção do princípio da legalidade,* à *intensificação dos poderes inspectivos e sancionatórios* e à *atenuação do controlo jurisdicional*[25].

Com efeito, se a diminuição da intensidade da disciplina legal dos poderes da Administração é, hoje, identificada pela doutrina como uma tendência de âmbito geral, a verdade é que o fenómeno avulta com particular nitidez no domínio da regulação, em que, mais do que em nenhum outro, se multiplicam as manifestações de *auto-contenção do legislador,* mediante as quais a lei tende a limitar-se a conferir às entidades reguladoras a *habilitação formal* para a emissão de regulamentos e mesmo para a prática de actos administrativos, sem entrar na substância dos poderes de autoridade que confere.

---

mobiliários pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), do sector da energia pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), do sector das comunicações e serviços postais pela Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM), do sector da água e dos resíduos pelo Instituto Regulador das Águas e Resíduos, do sector dos transportes ferroviários pelo Instituto Nacional do Transporte Ferroviário, do sector da aviação civil pelo Instituto Nacional da Aviação Civil, do sector das obras públicas pelo Instituto dos Mercados das Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI), do sector da saúde pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e do sector da comunicação social pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC).

[23] Merece referência especial o trabalho que, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vem sendo desenvolvido pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Cfr., por exemplo, VITAL MOREIRA / FERNANDA MAÇÃS: *Autoridades reguladoras independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro,* Coimbra, 2003; *Estudos de Regulação Pública,* vol. I (coordenação de VITAL MOREIRA), Coimbra, 2004; GONÇALVES, P.: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação,* Coimbra, 2008; MAÇÃS, M. F.: "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes", in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 58, págs. 21 segs.

[24] O mais consistente estudo orientado nesta perspectiva é o de GONÇALVES, P. *Direito Administrativo da Regulação,* já atrás referenciado.

[25] Sem prejuízo de anteriores abordagens parcelares, são estes os aspectos com relevo para o objecto da nossa análise identificados por P. GONÇALVES no seu citado estudo *Direito Administrativo da Regulação,* que acompanharemos de perto no subsequente trecho da exposição (as referências indicadas reportam-se à republicação incluída em GONÇALVES, P.: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação,* Coimbra, 2008, págs. 7 segs.).

O ponto avulta, desde logo, no que respeita ao poder regulamentar. Com efeito, a generalidade dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras são *regulamentos independentes,* que introduzem disciplina inovadora sobre as matérias a que respeitam, sem se reportarem ao conteúdo de uma lei anterior, na medida em que são apenas precedidos de uma pura *norma de produção normativa*[26], isto é, de uma lei que se limita a atribuir a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão.

Mas também no que respeita à prática de certos administrativos, vaise fazendo sentir a tendência do legislador para se limitar "a definir os *objectivos públicos* e os *resultados* a atingir", confiando às entidades reguladoras "uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem *adequadas, eficazes e eficientes* para a produção dos efeitos desejados", com o que se abre espaço à adopção de *actos administrativos atípicos*, em relação aos quais a lei se limita a conferir a habilitação formal para a sua emissão, sem pré-determinar minimamente o respectivo conteúdo[27].

Em contrapartida, são intensos os poderes que a lei confere às entidades reguladoras. No plano que nos interessa, que é o da prática de actos administrativos, a lei tende, na verdade, a conferir às entidades reguladoras relevantes poderes de inspecção, que compreendem a possibilidade de realizar buscas e apreender documentos nas instalações dos agentes regulados. Por outro lado, a todas as entidades reguladoras são conferidos exorbitantes poderes sancionatórios, que envolvem o poder de aplicar sanções pecuniárias de montante extremamente elevado (e muito superior àquele que a lei, de um modo geral, faz corresponder aos ilícitos administrativos cometidos nos demais sectores de actividade) e também o poder de aplicar *sanções pecuniárias compulsórias*[28].

[26] Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 514.

[27] Afiguram-se, a este propósito, particularmente ilustrativos os exemplos apontados por GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, pág. 45, do poder que a lei confere à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) de "adoptar decisões em relação a uma entidade individualizada que prossiga actividades de comunicação social" e de "proceder à identificação dos poderes de influência sobre a opinião pública, na perspectiva da defesa do pluralismo e da diversidade, podendo adoptar as medidas necessárias à sua salvaguarda"; e o poder da Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM) de "tomar as medidas adequadas e proporcionais" para garantir o cumprimento de certas obrigações por parte dos agentes regulados.

[28] Dá-se, no Direito português, o nome de *sanções pecuniárias compulsórias* às *astreintes* do Direito francês, sendo que, no contexto aqui em análise se dá a circunstância particular de elas serem objecto de imposição administrativa, e não jurisdicional. Trata-se, portanto, de um meio de coacção mediante o qual se procura induzir aquele a quem tenha sido imposta uma obrigação a que cumpra essa obrigação. Para o efeito, é-lhe imposto o dever de pagar uma determinada quantia em dinheiro por cada eventual dia de atraso em que incorra no cumprimento da obrigação.

Resta, por último, referir que, a exemplo do que tem sucedido noutros países europeus, também em Portugal tem sido debatida a questão da extensão e intensidade do controlo jurisdicional da actuação das entidades reguladoras. Na prática, a propensão, já mencionada, do legislador para a adopção de uma postura de auto-contenção neste domínio não pode deixar, porém, de conduzir a uma atenuação do controlo jurisdicional. Como, na verdade, já atrás foi recordado, a maior intensidade do controlo jurisdicional depende da maior densidade da regulação normativa: quanto maior a abertura do quadro normativo, menos intensa é a vinculação das autoridades administrativas ao princípio da legalidade e, por conseguinte, mais rarefeito há-de ser o controlo jurisdicional, à míngua de padrões suficientemente precisos para aferir da conformidade da actuação administrativa[29].

5. Uma vez descrito o quadro existente, cumpre tomar posição sobre ele, dando conta da crescente preocupação com que alguma doutrina, na qual nos incluímos, encara a vertigem com que, de um modo bastante acrítico, se tem avançado, neste domínio, para a superação dos principais postulados do Estado de Direito democrático[30].

Com efeito, não podemos, em nossa opinião, perder nunca de vista que o pressuposto fundamental da própria admissibilidade do exercício de poderes de autoridade pelas autoridades públicas num Estado de Direito democrático assenta na delicada conjugação de factores, que, na exemplar síntese de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE[31], podem ser sintetizados do seguinte modo:

a. "Em primeiro lugar, a admissibilidade abstracta de uma posição de superioridade (nesse sentido, de autoridade) da Administração na sua relação com os cidadãos, determinando unilateralmente efeitos (ainda que desfavoráveis) na esfera jurídica deles, justifica-se, no sistema de administração executiva, pela circunstância de a actuação administrativa ser precedida de uma decisão legislativa substancial, isto é, de ser, genericamente, uma actividade de aplicação da lei. De facto, nos sistemas do continente europeu, a lei fixa

[29] Como reconhece MAÇÃS, F.: *O controlo jurisdicional...*, *cit.*, pág. 49, "as características mencionadas a propósito do direito que rege a actuação das autoridades reguladoras independentes [ARI] não pode deixar de ter consequências no controlo jurisdicional dos seus actos. A complexidade técnica e a indeterminação das normas e actos das ARI associadas à falta de preparação técnica dos magistrados contribui para que o controlo judicial dos seus actos de autoridade se torne uma questão delicada e difícil, não permitindo em muitas situações senão um controlo limitado ou atenuado".

[30] Cfr., designadamente, P. GONÇALVES, *op. loc. últ. cits.*; M. F. MAÇÃS: *O controlo jurisdicional...*, *cit.*, págs. 24-26.

[31] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: "Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pág. 1197.

previamente e em abstracto as condições de realização do interesse público, constituindo assim, para a comunidade, uma caução de democraticidade e de racionalidade, e, para os cidadãos, uma garantia de previsibilidade e de segurança";

b. "Por outro lado, a admissibilidade do poder de decisão unilateral da Administração também se justifica pelo facto de a actividade administrativa estar sujeita a um controlo judicial aposteriorístico, garantido por um direito de impugnação dos cidadãos, que assegura o cumprimento das condições estabelecidas pela lei e, nos espaços discricionários, o respeito pelos princípios jurídicos que regem as actuações públicas";

c. Por último, resta falar "da autolegitimação da Administração e da actividade administrativa: quer da legitimidade democrática própria que agora tem de reconhecer-se ao poder administrativo (indirecta, nas administrações estaduais, directa, nas administrações autónomas), quer da legitimidade que resulta de procedimentos abertos à participação dos particulares interessados".

Ora, se bem se reparar, todos estes factores estão ausentes no domínio da regulação administrativa. Senão, vejamos.

a. Em primeiro lugar, e mercê da mencionada propensão do legislador para a adopção de uma postura de auto-contenção, mediante a qual se demite das suas responsabilidades do ponto de vista da regulação mínima dos aspectos substantivos do exercício dos poderes de autoridade das entidades reguladoras, falece "a caução de democraticidade e de racionalidade, e, para os cidadãos, a garantia de previsibilidade e de segurança", que, num Estado de Direito, deveria resultar da "circunstância de a actuação administrativa ser precedida de uma decisão legislativa substancial, isto é, de ser, genericamente, uma actividade de aplicação da lei" – circunstância tanto mais gravosa dada a intensidade dos poderes inspectivos e sancionatórios que, como vimos, são atribuídos às entidades reguladoras.

b. Como já atrás foi explicado, esta circunstância fragiliza a sujeição da actuação das entidades reguladoras a um efectivo controlo juridicional aposteriorístico. No debate que, como foi referido, tem sido travado, na doutrina comparada, em torno da questão da intensidade do controlo jurisdicional neste domínio, há quem defenda que esse controlo deve ser reforçado[32]. Afigura-se-nos, contudo, pertinente a objecção que a tal entendimento tem sido oposta de que

[32] Também há, por outro lado, quem sustente que ele deve ser atenuado. Como facilmente se compreende pelo contexto da exposição, tal entendimento parece-nos inteiramente inaceitável. Para a respectiva crítica, cfr. GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, pág. 61.

ele conduz "a um perigoso *activismo judicial*, na medida em que acaba por colocar ou aceitar colocar o tribunal na posição de agente regulador, chamando o juiz ao desempenho de trefas para as quais não se encontra legitimado, nem habilitado"[33].

Como, com efeito, já atrás dissemos, parece-nos contraditório consentir-se numa postura de auto-contenção do legislador e, ao mesmo tempo, pugnar-se por uma postura de activismo ou intervencionismo do juiz. Mais do que isso: tal orientação tende a subverter a lógica do sistema, na medida em que o título de legitimação no qual se sustenta a intervenção do juiz é a aplicação da lei e do Direito. Estabelece o artigo 3º, nº 1, do CPTA: "No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação". Não se afigura, por isso, legítimo pretender suprir o abstencionismo do legislador com o activismo do juiz[34].

Como tem defendido a melhor doutrina, também nos parece que a questão da intensidade do controlo jurisdicional não se coloca, no domínio da regulação administrativa, em moldes qualitativamente diferentes daqueles em que se coloca nos restantes domínios, pelo que, nesse sentido, não deve obedecer a padrões distintos dos comuns, embora possa ser vantajoso o afinamento do controlo que, por exemplo, poderia resultar da instituição, para o efeito, de tribunais administrativos especializados[35]. A tendência para a atenuação do controlo constitui, porém, uma consequência inevitável da fragilidade do enquadramento normativo, pois, se o legislador se abstém de assumir as responsabilidades que lhe incumbem num Estado de Direito democrático, é inevitável a atenuação do controlo jurisdicional.

c. Resta acrescentar porventura o mais importante: a tendência para a atenuação do princípio da legalidade no domínio da regulação administrativa reveste-se de tanto maior gravidade na medida em que a maior parte das entidades reguladoras independentes não gozam da auto-legitimação que, de um modo ou de outro, resulta, para as autoridades administrativas clássicas, da legitimidade democrática de que, directa ou indirectamente, elas são investidas. Esse é, na verdade, o preço do fenómeno de *desgovernamentalização* que, também em Portugal, está associado à maior parte das formas de regulação administrativa,

[33] Cfr. GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, pág. 60.

[34] Não podemos deixar, em todo o caso, de referir que a Lei das Comunicações Electrónicas institui um regime especial de controlo reforçado das decisões da Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM), estabelecendo que dessas decisões cabe recurso para os tribunais administrativos, "com intervenção obrigatória de três peritos, designados por cada uma das partes e o terceiro pelo tribunal, para apreciação do mérito da decisão recorrida".

[35] Neste sentido, cfr. GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, págs. 61-62.

e que, como é sabido, assenta numa *lógica neo-liberal de separação entre política e administração*[36], que, inspirada pelo mirífico propósito de obter uma administração asséptica, neutral, quimicamente pura, de base tecnocrática, cuja competência e profissionalismo seriam o fundamento da sua própria auto-legitimação, tem vindo a proliferar nas sociedades ocidentais, em que a política está desacreditada e, pelo menos até à eclosão da recente crise à escala global, o mercado tem sido o alfa e o ómega.

Na síntese feliz de MARIA FERNANDA MAÇÃS, "o aparecimento das autoridades reguladoras independentes veio acentuar as críticas e fortalecer as vozes daqueles que apontam o direito administrativo clássico como um obstáculo à eficiência e e racionalidade da actuação da Administração Pública. Em nome do interesse público, verifica-se uma tendência para privilegiar a eficácia e a funcionalidade, assistindo-se não só à deriva generalizada para o direito privado, o que coloca questões relevantes no plano da tutela dos direitos fundamentais e das garantias procedimentais, mas também à reivindicação de um direito administrativo que se afasta do clássico. Em nome da operacionalidade e da eficácia, fala-se de um direito público especial que mantém as prerrogativas de autoridade, mas requer flexibilidade, celeridade e espaço para o consenso e a concertação. Trata-se de um direito caracterizado pelo apagamento da racionalidade jurídica em favor da racionalidade funcional e técnica, o que significa, em última instância, o privilegiar da eficácia em detrimento das garantias inerentes ao Estado de direito"[37].

Este é o ponto mais sensível, pois tem prevalecido na doutrina o discurso de que o poder político se deve confinar à identificação dos fins e objectivos da acção pública, deixando para a competência dos tecnocratas a concretização e a prossecução desses fins. Não se pode, porém, esquecer – e, ao que julgamos, é também esse o objecto da reflexão para a qual o Foro Iberoamericano de Direito Administrativo nos convoca – que a concretização dos fins, quando envolve o exercício de poderes de autoridade, designadamente no domínio da prática de actos administrativos impositivos e sancionatórios, é criação de Direito, que, num Estado de Direito democrático, não pode deixar, em última análise, de encontrar a sua legitimação, ainda que indirecta, na sede do poder, que reside no Povo.

A doutrina afirma que, no âmbito do complexo processo de reconfiguração das missões e do papel do Estado por que têm passado as sociedades ocidentais, o fenómeno da regulação administrativa resulta da transição de um modelo em que o Estado assumia, ele próprio, a responsabilidade operacional, de

[36] Sobre este ponto, na doutrina portuguesa, veja-se ainda GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, págs. 26 segs.
[37] Cfr. MAÇÃS, F.: *O controlo jurisdicional... cit.*, pág. 48.

execução, intervindo na economia através da prestação directa dos bens e serviços considerados essenciais, para um modelo que, em todo o caso, não se confunde com o do Estado liberal, porque o Estado não "bate em retirada" da economia, mas, pelo contrário, assume uma *responsabilidade pública de garantia* da realização dos fins de interesse público associados à prestação desses bens e serviços. "O *recuo* do serviço público e da intervenção económica directa é, assim, compensado pelo *avanço* do *Estado Regulador e de Garantia*", com vista a procurar conciliar os valores do mercado com a protecção dos direitos dos cidadãos e da manutenção de um certo nível de solidariedade social[38].

Em última análise, entre o risco do livre arbítrio de entidades democraticamente não legitimadas e o risco da captura destas entidades pelos próprios interesses regulados[39], a grande questão que, neste domínio, hoje se coloca aos juspublicistas é a de saber se os modelos adoptados se têm mostrado adequados a alcançar os propósitos mencionados e, num plano de análise que, por uma vez, não se coloque num estrito plano economicista de análise, a de saber a que preço esses propósitos têm sido prosseguidos, à face dos princípios enformadores do Estado de Direito democrático[40].

III. Estabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos

6. No ordenamento jurídico português, o regime de protecção das situações jurídicas subjectivas constituídas por acto administrativo resulta, presentemente, dos artigos 140º e 141º do CPA, que, nesta matéria, consagraram, sem grande inovação, um conjunto de soluções que, no essencial, já resultavam do quadro normativo precedente e da elaboração doutrinal e jurisprudencial que, nesse contexto, se tinha sedimentado ao longo do tempo.

[38] Cfr., em particular, GONÇALVES, P.: *Direito Administrativo da Regulação*, págs. 7-12. Cfr. também CALVÃO DA SILVA, J. N.: *O Estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral*, Coimbra, 2005; M MAÇÃS, F.: *O controlo jurisdicional... cit.*, págs. 21 segs.

[39] Embora não lhe tenhamos feito referência autónoma, por, apesar de tudo, se tratar, a nosso ver, de uma dimensão meramente adjuvante do problema colocado no texto, não pode ser esquecido, no contexto da nossa análise, o bem conhecido risco de captura das entidades reguladoras independentes pelos interesses regulados, que é potenciado pelo esbatimento da relação destas entidades com o Estado, seja do ponto de vista orgânico e funcional, seja do ponto de vista do enquadramento legal da sua actividade, e que se concretiza quando, mercê da constituição de relações de promiscuidade com os poderes económicos e sociais que deveriam regular, as entidades reguladoras independentes passam a agir ao seu serviço.

[40] Como, na verdade, afirma MAÇÃS, F.: *O controlo jurisdicional... cit.*, pág. 49, "é urgente questionar para onde vai este direito e se ele ainda cumpre as finalidades que visa servir, sendo certo que, à luz da nossa ordem jurídico-constitucional, a deriva do direito administrativo para qualquer direito público especial por razões de celeridade e eficácia não pode significar uma fuga às garantias indeclináveis do Estado de direito".

A rigidez do regime positivado reflecte a marcada influência da tradição francesa, mas sem os matizes com que a sábia jurisprudência do Conselho de Estado francês a foi temperando.

a) O artigo 141º do CPA impõe um prazo peremptório para a revogação dos actos administrativos, com eficácia retroactiva, com fundamento na sua anulabilidade[41]. Da conjugação do disposto neste artigo com os prazos de impugnação jurisdicional que se encontram previstos no artigo 58º do CPTA resulta que a Administração[42] dispõe do prazo de um ano, contado desde a data da sua emissão, para proceder à revogação com eficácia retroactiva dos actos que considere anuláveis.

b) O artigo 140º estabelece, entretanto, o regime aplicável à revogação dos actos administrativos, sem eficácia retroactiva, com base num juízo de mérito, conveniência ou oportunidade da Administração quanto à respectiva manutenção na ordem jurídica. Tem, portanto, em vista um poder que respeita a actos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários e que tenham eficácia duradoura ou que, possuindo eficácia instantânea, ainda não tenham sido executado[43]: com efeito, só actos de eficácia duradoura ou de eficácia instantânea ainda não executados perduram ao longo do tempo na ordem jurídica, em termos de se colocar a questão de saber se devem ser mantidos ou retirados, e, por outro lado, a revogação de actos válidos estritamente vinculados não está na disponibilidade da Administração.

Se a Administração não considerar o acto anulável[44], ela pode revogá-lo sem eficácia retroactiva, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, sem estar sujeita, para o efeito, à observância de qualquer prazo, pelo que pode fazê-lo a todo o tempo. De acordo com o artigo 140º do CPA, porém, os actos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente

[41] O Código fala, no artigo 141º, na "revogabilidade de actos inválidos". Como, no entanto, resulta do artigo 139º, segundo o qual os actos nulos ou inexistentes não são susceptíveis de revogação, e do confronto com o artigo 140º, onde se fala na "revogabilidade de actos válidos", é de entender que ao falar na "revogabilidade de actos inválidos", o Código quer referir-se à "*revogabilidade com fundamento na anulabilidade dos actos*". Já a nulidade dos actos administrativos, como adiante se verá, o artigo 134º, nº 2, do CPA permite que ela seja declarada, a todo o tempo, por qualquer tribunal ou por qualquer autoridade administrativa.

[42] Segundo o disposto no artigo 142º do CPA, por "Administração" entende-se o órgão autor do acto e os seus superiores hierárquicos, salvo se o acto tiver sido praticado no exercício de competência atribuída pela lei como exclusiva do seu autor: são estes, na verdade, os órgãos competentes para revogar os actos administrativos.

[43] Cfr., por todos, FILIPA URBANO CALVÃO, *op. cit.*, pág. 40.

[44] Ainda que, porventura, ele o seja: neste sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE: "Revogação do acto administrativo", in *Direito e Justiça*, vol. VI (1992), pág. 57; FILIPA URBANO CALVÃO: "Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo", in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 54, pág. 35.

protegidos[45] só podem ser objecto deste tipo de revogação na parte em que o seu conteúdo seja desfavorável aos interessados ou se todos os interessados derem a sua concordância à revogação e não se tratar de direitos ou interesses indisponíveis da sua parte.

Tem-se, entretanto, entendido que este regime do artigo 140º do CPA também vale quando a Administração considere que o acto foi praticado em situação de anulabilidade, mas já tenha expirado o prazo de um ano dentro do qual ele podia ser revogado com fundamento na sua anulabilidade. A Administração é, portanto, admitida, neste caso, a revogar o acto mesmo para além do prazo de um ano[46]. Parece, no entanto, claro que, nesse caso, a anulabilidade de que o acto padeceu já não releva enquanto tal, na medida em que a possibilidade de ela ser efectivada através da anulação do acto se precludiu pelo decurso do tempo. Na verdade, já não se impõe à Administração o dever de remover o acto inválido da ordem jurídica. A Administração conserva, no entanto, a faculdade de, se assim entender, dar relevância à ilegalidade cometida com a prática do acto em causa, assumindo-a como o fundamento de um juízo de mérito, conveniência ou oportunidade, com base no qual ainda pode proceder à sua revogação. Em relação a actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, tal revogação só poderá ter, contudo, lugar se se preencherem os pressupostos previstos no artigo 140º do CPA, ou seja, apenas na parte em que o conteúdo seja desfavorável aos interessados ou se todos os interessados derem a sua concordância à revogação e não estiverem em causa direitos ou interesses indisponíveis da sua parte[47].

7. Diversas questões têm sido suscitadas a propósito do regime que, de modo sucinto, se acaba de descrever.

[45] O artigo 140º não protege apenas os actos constitutivos de direitos, mas também de "interesses legalmente protegidos". Esta fórmula equívoca tem sido objecto de interpretação restritiva, que a faz corresponder aos actos que constituem situações jurídicas estáveis na esfera de quem não tem de ser seu destinatário directo, mas que está em posição de fundar uma confiança legítima na estabilidade dos seus efeitos. Cfr., por todos, GONÇALVES, P.: "Revogação de actos administrativos" in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, págs. 308 segs.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 447; FILIPA URBANO CALVÃO, *op. cit.*, pág. 41.

[46] Como nota FILIPA URBANO CALVÃO, *op. cit.*, pág. 36, "podendo os efeitos desfavoráveis de um acto ser objecto de revogação, por razões de interesse público, a todo o tempo, não se vislumbra fundamento para impedir a destruição daqueles se ilegais".

[47] Já em relação a outros tipos de actos, é discutido se a Administração pode revogar o acto com efeitos apenas para o futuro, como se ele nunca tivesse sido anulável, ou se, no caso de optar por revogá-lo, ela está obrigada a reconstituir a situação (mais favorável) em que o interessado deveria estar colocado se o acto revogado nunca tivesse sido praticado. Para os termos da questão, que continua a ser controvertida na jurisprudências, mas que, por não dizer respeito a actos constitutivos de direitos ou interesses, não cumpre aqui aprofundar, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, "Discricionaridade e reforma de actos administrativos vinculados desfavoráveis", in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 11, págs. 10 segs.

Desde logo, no que respeita ao prazo de um ano dentro do qual pode ter lugar a revogação com efeitos retroactivos, fundada na anulabilidade do acto, a jurisprudência mostrou-se hesitante quanto à questão do enquadramento a dar à situação de certos actos administrativos, praticados por autoridades administrativas nacionais ao abrigo de normas do Direito da União Europeia, designadamente no domínio da atribuição de ajudas ou auxílios financeiros (subvenções), em que a legislação comunitária prevê um regime específico para o exercício de competências de fiscalização que pode implicar a imposição do dever de restituir quantias indevidamente atribuídas.

Os tribunais administrativos portugueses têm partido do pressuposto de que a imposição da ordem de restituição das quantias atribuídas envolve a revogação do acto que as atribuiu, pelo que, quando seja determinada pela invalidade desse acto, corresponde à sua revogação anulatória. E, num primeiro momento, começaram por entender que, como a referida legislação comunitária nada dispõe sobre o prazo dentro do qual poderia ser imposto o dever de restituir as quantias em causa, ela não afastaria a aplicabilidade do prazo de um ano, que, no ordenamento interno português, o artigo 141º do CPA estabelece para a revogação anulatória.

Contra este entendimento, avultou, na doutrina, a posição de FAUSTO DE QUADROS, que, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *Deufil, Alcan* e *Milchkontor,* sustentou que, quando a revogação da concessão de auxílios decorra de uma obrigação imposta pelo Direito da União Europeia, exactamente por essa concessão violar esse Direito, a revogação do auxílio pode ter lugar, em nome do interesse da União Europeia, mesmo para além do prazo fixado pelo Direito nacional para a revogação dos actos constitutivos de direitos. Quanto à *vexata quaestio* da fixação do prazo, embora admitindo que, por respeito pelo princípio da igualdade, deveria ser o Direito da União Europeia a fixar um prazo comum para todos os Estados membros, o ilustre Autor sustentou o entendimento de que, na ausência de um tal prazo, não restaria senão atender ao prazo fixado em cada Estado membro para situações análogas – o que, no caso português, e admitindo que, nas situações em causa, dificilmente se poderia demonstrar a boa fé dos beneficiários, porque eles bem conheceriam a ilegalidade da atribuição dos auxílios, deveria conduzir à aplicação do prazo de 20 anos que o Código Civil estabelece como prazo geral de prescrição (no artigo 309º) e como o prazo para a usucapião de imóveis no caso de a posse ser de má fé (no artigo 1296º)[48].

[48] Cfr. DE QUADROS, F.: *Direito da União Europeia,* Coimbra, 2004, págs. 531 segs. Cfr. também "A Europeização do Contencioso Administrativo", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento,* vol. I, Coimbra, 2006, págs. 396-397.

Após alguma hesitação, a posição do Supremo Tribunal Administrativo português veio de algum modo a evoluir neste sentido, reconhecendo que, na ausência de disposições comunitárias, devem ser aplicadas as disposições de fonte interna, mas de modo a não neutralizar a aplicação do regime de restituição das quantias indevidamente auferidas, para o que se impõe atender às circunstâncias do caso, designadamente do ponto de vista da inexistência de boa fé do beneficiário, e procurar os lugares paralelos que, no ordenamento interno, permitam dar à situação solução idêntica àquela que corresponde a casos semelhantes. Assim, como, nos termos do artigo 40º do Código Comercial português, as empresas devem conservar os documentos comerciais durante o prazo de 10 anos, tem-se entendido ser este o prazo a observar para a revogação envolvida na imposição de ordens de restituição de quantias decorrentes de fiscalizações realizadas durante esse período temporal[49].

8. A principal questão que, entretanto, tem sido suscitada a propósito do regime do CPA em matéria de protecção das situações jurídicas subjectivas constituídas por acto administrativo prende-se com a sua referida rigidez, que tem sido objecto de críticas da parte da doutrina, embora sem reflexo na jurisprudência, que tem aplicado o regime legal sem nele introduzir quaisquer temperamentos.

Sob forte influência da lei de procedimento alemã, as críticas que, na doutrina portuguesa, têm sido formuladas ao regime enunciado partem do reconhecimento de que a remoção dos actos administrativos, seja ela determinada pela defesa da *legalidade* ou pela necessidade da realização adequada e eficiente do *interesse público*, põe em causa a *estabilidade* dos actos administrativos, podendo, por isso, conflituar com a *protecção da confiança* dos particulares interessados nessa estabilidade. "Ora, tratando-se, de ambos os lados, de valores e interesses protegidos pela ordem jurídica, torna-se necessário assegurar uma ponderação equilibrada entre eles, ponderação que exige uma certa maleabilidade das regras legislativas aplicáveis"[50], em ordem à descoberta de "soluções equilibradas para os conflitos de valores e de interesses em jogo, com base em considerações de justiça material"[51].

a) É assim que, em primeiro lugar, tem sido criticada a rigidez do regime do artigo 141º, que fixa o prazo de um ano para a revogação dos actos anuláveis,

[49] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno) de 6 de Outubro de 2005, Proc. nº 2037/02. Para uma análise mais circunstanciada, cfr., com outras referências, cfr. RAVI AFONSO PEREIRA: "O Direito Comunitário posto ao serviço do Direito Administrativo – uma leitura da jurisprudência do STA sobre reposição de ajudas comunitárias", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXI (2005), págs. 691 segs.

[50] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: "A 'revisão' dos actos administrativos no direito português", in *Legislação – Cadernos de Legislação* nº 9/10 (1994), pág. 193.

[51] Neste sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *Algumas reflexões... cit.*, pág. 1200.

alegando-se que, desse modo, "optou-se por uma solução meramente temporal, não se tomando em consideração aspectos relevantes que recomendariam diferenças de regime". Tem sido, por isso, sugerida a introdução, neste domínio, de uma diferenciação de regimes, que atenda à questão de saber se o acto em causa é favorável ou desfavorável para o destinatário e, na primeira hipótese, se o particular beneficiário "está de má fé [...] ou, pelo menos, tem conhecimento da ilegalidade", ou se, pelo contrário, "está de boa fé, confiou justificadamente na actuação da Administração e nos seus resultados e tem, por isso, expectativas legítimas e uma confiança que merece protecção"[52].

Neste último caso, tem sido, pois, sustentado na doutrina que, "se o destinatário do acto ou outros interessados estiverem de boa fé – desconhecendo a ilegalidade e não tendo o dever de a conhecer, e sendo esta exclusivamente imputável à conduta da Administração – e já houverem gozado a vantagem ou estiverem a exercer os poderes ou faculdades por aquele conferidos, a Administração deve ter espaço para ponderar a decisão de revogação anulatória. Se não for essencial para a realização do interesse público, a eliminação do acto anulável não deve ter lugar. Ou, ao menos, impor-se-á que os prejuízos sofridos pelo particular sejam compensados"[53].
Pela nossa parte, suscitar-nos-ia, porém, reservas o afastamento do dever de a Administração proceder à revogação anulatória dentro do prazo de um ano, que é o prazo dentro do qual ainda pode surgir uma impugnação contenciosa do acto, afigurando-se-nos que, dentro desse prazo, a *legalidade* ainda deve prevalecer sobre a *estabilidade*, sem prejuízo do eventual dever de indemnização pelo dano da confiança dos beneficiários a que a revogação possa dar lugar[54].

A exemplo do que sucede no direito alemão, já se afiguraria, em todo o caso, pertinente a introdução de um regime diferenciado em relação aos actos que envolvam a realização de prestações pecuniárias com carácter periódico: pense-se no exemplo do acto da segurança social que reconhece a um particular o direito a auferir uma determinada pensão mensal. Nestes casos, pode, com efeito, justificar-se, por aplicação dos princípios da segurança jurídica, confiança legítima, boa fé e proporcionalidade, a atribuição de efeitos apenas para o futuro à revogação fundada na anulabilidade do acto, atendendo a que, em princípio, as prestações já realizadas não poderão ser restituídas[55].

[52] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *Revogação do acto administrativo*, pág. 59.
[53] Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *op. cit.*, págs. 36-37.
[54] No mesmo sentido, que, em conformidade com o Direito vigente, configura o poder de a Administração proceder à revogação anulatória dentro do prazo de um ano como um poder vinculado, e não discricionário, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, págs. 463 segs.
[55] Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *op. cit.*, pág. 37.

b) Por outro lado, também tem sido criticada a rigidez do regime do artigo 140º, com o qual, ao estabelecer-se que os actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos são sempre irrevogáveis, salvo na parte em que o seu conteúdo seja desfavorável aos interessados ou se todos os interessados derem a sua concordância à revogação e não estiverem em causa direitos ou interesses indisponíveis da sua parte, se opta por assegurar "pura e simplesmente a estabilidade destes actos, sem medir os interesses em jogo, desprezando a eventual relevância da revogação para o interesse público, e não curando de saber se os interesses do particular merecem tutela, se a confiança depositada na estabilidade das posições jurídicas constituídas é, ou não, digna da protecção da ordem jurídica"[56].

A exemplo do que sucede na lei alemã do procedimento administrativo, tem sido, assim, proposta a introdução no Código da previsão da possibilidade da revogação de actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos por razões imperativas de interesse público, mediante o pagamento da justa indemnização devida pelos prejuízos que, desse modo, forem licitamente causados, nos termos gerais em que se estabelece a indemnização por actos ablatórios lícitos[57].

Também já foi criticada a inexistência, no CPA, da previsão, com carácter geral, da possibilidade de revogação com fundamento no incumprimento pelo destinatário de obrigações que, para ele decorram, directa ou indirectamente, do acto. E, mais uma vez por inspiração do Direito alemão, foi sugerida a consagração da possibilidade, nesse caso, de uma revogação com eficácia retroactiva, com o argumento de que, por exemplo, na hipótese de o destinatário do acto ter utilizado a subvenção que, através desse acto, lhe foi atribuída para fim distinto daquele que determinou a sua atribuição, o dever de restituição da quantia auferida só pode resultar da revogação retroactiva do acto em causa[58].

A este último propósito, cumpre notar que, por referência a certos tipos específicos de actos administrativos, a lei prevê expressamente a possibilidade da destruição *ab initio* dos seus efeitos em função da violação, pelo beneficiário, de vínculos a que ficou adstrito. Ora, é discutível se o acto que, nesses casos, destrói os efeitos do acto anterior deva ser qualificado como um acto revogatório ou se, pelo contrário, não constitui a prática de um acto de conteúdo oposto ao anterior, mas que corresponde a um distinto

[56] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *Revogação do acto administrativo,* pág. 61.
[57] Cfr. ainda VIEIRA DE ANDRADE: *Revogação do acto administrativo,* pág. 61; MARIA FILIPA CALVÃO, *op. cit.,* pág. 42.
[58] Cfr. ainda MARIA FILIPA CALVÃO, *op. cit.,* pág. 42; e VIEIRA DE ANDRADE, "Anotação a Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Outubro de 2004", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* nº 3934, págs. 50 segs.

tipo legal, fundado em pressupostos de diferente natureza, não directamente relacionados com aqueles que determinaram a prática do acto precedente[59]. Não questionamos a utilidade da eventual consagração no CPA de um regime que, em geral, possibilitasse a prática deste tipo de acto, mesmo na ausência de previsão legal específica para cada caso, quando solução menos agressiva não possa dar resposta a situações de incumprimento das suas obrigações pelo beneficiário. Apenas questionamos se, neste domínio, nos encontraremos perante uma verdadeira modalidade de revogação de actos administrativos.

c) Resta acrescentar que também o regime do artigo 134º, nº 2, do CPA, segundo o qual a nulidade dos actos administrativos pode ser declarada, a todo o tempo, por qualquer tribunal ou por qualquer autoridade administrativa, tem sido criticado, no que respeita aos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, em nome da "necessidade de proteger os particulares interessados contra eventuais erros ou abusos de qualificação administrativa de vícios de actos administrativos como geradores de nulidade" e com o argumento de que "o regime de improdutividade *total* e de invocação *perpétua* da nulidade é por demais rígido, sendo susceptível de afectar desrazoavelmente interesses dignos de protecção jurídica"[60].

E, nesta perspectiva, tem sido sugerido que à declaração de nulidade por parte da Administração Pública sejam aplicados, com as devidas adaptações, os mesmos princípios que também deveriam inspirar o regime da revogação de actos administrativos. Daí resultaria que a nulidade de actos favoráveis para os seus destinatários não poderia ser declarada a todo o tempo, "mas apenas dentro de um prazo razoável, contado do conhecimento do vício, dentro de um limite máximo, e medido também em função da boa fé do particular beneficiado. Tal como deveria recusar-se ou limitar-se em certas hipóteses a competência administrativa para a declaração de nulidade, designadamente quando não é evidente a existência desse tipo de invalidade ou, relativamente a determinados vícios, quando estes sejam inteiramente imputáveis ao órgão administrativo"[61].

[59] Neste sentido, cfr., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Outubro de 2004, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* nº 3934, pág. 56. Em geral, cfr. também, por exemplo, ESTEVES DE OLIVEIRA, M.: *Direito Administrativo,* págs. 603 segs. Da letra do Acórdão citado parece resultar que só a revogação anulatória, fundada na invalidade do acto revogado, seria uma verdadeira revogação. O raciocínio nele expendido também é, no entanto, procedente para a revogação de actos administrativos válidos.

[60] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *A 'revisão' dos actos administrativos no direito português*, Pág. 187.

[61] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *A 'revisão' dos actos administrativos no direito português*, Pág. 188.

IV. O problema da presunção de legalidade do acto administrativo

9. A mais complexa das questões para as quais o tema proposto nos convoca é a da chamada *presunção de legalidade dos actos administrativos*.

Como é sabido, é tradicional a afirmação de que os actos administrativos beneficiam de uma presunção de legalidade e, tal como sucede noutros países, também em Portugal a afirmação era tradicionalmente repetida, designadamente na jurisprudência dos tribunais administrativos.

A exemplo do que, por regra, tende a suceder nos outros ordenamentos jurídicos em que o Direito Administrativo possui identidade autónoma e, com ele, a figura do acto administrativo, também no ordenamento jurídico português a presunção da legalidade dos actos administrativos não é objecto de consagração normativa. Como nota RUI CHANCERELLE DE MACHETE, a afirmação da sua existência resulta "do labor dos juristas", que, "no seu afã criador de descobrirem e tornarem operacional a estrutura constitucional do Estado de direito liberal oitocentista", a construíram como um conceito que qualificaríamos como teórico e explicativo, dirigido "a dar coerência ao sistema que jurisprudência e doutrina foram erguendo ao longo do século [XIX]"[62].

Sobretudo por influência doutrinal italiana, a doutrina e alguma jurisprudência mais recente têm vindo, contudo, a pôr em causa a afirmação da consistência técnica de tal construção. Cumpre, na verdade, reconhecer que, enquanto "evidente gémea da presunção de verdade da sentença e da presunção de conhecimento da lei", a presunção de legalidade dos actos administrativos corresponde a "uma daquelas formas morfológicas aproximativas com que a doutrina do século [XIX] procurou enquadrar os fenómenos de direito público", à qual não se deve atribuir um significado técnico[63].

As linhas de superação do conceito partem de dois planos diferenciados de análise, que, por consequência, conduzem a resultados inteiramente distintos. Justifica-se, por isso, a referência a cada um deles em separado.

a) No primeiro dos referidos planos de análise, a questão colocada é a de saber se é na existência de uma presunção, por parte do ordenamento jurídico, da conformidade dos actos administrativos com as normas com as quais

[62] Cfr. CHANCERELLE DE MACHETE, R.: "Algumas notas sobre a chamada presunção de legalidade dos actos administrativos", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, 1999, pág. 717.

[63] Já neste sentido, crítico em relação à fórmula da *presunção de legalidade* dos actos administrativos, cfr. GIANNINI, M. S.: "Atto amministrativo", *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, págs. 187-188.

eles se devem conformar que se funda a *imperatividade, obrigatoriedade* ou *autoritariedade* do acto administrativo anulável, que se concretiza na capacidade que lhe é reconhecida de introduzir efeitos na ordem jurídica, em termos que a todos obrigam, independentemente do facto de tais efeitos não terem sido determinados em conformidade com as normas.

Nos ordenamentos jurídicos que, como o português, prevêem a existência de actos administrativos nulos e não impõem o acatamento de tais actos, reconhecendo aos interessados o direito de resistência passiva perante eles, a questão centra-se no enquadramento dogmático a dar aos actos administrativos anuláveis. Com efeito, a presunção de legalidade é tradicionalmente invocada, nesse contexto, para explicar a razão pela qual o ordenamento jurídico admite que os actos administrativos anuláveis produzam efeitos, apesar de eles terem sido praticados em desconformidade com o parâmetro de legalidade em que assenta a relevância jurídica dos actos válidos[64].

Em relação à questão, de fino recorte teórico, que neste primeiro plano de análise se coloca, cumpre referir que tem feito o seu caminho, na doutrina portuguesa, o entendimento de que a específica relevância que o ordenamento jurídico faz corresponder aos actos administrativos anuláveis não assenta numa presunção de legalidade de que tais actos beneficiem. Embora também tenhamos dado o nosso contributo sobre a matéria[65], a questão tem sido sobretudo enfrentada, na doutrina portuguesa, por RUI CHANCERELLE DE MACHETE, por influência dos Autores que, sobretudo na doutrina italiana, têm procedido à reapreciação crítica das consequências que, neste domínio, decorrem dos postulados da doutrina do positivismo jurídico[66].

Vejamos em que termos.

A construção da presunção de legalidade, como modelo explicativo da relevância jurídica dos actos administrativos anuláveis, assenta no pressuposto de que, como os actos anuláveis são desconformes às normas por ele impostas, o ordenamento jurídico não lhes pode atribuir relevância sem admitir que eles sejam (ou, pelo menos, que eles possam ser) válidos. A doutrina do positivismo jurídico não concebe, na verdade, que, assumindo que um acto administrativo infringiu as regras por si impostas, o mesmo ordenamento jurídico que as impôs possa, ainda assim, reconhecer-lhe relevância jurídica, acolhendo-o, desse modo, no seu seio, em vez de o remeter para fora do sistema. De acordo

[64] Cfr. CHANCERELLE DE MACHETE, R.: *Algumas notas... cit.*, pág. 724.

[65] Cfr. AROSO DE ALMEIDA, M.: *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, págs. 165 segs.

[66] Cfr. CHANCERELLE DE MACHETE, R.: "Sanação (do acto administrativo inválido)", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa, 1996, págs. 331 segs., e o seu já citado escrito *Algumas notas...*, págs. 717 segs.

com os postulados do positivismo jurídico, como, num Estado de Direito, a lei é o fundamento dos poderes de autoridade da Administração e, portanto, dos efeitos que, no exercício desses poderes, a lei a habilita a introduzir, de modo unilateral, na ordem jurídica, os actos desconformes à lei estariam inevitavelmente condenados à improdutividade jurídica; a não ser assim, isso terá, pois, necessariamente de dever-se a uma presunção de legalidade, elidível mediante a utilização de procedimentos formalizados de apuramento da desconformidade do acto às normas.

Como facilmente se antevê, a superação deste entendimento assenta no pressuposto de que o reconhecimento de relevância jurídica aos actos administrativos anuláveis resulta de uma opção deliberada do ordenamento jurídico, que, embora assuma que tais actos infringiram certas regras com as quais se deveriam ter conformado, opta por lhes reconhecer um tipo específico de relevância jurídica que, atento o limitado grau de gravidade da infracção cometida, não os condena à total improdutividade jurídica. Pelo menos no plano téorico, seria, na verdade, concebível que, a exemplo do que faz para os actos jurídicos praticados por privados em violação de norma imperativa, o ordenamento jurídico sancionasse com o regime da nulidade todos os actos administrativos praticados em desconformidade com a lei, recusando-se, desse modo, a reconhecer-lhes uma relevância compatível com a produção de efeitos jurídicos. A autonomia dos actos administrativos anuláveis assenta, porém, em opção diversa, mediante a qual o ordenamento jurídico identifica um amplo conjunto de situações em que entende não sancionar a desconformidade às normas com a total improdutividade jurídica, mas com um outro tipo específico de relevância jurídica.

A relevância jurídica do acto administrativo anulável não se funda, por conseguinte, na sua assimilação ao acto válido, através de uma presunção de legalidade, mas corresponde a uma *fattispecie* autónoma[67], mediante a qual o ordenamento jurídico opta por integrar no sistema, em vez de excluir dele, as situações patológicas consideradas menos graves de desconformidade do acto administrativo às normas, através da configuração de um tipo específico de relevância jurídica para os actos administrativos anuláveis, que, não sendo embora aquela que corresponde aos actos nulos, também não se confunde com aquela que corresponde aos actos válidos[68].

[67] Cfr., a propósito, GIANNINI, M. S. / PIRAS, A.: "Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti delle giurisdizioni", in *Enciclopedia del Diritto,* vol. XIX, págs. 253-254.
[68] Para uma breve síntese, cfr. CHANCERELLE DE MACHETE, R.: *Algumas notas...*, págs. 724-725, e, com mais detalhe, do mesmo Autor, *Sanação (do acto administrativo inválido),* págs. 331 segs. Para mais desenvolvimentos, cfr., entretanto, ROMANO-TASSONE: "Trà diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità", in *Studi in Onore di Vittorio Ottaviano,* vol. II, Milão, 1993, págs. 1117 segs.

A especificidade da relevância jurídica que o ordenamento jurídico associa ao acto administrativo anulável concretiza-se no facto de o ordenamento jurídico não reconhecer ao acto anulável cabal aptidão para definir, no sentido pretendido, as situações jurídicas a que se reporta e, portanto, para modificar o quadro jurídico pré-existente, pois apenas admite que a definição introduzida pelo acto prevaleça, no plano dos efeitos, sobre aquela que antes existia, se e enquanto não vier a ser formalmente reconhecida a sua invalidade e, por via disso, proferida a correspondente anulação.

Na verdade, a anulação é um efeito a cuja possível verificação o acto se encontra sujeito desde o início, por ser um efeito que, nos termos da lei, pode corresponder ao tipo de invalidade de que ele padece, apenas sucedendo que a sua verificação se encontra *suspensa* ou *pendente*, para só se concretizar se vier a ser determinada a anulação. Por outro lado, no momento em que o acto anulável é praticado, constitui-se na esfera jurídica daqueles que ele venha lesar nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos o direito de fazerem valer a invalidade e exigirem a anulação, em defesa das respectivas posições subjectivas ilegalmente agredidas: mesmo quando extingue o direito subjectivo pré-existente do destinatário, resulta, pois, da anulabilidade do acto que esse direito sobreviva sob a forma de um direito de fazer valer a invalidade do acto e de exigir a consequente anulação, de modo a obter o pleno restabelecimento do direito lesado. A anulação consubstancia, assim, o reconhecimento de que a definição da relação jurídica que resultava do acto era inválida, divergindo, por isso, daquela que deveria ter valido durante todo o período de tempo em que o acto produziu os seus efeitos antijurídicos e, portanto, o reconhecimento de que, embora o acto anulável tenha produzido efeitos, a título precário, ele não foi verdadeiramente capaz de modificar o quadro jurídico pré-existente, cuja subsistência, sem soluções de continuidade, por força da invalidade do acto que sobre ele incidiu, deve ser formalmente reconhecida, *urbi et orbi*, através da anulação desse acto[69]. Em tudo isto se concretiza e diferencia a *fattispecie* do acto administrativo anulável, no confronto com a do acto válido.

b) A afirmação da existência de uma presunção de legalidade dos actos administrativos encontrava tradicional concretização prática no plano processual, na imposição aos interessados na impugnação de actos administrativos impositivos de efeitos lesivos do ónus da demonstração da invalidade de tais actos. O segundo dos planos de análise sobre o qual tem incidido a apreciação crítica a que, na doutrina portuguesa, tem sido submetida a construção da presunção de legalidade dos actos administrativos diz, por isso, respeito às regras de distribuição do ónus da prova no processo administrativo.

[69] Já neste sentido, AROSO DE ALMEIDA, M.: *Anulação... cit.*, págs. 177-178.

Com efeito, era tradicional, na jurisprudência portuguesa, a afirmação de que, atenta a presunção de legalidade de que beneficiariam os actos administrativos, recairia sobre o autor no contencioso de impugnação o ónus de infirmar a veracidade do preenchimento dos respectivos pressupostos[70]. Pode dizer-se que esse entendimento jurisprudencial se encontra, hoje, em grande medida superado[71], mercê da evolução doutrinal no mesmo sentido entretanto ocorrida[72].

Este é um ponto no qual temos insistido, com alguma repercussão na jurisprudência nacional, a partir de um conjunto de ideias que, de seguida, procuraremos sintetizar.

Atributo que, como vimos, decorre da específica relevância que o ordenamento jurídico lhe faz corresponder é o de que o acto administrativo anulável produz efeitos jurídicos, a sua emissão introduz uma modificação na ordem jurídica que se projecta directa e imediatamente na esfera jurídica dos destinatários e que, quando seja caso disso, só por si, agride e perturba a respectiva situação jurídica, nela causando uma lesão efectiva e imediata. Daqui resulta que qualquer pessoa ou autoridade — com excepção dos sujeitos que disponham do poder de promover e dos tribunais que disponham do poder de determinar a respectiva anulação — fica obrigada a reconhecer e aceitar o acto e, portanto, a definição jurídica por ele introduzida como realidades existentes no ordenamento jurídico e, em particular, que a invalidade do acto administrativo anulável não o impede de projectar os seus efeitos unilateralmente na esfera dos destinatários.

[70] A jurisprudência largamente maioritária do Supremo Tribunal Administrativo fazia, na verdade, apelo à "presunção da legalidade dos actos administrativos" para, em relação ao vício de erro nos pressupostos de facto, impôr ao impugnante o ónus de provar a inveracidade dos pressupostos de facto em que assentou o acto impugnado, com o argumento de que tal presunção abrangeria, designadamente, os pressupostos de facto em que radica o acto. Cfr., entre outros, os Acórdãos de 6 de Dezembro de 1972, in *Acórdãos Doutrinais* nº 146, p. 201, de 6 de Março de 1980, in *Acórdãos Doutrinais* nº 224/225, p. 996, de 24 de Fevereiro de 1981, in *Acórdãos Doutrinais* nº 236, p. 1033, de 13 de Outubro de 1983, in *Acórdãos Doutrinais* nº 265, p. 21, de 8 de Março de 1984, in *Acórdãos Doutrinais* nº 271, p. 850, de 26 de Janeiro de 1988, in *Acórdãos Doutrinais* nº 350, p. 158, de 31 de Janeiro de 1991, in *Acórdãos Doutrinais* nº 364, p. 425, de 1 de Março de 1995, Apêndices ao Diário da República de 18-7-97, e de 24 de Março de 1995, in Apêndices ao Diário da República de 18-7-97.

[71] Vejam-se, nesse sentido, entre outros, os Acórdãos de 5 de Maio de 1995, Proc. nº 44 837, de 24 de Novembro de 1999, Proc. nº 32 434, de 26 de Janeiro de 2000, Proc. nº 37 739, e de 24 de Janeiro de 2002, Proc. nº 48 154, e de 2 de Maio de 2006, Proc. nº 95/06.

[72] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE: *A Justiça Administrativa*, 9ª ed., Coimbra, 2007, págs. 492 segs.; AROSO DE ALMEIDA, M.: "Sobre as regras de distribuição do ónus material da prova no recurso contencioso de anulação de actos administrativos", in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 20, págs. 38 segs.

É isto que explica a necessidade, neste contexto, de um processo constitutivo. Ainda que a Administração se arrogue posições infundadas, a verdade é que ela não o faz através de simples declarações sem relevo jurídico formal, mas através de actos administrativos que vinculam os respectivos destinatários[73]. Daí a necessidade da impugnação contenciosa e da anulação, que, suprimindo os efeitos jurídicos produzidos pelo acto e, assim, restabelecendo a situação jurídica que teria existido na sua ausência, se destina a produzir um *efeito simétrico* em relação àquele que tinha sido introduzido pelo acto administrativo ilegal.

Ora, a afirmação tradicional segundo a qual sobre o impugnante, pelo simples facto de figurar no processo de impugnação na posição formal de autor, recairia, por definição, o ónus material da prova dos vícios invocados contra o acto impugnado assenta na indevida acentuação da circunstância de a impugnação ter de ser proposta pelo interessado na anulação do acto. A afirmação da existência de uma presunção de legalidade, no âmbito do contencioso de impugnação dos actos administrativos, é, assim, uma consequência que, no plano processual, se vem acrescentar à específica relevância que, no plano substantivo, é reconhecida aos actos administrativos, mas que com ela não se confunde, nem dela é uma decorrência necessária, e que, a todos os títulos, se afigura injustificada.

Com efeito, é porque a Administração pode praticar actos administrativos, dispondo, desse modo, de um instrumento que lhe permite introduzir modificações na ordem jurídica pelos seus próprios meios, sem necessidade de recorrer aos tribunais para obter uma sentença de alcance equivalente, que são aqueles em cuja esfera jurídica esses actos de algum modo projectam os seus efeitos que se vêem constituídos no ónus de se dirigirem aos tribunais para questionar a validade dos efeitos introduzidos. Ora, é a este ónus – *o ónus de impugnação* – que tradicionalmente é associada a imposição de um outro ónus, o ónus de demonstração do bem fundado da impugnação, mediante

[73] Por contraposição à *Beachtlichkeit* por força da qual todos têm de reconhecer o facto da existência do acto administrativo e dos efeitos por ele produzidos, autonomiza alguma doutrina alemã o conceito de *obrigatoriedade (Verbindlichkeit)*, para designar, mais precisamente, o efeito vinculativo *(Bindungswirkung)* do acto, que se concretiza na sua capacidade para se impor aos respectivos destinatários, tal como à própria Administração que o emitiu, obrigando, tanto a uns como a outra, a acatar os respectivos efeitos, enquanto o acto não for removido nem modificado: cfr. SEIBERT, *op. cit.*, p. 160; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., Munique, 1997, págs. 264 e 237. Uma *obrigatoriedade* que é, afinal, comum a todos os actos jurídicos dos poderes públicos, caracterizando, por isso, também as sentenças (cfr., por todos, TULIO LIEBMAN, E.: *Manuale di diritto processuale civile*, 5ª ed., Milão, 1992, págs. 263-264, que não deixa de salientar que "a unidade, do ponto de vista formal, da eficácia dos actos estatais não exclui naturalmente a grande variedade dos seu conteúdo, em conformidade com as diversas funções a que são dirigidos") e que decorre da eficácia que, pese embora a invalidade, o ordenamento jurídico consente ao acto anulável.

a demonstração da verificação das causas de invalidade imputadas ao acto: numa palavra, o *ónus material da prova* no âmbito do processo impugnatório. Com a imposição do ónus da impugnação dos actos administrativos, não se exoneraria, pois, a Administração apenas da veste formal, mas também das incumbências substanciais próprias de um autor processual, porquanto, "investida na posição privilegiada de demandada, ela não te[ria], em princípio, o ónus da prova"[74].

Alguma doutrina procura negar que, neste contexto, haja lugar à aplicação de uma presunção de legalidade do acto impugnado, em prejuízo da posição do impugnante, nesse sentido alegando que mais não se trata do que de aplicar as regras que, em termos gerais, decorrem do Código Civil em matéria de distribuição do ónus da prova[75]. Mas, salvo o devido respeito, o argumento não se afigura procedente porque, a nosso ver, é precisamente na aplicação de uma presunção de legalidade do acto impugnado que assenta o modo como, neste domínio, se preconiza a aplicação das regras do Código Civil em matéria de distribuição do ónus da prova. Com efeito, a construção do objecto do processo impugnatório por referência a um pretenso direito de anulação do impugnante, cujos elementos constitutivos a ele cumpriria demonstrar, assenta no entendimento de que a afirmação do preenchimento dos pressupostos legais de que dependia a prática do acto administrativo, que, de modo unilateral, foi assumida pela Administração no acto que praticou, não deve prevalecer apenas fora do processo, no plano das relações substantivas, mas também deve prevalecer em juízo, salvo demonstração em contrário da parte do impugnante.

A nosso ver, o específico alcance da relevância do acto administrativo anulável deve circunscrever-se ao estrito âmbito daquilo que, no plano substantivo, deva ser considerado indispensável à eficiente prossecução do interesse público. Mas, não só as exigências ditadas pela necessidade da eficiente prossecução do interesse público não justificam a afirmação de uma presunção de legalidade dos actos administrativos em juízo, com base na qual se façam recair sistematicamente sobre o recorrente as consequências de eventuais situações de incerteza quanto à questão da sua validade, como se afiguraria claramente lesivo do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva que à posição de vantagem que para a Administração já decorre, no plano substantivo, do poder de emanar actos administrativos — e que se traduz na imposição aos eventuais interessados do ónus da respectiva impugnação —, se associasse, no plano judicial, tão gravosa limitação da tutela das posições substantivas lesadas por esses actos, quando forem ilegais.

[74] Cfr. CHEVALLIER, J.: *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, págs. 274 e tb 210-211.
[75] Cfr. CHANCERELLE DE MACHETE, R.: *Algumas notas... cit.*, pág. 727.

Daqui decorre a necessidade de, no domínio do contencioso de impugnação de actos administrativos, se proceder a uma interpretação e aplicação das regras gerais sobre o ónus material da prova que atenda à circunstância de que, neste específico domínio, se assiste a um fenómeno de *inversão da situação processual das partes*, por comparação com a situação em que elas se encontram colocadas no plano das suas relações jurídicas substantivas.

É verdade que, como a *acção* da Administração não se manifestou apenas numa simples *petição*, dirigida à introdução da definição jurídica por outrem, mas na forma de uma *decisão*, capaz de, por si só, introduzir tal definição na ordem jurídica, a *contestação* que o impugnante move contra ela exige a formulação de um pedido dirigido à anulação da decisão, no âmbito de um processo em que o impugnante não pode deixar de figurar na posição de autor. Mas embora, no plano processual, seja o impugnante quem surge como autor, figurando a Administração como parte demandada, no plano substantivo foi a Administração que, pela positiva, tomou posição através do acto que praticou, desse modo lançando sobre o impugnante o ónus de reagir contra ele.

É por este motivo que a pretensão anulatória que o autor faz valer no processo assenta na *negação* da posição substantiva assumida pela Administração através do acto administrativo impugnado e concretiza-se na dedução de causas de invalidade do acto que não se resumem à mera dedução de *excepções*[76], como é normal quando, em processo civil, se procede à impugnação de negócios jurídicos privados[77], mas passam, em primeira linha, pela própria refutação do preenchimento dos *pressupostos* do acto, isto é, dos próprios elementos constitutivos da pretensão administrativa que se consubstanciou no acto.

A inversão de posições no plano processual de que se acaba de dar conta não pode encobrir ou obscurecer os contornos da situação na qual Administração e impugnante se encontram colocados no plano substantivo. A adequada percepção desta realidade é indispensável à correcta interpretação e aplicação das regras de distribuição do ónus da prova no âmbito do contencioso de impugnação de actos administrativos, que não deve, pois, atender à posição formal que as partes ocupam no quadro da relação processual, por referência ao direito do autor à anulação do acto impugnado, mas às posições que correspondem às partes na relação material que se encontra subjacente ao processo.

[76] Factos impeditivos, modificativos ou extintos, cuja invocação em juízo implica submeter à verificação do juiz a existência de (contra-)factos, distintos daqueles em que se baseia a contraparte: cfr. ILARIA PAGNI: *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milão, 1998, *maxime* a pág. 231.

[77] Para a caracterização da anulabilidade, a partir do próprio direito romano, por referência à figura da *exceptio*, e suas importantes consequências para a caracterização do fenómeno na teoria das invalidades dos negócios jurídicos privados, cfr., em geral, a desenvolvida análise de ILARIA PAGNI, *op. cit.*, págs. 197 segs., designadamente a págs. 206-207 (para a distinção assinalada no texto, cfr. pág. 210).

Para este efeito, o processo deve ser, portanto, encarado como se tivesse sido a Administração a propor a acção, ao praticar o acto, e o autor, no processo contencioso, viesse contestar. Por outro lado, importa ter presente que as causas de invalidade invocáveis contra o acto impugnado se desdobram em duas grandes categorias, que podem ser respectivamente qualificadas como *impugnações* e *excepções*, consoante a argumentação do impugnante se dirige ao reconhecimento de que não se preenchem os pressupostos (factos constitutivos) da posição assumida pela Administração com o acto ou, pelo contrário, à invocação de factos impeditivos, modificativos ou extintivos que forem porventura oponíveis a essa posição[78].

O impugnante figura, com efeito, no processo, numa posição jurídica substantiva diferente, consoante move uma defesa por *impugnação* — defesa directa, que ataca o acto de frente, contradizendo os factos deduzidos pela Administração ou o efeito jurídico que através do acto ela extraiu desses factos — ou uma defesa por *excepção* — defesa indirecta, baseada na invocação de factos ou causas impeditivos, modificativos ou extintivos da transformação introduzida pelo acto[79]. Em ambos os casos, o autor faz valer uma pretensão anulatória, cuja satisfação depende da verificação do preenchimento dos respectivos pressupostos. Sucede, porém, que, no primeiro caso, a pretensão anulatória se mostra fundada se se verificar que não se preenchem os factos constitutivos da posição da Administração, enquanto no segundo isso depende da verificação da existência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa posição.

Ora, esta diferença de natureza substantiva deve, a nosso ver, projectar-se no plano da definição das *regras de decisão* com base nas quais o tribunal deve decidir nas situações em que nenhuma conclusão clara tiver resultado de toda a prova reunida em favor de qualquer das partes. Assim, quando o impugnante alegue o não preenchimento dos pressupostos do acto, deve recair sobre a Administração o ónus material da prova: é a consequência natural da recusa de uma presunção *em juízo* do preenchimento dos pressupostos nos quais se baseia o acto. Quando, pelo contrário, o impugnante alegue a ocorrência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão administrativa consubstanciada no acto impugnado, é justo que sobre ele recaia o ónus da prova. Será o caso quando o vício invocado disser, por exemplo, respeito à existência de uma situação de desvio de poder ou de violação de princípios constitucionais.

[78] As situações de eventual prejudicialidade entre vícios e os critérios a respeito da ordem de apreciação dos vícios invocados resultam da natural precedência da apreciação das *impugnações* em relação às *excepções*, uma vez que estas últimas já pressupõem o preenchimento dos factos constitutivos da posição assumida pela Administração mediante a prática do acto.

Cumpre, por último, acrescentar que, com a entrada em vigor do CPTA, o meio de tutela jurisdicional adequado à reacção contra situações de indeferimento (expresso ou tácito) de requerimentos deixou de ser a impugnação do acto (expresso ou tácito) de indeferimento, para passar a ser a propositura de uma acção de condenação à prática de acto administrativo, cujo objecto não se centra no (eventual) acto de indeferimento praticado e, portanto, nas concretas ilegalidades em que ele possa incorrer, para se centrar, pela positiva, na pretensão do interessado. Não nos referimos, portanto, à impugnação de actos de conteúdo negativo, como os de indeferimento, porque, de acordo com a legislação hoje vigente em Portugal, a acção dedutível em situações de indeferimento ou silêncio perante requerimentos apresentados é a acção de condenação à prática de acto administrativo.

No âmbito da nova acção, compete ao autor demonstrar o preenchimento dos elementos constitutivos da sua pretensão, recaindo sobre a Administração o ónus de demonstrar o preenchimento dos correspondentes elementos impeditivos, modificativos e/ou extintivos, sob pena de preclusão em relação a ulteriores procedimentos administrativos.

Também no âmbito desta nova acção cumpre recorrer à distinção entre *impugnações* e *excepções*. Mas importa ter presente que, neste domínio, não tem lugar a inversão, no plano processual, das posições substantivas das partes, a que atrás nos reportámos: com efeito, o autor é, aqui, o titular da pretensão substantiva, que pretende ver satisfeita com a emissão de um acto administrativo favorável. Por este motivo, há, neste contexto, que recuar um pouco e transpor a referida distinção para o próprio plano do procedimento que conduziu à emissão do acto de conteúdo negativo, utilizando-a para qualificar os fundamentos nos quais esse acto se baseou para indeferir a pretensão do particular[80]. As *impugnações* consistirão, então, na alegação, por parte da Administração, de que não se encontravam preenchidos os pressupostos (factos constitutivos) da pretensão do particular; e as *excepções* consistirão na invocação, por parte da Administração, de factos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa pretensão[81]. Assim, se a Administração

[79] Para os conceitos que, no texto, são utilizados com as necessárias adaptações, cfr., por todos, DE ANDRADE, M.: *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, 1979, págs. 127 e 130.

[80] Na vigência da anterior legislação processual, o Supremo Tribunal Administrativo vinha seguindo esta linha no contencioso de impugnação de actos de conteúdo negativo, atendendo, para o efeito, ao disposto no artigo 88.º, n.º 1, do CPA, nos termos do qual aos interessados apenas cabe o ónus de provarem os factos que tenham alegado, sendo, consequentemente, sobre a Administração que recai o ónus da prova de factos que possam constituir obstáculos à satisfação das suas pretensões: cfr., por exemplo, Acórdão de 2 de Maio de 2006, Proc. nº 95/06.

[81] Tenha-se presente que, em certos domínios, embora o interessado deva apresentar um requerimento dirigido à obtenção de uma autorização, apenas está em jogo a verificação, por parte da Administração, da eventual existência de razões de interesse público que possam obstar

Cont.

respondeu ao requerente *por impugnação*, alegando que não se preenchiam os factos constitutivos da pretensão do interessado e é isso que ele vem contestar na acção, deve recair sobre ele o ónus da prova do preenchimento dos factos constitutivos da sua pretensão. Se, pelo contrário, a Administração respondeu ao requerente *por excepção*, alegando a existência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do interessado e é isso que, na acção, o interessado questiona, recai sobre a Administração o ónus da respectiva demonstração.

ao deferimento. Pode, por isso, dizer-se que a eventual recusa assenta, nestes casos, na invocação de *excepções* contrapostas ao direito, que, à partida, e na ausência delas, o particular seria livre de exercer sem mais constrangimentos.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO

Henry Alexander Mejía

I. Presentación

El objeto de este trabajo es brindar, aspectos precisos sobre la teoría del Acto Administrativo, desde la perspectiva como "fuente del derecho" y de manera específica en el Derecho Salvadoreño. No obstante, por lo complejo del tema no debe de buscarse una exposición teórica concluida, sobre todo porque los juristas del derecho Administrativo, no lo desarrollan como fuente productoras de derechos de manera expresa.

Únicamente haremos una referencia a temáticas esenciales como el acto administrativo como generador de derechos subjetivos a favor de los particulares, la estabilidad y el alcance de presunción de legitimidad; y como la doctrina, la legislación salvadoreña y la jurisprudencia lo han concebido como fuente. De forma especial, se hace un esbozo de los actos dictados por los organismos reguladores salvadoreños donde destacamos las resoluciones de las SIGET[1], SSAP[2] y SCOMP[3] y la importancia de tales actos administrativos como mecanismos de control en los prestarios de algunos servicios públicos.

Esta ponencia se escribe en el marco del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, que se realizará en la Ciudad de Panamá. Agradezco sobremanera la Invitación para formar parte y participar en este prestigioso Foro al prestigioso jurista español Dr. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, quien he tenido la dicha de conocerle en su estadía en mi país El Salvador, tratando el tema de la ética pública. Sirva el presente trabajo para implantar la discusión de tan importante tema en nuestra región, a fin de enriquecer la Ciencia del Derecho Administrativo Iberoamericano.

II. Aspectos generales

El estudio de las fuentes del Derecho, es un tema elemental del estudio de la Teoría General del Derecho, por lo cual al estudiar las fuentes del Derecho Administrativo, se parte de los aspectos generales de la Ciencia del Derecho. Etimológicamente el vocablo "fuente" deriva del latín "*fons*" o "*fontis*" que

[1] SIGET: Superintendencia General de Electricidad y Comunicaciones.
[2] SSAP: Superintendencia del Sistema de Ahorro y Pensiones.
[3] SCOMP: Superintendencia de la Competencia.

significa lugar donde se derrama o brota el agua de la superficie. Por tanto debemos entender el fenómeno o el objeto que genera o que produce algo, o aquello de donde se origina una cosa. La fuente del Derecho, obviamente la identificamos como aquello donde emana o funda Derecho. En la doctrina salvadoreña tiene diferentes connotaciones[4], dentro de las que se destacan:

a. Fuente de producción: Es el órgano o sujeto competente para producir la norma, en este sentido se encuentra por excelencia el Parlamento, la Administración Pública y los miembros de la comunidad, cuando se trata de la costumbre.

b. Fuente de cognición: es el acto o documento en el cual se contienen las normas jurídicas. Puede estar constituido por un acto legislativo, por un simple comportamiento como la costumbre, o el caso que nos interesa por un acto administrativo.

c. Fuente de elaboración: esto se refiere al procedimiento de creación de las normas, los cuales tales procesos se encuentran dentro de la Constitución.

El Derecho Administrativo, no se aparta de la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho, cuya división puede ser: histórica, material y formal. Las fuentes históricas son aquellos documentos que informan acerca de la formación del derecho; las materiales también conocidas como reales, son las circunstancias sociales, políticas y económicas que en un momento determinado influyen para determinar el contenido de la normatividad; y las formales son los procesos de formación del derecho.

III. El sistema de fuentes del derecho administrativo en el derecho salvadoreño

Desde los orígenes del Derecho las fuentes del derecho han estado influenciada por la tradición del pensamiento del Derecho civil, situación que era valedera, ya que desde lo orígenes del derecho han predominado las reglas del Código Civil, como el fundamento de todo el orden jurídico, tomando una posición romanista. No obstante, con la nueva visión doctrinal donde el sistema constitucional ya no es visto como un conjunto de reglas políticas y carentes de imperatividad, sino que es norma jurídica que vincula de manera directa a todos los poderes públicos[5], en efecto, se estipula la constitucionalización

[4] Vid. BERTRAN GALINDO, F., ET. AL: *Manual de Derecho Constitucional Salvadoreño*, t 1, Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, 1992, pág. 43.

[5] Vid. en la doctrina salvadoreña a SORIANO, S.: "La constitucionalización de las Fuentes del Derecho Salvadoreño", en AA.VV.: *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, Publicación de la CSJ, en Cooperación de la AECI, 2000, págs. 180 y sigs.

de las fuentes del derecho, y por supuesto, tales ideas llegan a la Ciencia del Derecho Administrativo.

El ordenamiento salvadoreño reconoce el sistema de fuentes formales desde esa perspectiva, considerando la Constitución de la República como el ordenamiento sistematizador de todo el orden jurídico nacional, y de gran importancia para el Derecho Administrativo, ya que en ésta se crean los entes que conforman la Administración Pública que en consecuencia ejercen la función administrativa, esto implica que al emitir sus actos está sometida "*in prima facie*" a los preceptos constitucionales[6].

Luego tenemos los Tratados Internacionales, que constituyen fuente del Derecho Administrativo, cuando obligan a las entidades administrativas a realizar determinada actividad, o bien cuando contengan disposiciones de Derecho Administrativo, aplicable al ámbito interno. Por debajo de la Constitución y los Tratados Internacionales está la Ley que contienen un amplio espectro innegable de disposiciones de Derecho Administrativo; finalmente se tienen los Reglamentos Administrativos, las Ordenanzas que son dictadas por la Administraciones Municipales. Cabe traer colación que la Costumbre, es fuente del Derecho, sólo cuando la Ley se remita a ella, lo cual en nuestro ámbito jurídico ha quedado en desuso por la poca sistematización de la misma, y en Derecho Administrativo lo que se rescata de ella, es la práctica administrativa de los entes de la Administración Pública.

Sin embargo, de manera especial, que a pesar que existe poca o nula bibliografía, que trate el tema del acto administrativo como fuente del derecho, no obstante nos concierne demostrar en este "Foro de Derecho Administrativo" que aquellos, constituyen verdaderas fuentes del Derecho Administrativo, sobre todo porque son dictados por la Administración, donde se encuentran actos administrativos de diferentes naturaleza, las cuales al tenor del Art. 164 de la Constitución de la República[7] se tienen: Los decretos Administrativos, acuerdos, órdenes y resoluciones, concesiones administrativas, además la doctrina y jurisprudencia salvadoreña reconoce otras apelativos, tales como: autorizaciones, permisos, licencias, circulares e instructivos, esto según la finalidad o efectos que persiguen.

[6] Así lo ha manifestado la SCA en reiterada jurisprudencia, para mencionar alguna la Sentencia de 29 de febrero de 2008, Ref. 30-2005.

[7] El Art. 164 de la Constitución dice: "Que todos los decretos, acuerdos, ordenes y resoluciones que los funcionarios del órgano ejecutivo emitan excediendo las potestades que esta constitución establece serán nulos....".Sin embargo la SCA ha determinado jurisprudencialmente que el término Órgano Ejecutivo debe de interpretarse de manera amplia donde incluirse a todos los entes de la Administración Pública en general) Al respecto puede consultarse la sentencia de la SCA pronunciada el 20 de junio de 2005, Ref., 87-V-02, donde establece la forma en que pueden impugnarse actos administrativos nulos de pleno derecho.

IV. Consideración general del acto administrativo como fuente del derecho: enfoque doctrinal, positivo y jurisprudencial

El acto administrativo[8] es, sin duda, el concepto fundamental del régimen jurídico de la Administración Pública, y consecuentemente, del Derecho administrativo. Esto porque todas las potestades administrativas, y prerrogativas de la Administración, vienen a coincidir y concretarse en ésta: poder dictar actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo y dotados de un vigor especial, por eso se dice que el acto administrativo constituye la piedra angular del derecho administrativo, porque es el instrumento vital para el ejercicio de la función administrativa[9].

Es la principal manifestación de la Administración, productoras de efectos jurídicos, que pueden trascender de acuerdo a su naturaleza, tanto fuera o dentro del la propia Administración Pública[10], consecuentemente es una de las fuentes del Derecho Administrativo, sino bien no es la principal, pero tiene un valor significativo dentro de la formación del Derecho Administrativo. Como dice el jurista español GAMERO CASADO[11], es el eslabón de la cadena

[8] La expresión de acto administrativo surgió después de la Revolución Francesa. No obstante, antiguamente, se le denominaban "actos del rey o actos del fisco". El primer texto legal que empleó la expresión de acto administrativo es la ley francesa del 16 de agosto de 1790 que prohibía a los tribunales judiciales el conocimiento de operaciones de los órganos administrativos. La misma prohibición se instauró en la ley de 16 Fructidor del año III relativa a los actos de la Administración de cualquier especie. *Vid*. DIEZ, M. M.: *Manual de Derecho Administrativo*, t 1, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, pág. 172.

[9] Esto justificaría la abrumadora literatura dedicada al tema, en este sentido los países que más han destacado en la ciencia del Derecho administrativo desde el siglo pasado Alemania, Francia, Italia y España, en América Latina, tenemos Argentina, Colombia, México, Venezuela y Costa Rica, como a su vez, tan ingente "producción bibliográfica" tenía que provocar una variedad casi ilimitada de conceptos, nociones, definiciones, del acto administrativo. Para mencionar algunos, aparte de los que citaremos en el desarrollo de nuestra ponencia, *Vid*.: BOQUERA OLIVER, J. M.: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid. 1993, págs. 16 y sigs.; COCUELLA MONTANER, L.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Civitas, Madrid 1999, págs. 345 y sigs.; DELGADILLO GUTIERREZ, L. H.: *Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso*, Limusa Editores, México, 1998, págs. 167 y sigs.; DROMI, R.: *El acto administrativo*, Ediciones, Buenos Aires, 1997, págs. 16 y sigs.; ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Tecnos Madrid, 1999, págs. 171 y sigs.; y GUAITA, A.: "El concepto de Acto Administrativo", en *REDA*, Nº 24, pág. 1; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, 1999, págs. 92 y sigs. En la escasa doctrina del Derecho Administrativo salvadoreña, puede verse: a AA.VV.: *Manual de Justicia Administrativa*, Publicación de la Escuela de Capacitación Judicial, y Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.

[10] El concepto surge en Francia, como manifestación del principio de separación de poderes entre la Administración y Justicia, en virtud de que se trataba de un acto jurídico exento de poder jurisdiccional del juez en cuanto el producto de la autoridad administrativa y es por ello, sometido al control de los tribunales contenciosos- administrativos en su primera configuración. *Vid*. GARCIA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho administrativo*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1997, pág. 534.

[11] GAMERO CASADO, E. y FERNADEZ RAMOS, S.: *Manual de Derecho Administrativo*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 359 y sigs.

de legalidad y que a través del mismo circula, sino es la principal, es la mayor profusión en el ámbito del Derecho Administrativo.

En el mismo orden de ideas, CANASÍ, manifiesta que el acto administrativo constituye

> la base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado, en sentido lato, y regula la función administrativa, ya sea en forma de actos jurídicos o de actos materiales, dando origen por su complejidad doctrinal a la llamada teoría del acto administrativo, regulada ampliamente por el Derecho Administrativo, y que es una de las ramas esenciales del Derecho Público[12].

Consecuentemente, es un acto jurídico por excelencia y supone la variedad de actuaciones de la Administración que se formalizan mediante diversos actos administrativos, materializadas mediante acciones concretas, en oposición a las normas jurídicas que tienen efecto para conductas y relaciones generales.

En la ciencia del Derecho administrativo, es la doctrina la que se ha encargado de definir de manera innumerable el acto administrativo, teniendo su representación clásica por medio del jurista italiano ZANOBINI, lo cual lo definido como aquella "Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en el ejercicio de una potestad administrativa[13]." que luego ha sido corregida por el jurista español GARCIA DE ENTERRIA, donde se le agrega a la anterior definición la frase: "distinta a la potestad reglamentaria". Sin embargo en el derecho salvadoreño, a pesar que no cuenta una Ley Uniforme de Procedimientos administrativos, como en otras latitudes, como sucede en España, Argentina y Colombia para mencionar algunos; el legislador ha tenido la virtud de definir el acto administrativo, lo cual determina el panorama jurídico de lo que debemos entender como tal; y para efectos de la administración fiscal, en el Código Tributario, en el Art. 20, que literalmente dice:

> Es una declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la administración tributaria en el ejerció de de su potestad administrativa.

Además, tenemos una definición dada por la SCA[14] de nuestro país; que podríamos decir, que si bien no se aparta inicialmente de los fundamentos

[12] Citado por CALDERÓN MORALES, H. H.: *Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España*, en AA. VV.: "Los Recursos Administrativos en Guatemala" Manuel Ballbé y Martha Franch Saguer (Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, pág. 189.
[13] ZANOBINI, G., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Arayú, Buenos Aires, 1954, sp.
[14] SCA: Sala de lo Contencioso Administrativa.

tradicionales doctrinales de la anterior definición, es más amplia y precisa, y que reza de la manera siguiente:

> Es una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa[15].

Estas definiciones robustecen el porqué el acto administrativo, es una de las fuentes del Derecho Administrativo, dado que con su emisión es productor del efecto jurídico, que pueden consistir en crear, modificar y extinguir una situación de derecho determinada, que afecta su esfera jurídica de una manera directa o indirecta la condición jurídica del administrado. En este sentido, se segregan las connotaciones que lo hacen diferentes a los demás actuaciones de la Administración Pública[16], siendo los siguientes:

a. Declaración: Los actos administrativos son declaraciones en cuanto son manifestaciones con trascendencia interna y externa de la Administración Pública, es importante aclarar que tales declaraciones pueden ser de voluntad, de deseo, de juicio, de conocimiento.

b. Unilateralidad: Esto lo hace diferente con los contratos administrativos que constituyen una actuación de la Administración Pública, el acto siempre será unilateral aunque concurra la voluntad del administrado, esto no le quita tal connotación.

c. Emana de un órgano de la Administración Pública: Para que constituyan como tal, siempre debe ser dictados por un ente de la Administración Pública[17]. En El Salvador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la

[15] *Vid*. al respecto Sentencia de 28 de octubre de 1998, ref. 134-M-97 y Sentencia de 16 de octubre de 1998, ref. 109- A-96.

[16] Es de notar que, la Administración Pública, realiza otras actuaciones, que no constituyen actos administrativos, dentro de éstos se tienen: Los contratos administrativos y convenios administrativos, el acto político de Gobierno, los reglamentos, las operaciones materiales, y las actuaciones de la Administración sujetas al Derecho Privado. Vid. en este sentido a GAMERO CASADO, E.: "Derecho administrativo", en la monografía *El acto administrativo*, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001, págs. 9 y sigs.

[17] El Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, establece cuales órganos administrativos, conforman la administración pública salvadoreña, dentro de los cuales se encuentran: El órgano Ejecutivo, las municipalidades, las Gobernaciones, las Instituciones Oficiales Autónomas, tales como SIGET, SSAP, y SCOMP, entre otras. Además los Órganos Constitucionales, los cuales son: la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía general de la República, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Cuentas de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura, únicamente

Cont.

Administración no posee personalidad jurídica única, sino que se constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica y otros sin ella, que realizan función administrativa (...) como claramente se aprecia nos encontramos ante una diversidad de órganos de carácter públicos, en tanto realizan función administrativa formarán parte de la Administración Pública. Sin embargo, no son actos administrativos los dictados por los particulares, aun actuando con potestades conferidas por la propia administración, como sucede con los concesionarios, no obstante estos últimos se encuentran sometidos al derecho administrativo[18], pero en el orden salvadoreño sólo puede impugnarse de manera indirecta.

d. El acto administrativo se encuentra regulado por el Derecho Administrativo: En este sentido debe notarse que cualquier acto administrativo, para que sea valido debe tener el funcionario o autoridad emisora la potestad administrativa regulada por una norma jurídica de carácter administrativa, de hecho el citado Código Tributario se refiere a esta connotación y que debe de entenderse como tal.

e. El acto administrativo está sujeto a control Sobre la base del principio de separación de poderes y el principio de legalidad, enmarcado en nuestra Constitución en el Art. 86, todo acto administrativo dictado por la Administración Pública debe estar sujeto a control, tanto en sede administrativa y por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Incluso en el ordenamiento salvadoreño cuando un acto vulnere algún derecho consagrado en la Constitución puede interponerse la Acción de Amparo contra la autoridad o funcionario emisor, tal como lo prescribe la Constitución salvadoreña en el Art. 247, lo cual en alguna medida le quita el ámbito de litigiosidad la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ser aquél, de mayor peso jurídico.

V. Decisiones de los organismos reguladores

A. Justificación de la creación de los entes

Los cambios en la configuración de la Administración Pública, en virtud del abandono del monopolio en la prestación del servicio público, las cuales han sido impulsado por los procesos de privatización la punta de lanza del Modelo Económico Neoliberal en América Latina, donde en El Salvador no ha sido la excepción[19], han generado una transformación radical entre sujetos públicos y

sólo cuando ejerzan función administrativa, también se consideran de la misma manera por excepción el Órgano Legislativo y el Órganos Judicial.

[18] *Vid*. al respecto la Sentencia Interlocutoria de la SCA, de 22 de mayo de 2000, ref. 230-C-2002.

19 Para impulsar los procesos privatizadores, para que las telecomunicaciones y electricidad sean prestados por empresas privadas en 1994 se introduce la reforma constitucional del Art. 110

Cont.

privados en materia de regulación económica, y nuevos ámbitos y modalidades de intervención estatal. En este nuevo contexto la Administración adquiere una función reguladora, necesaria e inherente a la naturaleza de los servicios de que se trata.

Los entes reguladores de la Administración responden a la necesidad de una legitimación técnica de intervención, a una nueva modalidad de regulación en los límites que les establezcan la ley. En todo caso, ejercen un equilibrio entre mantener dinámicamente condiciones de competencia en el mercado, y garantizar las obligaciones de servicio público y los derechos de los usuarios.

En este sentido, para tales circunstancias, en nuestro país, de manera relevante cabe referirse a la Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, (SIGET), Superintendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones (SSAP), y la Superintendencia de Competencia (SCOMP), donde han jugado un rol indispensable y protagónico, a fin de regular y contralar la prestación de los servicios públicos y la ordenación de la dinámica del mercado salvadoreño.

B. Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones

La creación de la (SIGET), responde, a tenor de su considerandos, a la necesidad de "incentivar la inversión privada en los sectores de electricidad y telecomunicaciones", para lo cual: "es necesaria la creación de un marco regulatorio claro, que proporcione seguridad a los agentes económicos que participen en sus distintas actividades, a la vez que fomente la competencia y limite la discrecionalidad regulatoria".

El ordenamiento jurídico le otorga potestades específicas a la SIGET para regular y aprobar los cargos por la operación del sistema de transmisión y el mercado mayorista que cobra la Unidad de Transacciones, y para establecer mediante acuerdo los métodos para fijar tales cargos. Asimismo, la autorización del Presupuesto de Ingresos de la Unidad de Transacciones es el medio para el cálculo de los relacionados cargos, con lo cual su autorización trasciende la esfera organizativa de la misma e involucra intereses sociales. La función de la SIGET, no puede entenderse como un mero cotejo automático de datos, por el contrario, la intervención del poder regulador encierra de suyo un juicio de

inciso cuarto, lo cual dice: "El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de las instituciones oficiales autónomas o de los municipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales; las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador".

razonabilidad que conlleva el establecimiento de criterios y la posibilidad de incidir en su cálculo. Así en esencia, la SIGET está erigida sobre una filosofía de regulación y supervisión, en ejercicio tiene entre otras potestades: b) Aprobar las tarifas a que se refieren las leyes de electricidad y de telecomunicaciones; c) Dictar normas y estándares técnicos aplicables a los sectores de electricidad y de telecomunicaciones; d) Dirimir conflictos entre operadores de los sectores de electricidad y telecomunicaciones, de conformidad a lo dispuesto en las normas aplicables; e) Informar a la autoridad respectiva de la existencia de prácticas que atenten contra la libre competencia..".

La SIGET es responsable del cumplimiento de las disposiciones relativas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, y tiene potestades específicas de regulación y aprobación de los cargos por la operación del sistema de transmisión y distribución y la operación del mercado mayorista. La actividad encomendada a la Unidad de Transacciones de la SIGET, indispensable para la prestación del servicio de energía eléctrica, por su naturaleza, está íntimamente ligada a necesidades de interés público y relativas al bien común, lo cual vincula tanto a la Administración en el caso de la gestión directa como al particular o particulares que asuman su gestión, a garantizar su prestación[20].

Dentro de este orden de ideas, la SIGET ha dictado resoluciones en aras de mantener la supervisión que por ley le concierne, destacando las siguientes:

1. La SC[21] resolvió que la SIGET puede revocar la concesión otorgada a la empresa "El Salvador Network" para la explotación del espectro radioeléctrico televisivo del canal 69, con cobertura en Santa Ana, San Miguel, Sonsonate, Usulután y Chalatenango. El 10 de julio de 2003, la SIGET resolvió recuperar la frecuencia de los 800 a los 806 *MHz* otorgada al canal 69, debido a que la empresa concesionaria no había hecho uso de esta por más de un año. Basó su acto en el artículo 124 literal B de la Ley de Telecomunicaciones. Tras la decisión de la superintendencia, la empresa promovió un juicio en su contra ante SC, argumentando "violación al principio de legalidad, seguridad jurídica e igualdad", así como "desviación de poder"; pero la Corte desestimó sus argumentos.

2. La SCA también resolvió a favor de la SIGET desestimó cualquier viso de ilegalidad en la resolución T 699-2002 de la SIGET, mediante la cual se aplica una multa de $22 mil a la empresa "Worldxchange Communications" por haber incurrido en la infracción de operar los servicios de telefonía directa de larga distancia internacional sin contar con tarifas aprobadas por la

[20] Vid. al respecto *Sentencia de la SCA Ref. 28-U-2001 de fecha 9 de diciembre de 2002.*
[21] SC: Sala de lo Constitucional.

superintendencia. La sociedad alegó ante la Corte que no había solicitado la autorización de las tarifas porque SIGET no se lo había pedido.

3. La SC también resolvió que la SIGET tiene potestad para intervenir en la regulación de los cargos por interconexión entre operadoras de telefonía, rechazando la petición de una empresa que alegaba falta de facultades legales del superintendente y constitucionales del superintendente. Además, la SC denegó la petición de amparo presentada por la empresa SALTEL, mediante la cual pretendía que la SIGET no aplicara tres tasas diferentes por la concesión de una frecuencia. La parte demandante alegaba que se trata de una sola frecuencia, pero la SIGET confirmó que fueron tres subastas diferentes y que cada una equivale a una región del país

C. Superintendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones

La SSAP, es la entidad pública creada por el Estado, especialmente para fiscalizar, por una parte, a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que son instituciones privadas facultadas por el Estado para prestar el servicio, y por la otra, al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP), y al Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS). Esto presupone, de parte de la Superintendencia, una responsabilidad irrenunciable para garantizar que el servicio se brinde en las condiciones definidas en la norma, donde se consignan los derechos de los usuarios del sistema y de sus beneficiarios directos, así como las responsabilidades y derechos de los beneficiarios indirectos.

El control y supervisión que se ejerce, gira en torno a la responsabilidad estatal de garantizar que el servicio se preste de manera interrumpida y conforme a las especificaciones de calidad consignadas en la Ley del SAP), a manera de solución institucional a los riesgos y contingencias derivados de los estados de necesidad del colectivo cubierto. El distanciamiento entre práctica y norma, obliga a una acción del ente supervisor, el cual, actuando en representación del Estado, sanciona dichas prácticas, procurando un cambio conductual permanente por parte de los operadores directos del sistema. La SSAP constituye, además, una instancia administrativa para la tutela de los derechos previsionales de los trabajadores, de tal forma que cualquier diferencia que surja entre los afiliados y los operadores, pueda zanjarse amistosamente y se evite con ello, la judicialización de todos los conflictos previsionales, dejando, de esta forma, al sistema judicial como la última instancia para la aplicación correcta de la norma.

Esta labor convierte a la Institución en una especie de tribunal de derecho, sin competencias jurisdiccionales, pero con la capacidad técnica suficiente para atender correctamente las pretensiones de los trabajadores que se avocan a ella, en aras de que se le tutelen sus derechos previsionales. Esta característica sobre la pretensión de las denuncias recibidas, explica por qué deben ser atendidas en instancias especializadas y no en otras, ya que el intercambio surge entre operadores y usuarios del sistema, reconociéndosele al trabajador su calidad de ciudadano y titular de un derecho, afín a la misma. En todo caso el fin último y distintivo de la Superintendencia de Pensiones es preservar los intereses de los afiliados propietarios del fondo de pensiones, en cumplimiento de la Ley SAP, lo cual le confiere un rol eminentemente social.

Dentro de este marco jurídico la SSAP, ha dictado una seria de instructivos, a fin de que las AFP faciliten la prestación del Servicio de Pensiones, y que la SCA le denomina actos administrativos normativos[22], constituyen verdaderas fuentes del derecho, siendo las siguientes:

1. INSTRUCTIVO NO. SAP-01/2005

La Verificación de Ingresos para el otorgamiento de La Garantía Estatal de Pensiones Mínimas de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

2. INSTRUCTIVO NO. SAP 05/2001

Requerimiento de Información a las Administradoras de Fondos de Pensiones para el control del Trámite del otorgamiento de Beneficios a los Afiliados y Beneficiarios del Sistema de Ahorro para Pensiones.

3. INSTRUCTIVO No. SAP- 002 /2000

Calculo Del Beneficio Adicional Anual para los Pensionados del Sistema de Pensiones Público.

4. INSTRUCTIVO No. SPP- 0009/98

Para el otorgamiento de Prestaciones Pecuniarias por Invalidez Común en el Sistema de Pensiones Público.

5. INSTRUCTIVO No. SAP-15/99

Para el Pago de la Prima del Seguro Colectivo de Invalidez y Sobrevivencia, Contratado por Las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones para sus Afiliados.

[22] Así lo ha manifestado la SCA en reiterada jurisprudencia, para mencionar alguna la Sentencia de 29 de febrero de 2008, Ref. 30-2005.

6. INSTRUCTIVO No. SAP - 17/99.

De Los Requisitos Mínimos para la Contratación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia para las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones.

Además dentro del marco litigiosidad la SCA, ha dictado la resolución siguiente:

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) consideró legal una resolución administrativa que ordena a una administradora de fondo de pensiones efectuar el cálculo correcto del valor de certificados de traspaso de 108 pensiones que estaban en el sector público*: "Declárase legal la resolución dictada por la Superintendencia de Pensiones el 9 de noviembre de 2004, requiere que la AFP efectué el cálculo correcto", reza la sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo. Los magistrados agregan que se deben determinar los valores solicitados en exceso y la AFP debe efectuar el reembolso al Estado, "correspondiente al exceso cuantificado en su valor nominal y con los intereses devengados desde la fecha de su devolución"*. La AFP había interpuesto la demanda contra la Superintendencia de Pensiones porque consideraba que era ilegal realizar el desembolso afectando el patrimonio de la AFP. Se amparaban en el artículo 77 de la ley especial de pensiones que establece que el fondo de pensiones es de propiedad exclusiva de los afiliados y diferente de las instituciones administradoras. La demandante agregaba que la Superintendencia participó en la emisión de los certificados de traspaso en los que existía un pago en exceso —en el proceso no se establece el monto—. La Corte argumentó que la Superintendencia de Pensiones se limita a llevar un control de los certificados y que, por consiguiente, el procedimiento de emisión y pago es responsabilidad de la administradora.

D. Superintendencia de la Competencia

La SCOMP ha sido creada como una Institución de Derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la presente Ley y en las demás disposiciones aplicables (Art. 3 de LSCOMP). Dentro de su estructura está el Superintendente y el Consejo Directivo.

Su objeto es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores (Art. 1 LSCOMP).

Dentro de las resoluciones emblemáticas para la defensa de la competencia es la multa máxima que le a las empresas ESSO y a SHELL por abusar de su posición dominante y ordena el cese de los abusos. Veamos el contenido sustancial de la resolución:

Ésta se deriva principalmente: 1) del grado de incidencia que tanto ESSO y SHELL ejercen sobre la oferta de gasolina y diesel, dado que cuentan con la única facilidad de refinación y la mayor capacidad de importación y almacenamiento en El Salvador; 2) de la elevada participación en los mercados relevantes determinados, ya que considerados de manera conjunta, SHELL y ESSO ostentan más del 50% de los mercados de venta mayorista de gasolinas especial, regular y diesel; 3) del alto nivel de participación que de manera conjunta SHELL Y ESSO ostentan en ocho de los quince mercados relevantes geográficos determinados (mercado minorista), el cual supera el 50% del total; 4) de la existencia de significativas barreras a la entrada en las diferentes etapas de la cadena de valor; y 5) de la incapacidad de sus competidores de contrarrestar una restricción en el abastecimiento de los mercados relevantes determinados. En cuanto a CHEVRON, este agente económico no ostenta posición dominante, puesto que no tiene la potencialidad de incidir en la oferta de gasolinas y diesel, ya que su capacidad de almacenamiento es limitada. Por este motivo, CHEVRON no podría restringir el abastecimiento en los mercados relevantes sin que los agentes económicos competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder.

El Consejo Directivo de la SC ha multado a SHELL y a ESSO con $852,000.00 a cada una, por graves infracciones a la Ley de Competencia. El Consejo Directivo (CD) de la Superintendencia de Competencia (SC) ha resuelto que ESSO y SHELL han abusado de su posición dominante, al establecer en forma complementaria una política de precios que comprende zonificar y fijar o sugerir precios a sus estaciones de servicio.A la vez, el CD ordenó el cese de los abusos, en aras de restablecer la competencia. Por violar la Ley de Competencia, el CD impuso a cada una la multa máxima de la ley, que es de $ 852,000.00 dólares.

Además, en la resolución se prohíbe a ESSO y a SHELL vender a precios o costos distintos a sus estaciones de servicio en un mismo mercado relevante geográfico, las gasolinas especial, regular y diesel, independientemente de la modalidad contractual que las vincule. También se *prohíbe* que ESSO y SHELL establezcan, publiquen y/o comuniquen un precio de venta sugerido a sus estaciones de servicio. ESSO y SHELL han sido sancionadas por violar el Art. 30 de la Ley de Competencia. Este caso se encuentra impugnado ante la SCA, no resolviendo aún sobre la legitimidad del acto sancionatorio dictado por la SCOMP[23].

[23] El caso está en la SCA con número de Ref. 437-2007.

VI. Estabilidad del acto administrativo creador de derechos

A. El acto administrativo como productor de efectos jurídicos

Una de los principales aspectos del acto administrativo, es productor de efectos jurídicos, las cuales pueden crear, modificar, transmitir, reconocer, registrar o extinguir derechos y obligaciones, acorde a la conceptualización definición dada la por al SAC, referida en *supra*. Donde los actos administrativos pueden ser de trámite o definitivos como dice la definición dada por el Art. 20 de nuestro Código de Tributario; del mismo modo su exteriorización se ostente de manera expresa o presunta[24], ya que éstos últimos no habiendo manifestación del ente administrativo tienen sus propios efectos.

Esto es una consecuencia con fuerza jurídica vinculante dada por el ordenamiento jurídico. Tales efectos son directos e inmediatos, es decir surgen del acto mismo, no están sujetos a la emisión de un acto posterior, y por regla general dichos efectos serán subjetivos, concretos e individuales. Sólo de manera muy excepcional podría tener efectos generales, como ocurriría con los actos de convocatoria pública para ingresar a la Universidad de El Salvador, y la convocatoria para participar en procedimiento de Licitación Pública, los cuales obviamente estaría dirigido a sujetos indeterminados.

Los efectos se extienden a terceros, los cuales tienen la obligación de respetar la decisión tomada por la Administración Pública, como ocurre con los actos certificatorios tales como: la inscripción de Marcas, inmuebles, empresas en el Centro Nacional de Registro o la autorización de tarifas de a las empresas privadas que prestan servicios públicos, por los entes regulatorios como sucede en El Salvador, lo cual trataremos en *Infra*. Además los efectos jurídicos son directos, e inmediatos surgen de la naturaleza del acto mismo, sin que estén supeditados a la emisión de un acto posterior, aunque ese efecto no sea inmediato en el tiempo, por ejemplo cuando se trate de aquellos actos que tendrán sus efectos a partir de una fecha determinada[25].

[24] La denegación presunta de una petición es una figura que surge para habilitar la interposición de la acción contenciosa administrativa ante la pasividad o falta de respuesta de la Administración, bajo la presunción legal de que el silencio de la misma equivale a una denegación de lo solicitado. La LJCA, establece que la denegación presunta se configura cuando: "la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud" (Art. 3 letra "b" de LJCA. Dado que la ficción legal es precisamente que la solicitud del administrado le ha sido negada, cuando la demanda se base en esta disposición, la revisión judicial se contrae a confrontar el acto desestimatorio presunto, con las razones -de hecho y de Derecho- por las cuales el demandante considera que lo solicitado le ha sido ilegalmente denegado. Vid. Sentencia de SCA, Ref. 136-P-2002 de ocho de septiembre de 2003.

[25] GAMERO CASADO, op. cit., Págs. 112 Y 113, sostiene que en la doctrina salvadoreña, los actos administrativos tienen en algunas ocasiones efectos retroactivos en los casos siguientes: 1) actos

Cont.

Por tanto, queda claro que el acto administrativo, es productor de efectos jurídicos, y consecuentemente creador de derechos subjetivos a favor de los administrados, esto queda evidenciado en los casos donde la Administración Pública, otorga permisos, autorizaciones, concesiones administrativas o licencias para el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, por la ley, o por un reglamento determinado.

B. Estabilidad de acto administrativo

En el ámbito que nos concierne desarrollar es de suma importancia el tratamiento de la estabilidad del acto, como una de las características ligadas al derecho fundamental de la seguridad jurídica. En un primer acercamiento podemos afirmar, que la estabilidad consiste en que el funcionario o autoridad administrativa, no puede ni debe, –dependiendo el tipo de acto y bajo ciertos requisitos– extinguir por sí mismo los efectos productores de derechos de los actos dictados por él o por ella; No obstante nada impide que el acto sea impugnado por un particular que afecte la sus intereses legítimos.

Algunos autores, prefieren utilizar el término irrevocabilidad o inmutabilidad, sin embargo nos adherimos a GORDILLO[26], que resulta inapropiado, dado que el acto administrativo estable puede ser anulable por los tribunales Contenciosos Administrativos, en caso salvadoreño por la SCA, en incluso extinguirse o modificarse con ciertos asuntos de excepción, siempre que no se trate de acto de un acto generador de derechos subjetivos.

Ahora bien, la estabilidad del acto administrativo no es absoluta, puede ser retirado del mundo jurídico, para tales efectos debe cumplirse aspectos formales impuesto por el ordenamiento jurídico. Respecto a la revocación la SCA, sostiene es el retiro unilateral (de los efectos del acto) efectuado por la autoridad administrativa; su fundamento se encuentra en la finalidad que tiene dicha autoridad de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley; si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la administración que tiene la autoridad administrativa de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley.

que se dicten en sustitución de otros que hayan sido anulados y 2) actos que produzcan efectos favorables y no lesionen derechos de terceros. Esto está consonancia con el Art. 21 de nuestra Constitución que se refiere a las excepciones de la retroactividad de la ley.

[26] *Vid*. GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen III, octava edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, págs. 2 y sigs.

Si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la administración tiene la facultad de sustituirlos con otro más idóneo, pero siempre observando los preceptos contenidos en la normativa fundamental[27].

La revisión de los actos dictados por la propia Administración Pública, es sobre la base sólida del principio de legalidad, para determinar si éste se ajusta a dicho principio, como un mecanismo de control. Sin embargo, la posibilidad que la dicha Administración deje sin efecto por iniciativa propia, está sujeta a limitantes, sobre aquellos actos que se reputan favorables[28], que tengan el estado de firmeza[29] y que sean generadores de derechos subjetivos a favor de algún particular.

Esto en virtud, que la Administración decida a "*motu propio*", privar al ciudadano de los derechos o ventajas concedidas, pone en peligro la seguridad jurídica, recogida en el Art. 1 de nuestra Carta Magna. Por tanto, para evitar esta situación de inseguridad para el administrado la LJCA, estipula en el Art. 8 el Proceso de Lesividad, a fin de que deba impugnarlo en sede Contenciosa Administrativa, donde se discutirá su legalidad[30].

[27] Sentencia la SCA, Ref. 113-R-99 de doce de febrero de 2003

[28] La SC, en Sentencia de Amparo de 27 de noviembre de 2003, Ref. 421-2002, estableció que dependiendo de la incidencia de los actos administrativos en la esfera jurídica de un particular, aquéllos pueden bifurcarse en actos favorables, cuando declaran, reconocen o amplían la esfera jurídica del particular; y actos desfavorables o de gravamen, cuando inciden privando o restringiendo derechos o intereses jurídicamente protegidos, o colocan al particular en situación de desventaja. La primera clase de actos es inmutable en sede administrativa, porque adquieren estado de firmeza, la única opción que tiene la Administración Pública es la denominada "Acción de Lesividad" ante la jurisdicción contenciosa administrativa para desechar el acto del ámbito jurídico. Por otro lado, existen ciertos casos en que la actuación de los particulares requiere, para su concreción, de una autorización por parte del poder público; dicha autorización se convierte en requisito sine qua non para el inicio o continuación de la actividad que se pretende. Desde otro punto de vista, el acto administrativo de autorización opera sobre actividades y "derechos de titularidad privada", sin incidir en el derecho mismo, sino sólo en la posibilidad de su ejercicio, es decir, son actos administrativos de los cuales no surgen derechos adquiridos para los particulares y, por tanto, los mismos pueden ser objeto de revocación en sede administrativa en cualquier momento, siempre que se compruebe el incumplimiento de los requisitos que generaron en su oportunidad la citada autorización.

[29] El acto administrativo se vuelve firme, cuando existiendo un recurso administrativo éste no se interpone o se interpone fuera del plazo; cuando de acuerdo a la ley no admiten recurso y no se ejerce la acción contenciosa dentro del plazo legal de sesenta días; o cuando habiendo hecho uso del recurso administrativo, una vez resuelto, no se ejercita la acción contenciosa en dicho plazo. *Vid*. Sentencia de la SCA, Ref.127-G-2002 de dos de mayo de 2005.

[30] El Art.8 de la LJCA de forma literalmente dice: "La administración pública podrá demandar la ilegalidad de un acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa haya declarado previamente acuerdo, que es lesivo al interés público.

Cont.

En consecuencia la única vía para retirarlo del mundo jurídico, es a través del Proceso Contencioso Administrativo especializado que establece el referido Art. 8 de la LJCA, en el que se ha diseñado un proceso "*ad-hoc*" para el retiro de actos administrativos favorables que se reputen ilegales por la Administración Pública, y es aquí donde tendría que probar que el acto que pretende revocar es contrario a la legalidad, en consecuencia lesivo al interés público.

VII. Alcance de la presunción de legalidad

La presunción de Legitimidad, también llamada de legalidad, de validez o de juridicidad, consiste en suponer que el acto administrativo ha sido dictado "conforme a derecho". Dicho de otra manera todo acto que es perfecto y eficaz se presume legítimo[31]. Es decir que su manifestación responde a las reglas normativas, formales y materiales, que condicionan el ejercicio de una potestad administrativa impuestas por el orden jurídico. Por tanto se encuentra intimadamente ligado al principio de legalidad[32] de la Administración consagrado en nuestra constitución en el Art. 86[33].

Este acuerdo deberá ser emitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado."
El acuerdo de Lesividad será publicado en el Diario Oficial."

31 Sobre este tema es la doctrina argentina quien ha tratado ampliamente el tema Vid por todos a: AA. VV.: *Manual de Derecho Administrativo*, Ismael Farrando (h) y Patricia R. Martínez (Directores), Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 227 y sigs.

32 El principio de legalidad constituye uno de los pilares del sistema liberal democrático, introducida por los revolucionarios franceses a finales del siglo XVIII, consistía en establecer la idea según la que: "toda acción singular del poder debe estar justificada y amparada en una ley previa". Se propósito era oponerse al régimen absolutista donde no estaba sujeto limitaciones en el ejercicio del poder. Es así que prescribió la constitución francesa de 1791 que: "que no existe autoridad superior a la de ley. El rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia". De igual manera, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sostuvo en el Art. 5 "todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena". Desde entonces los funcionarios actuaban en el ejercicio de sus potestades, siempre que la ley no se los prohibiera. A este sistema se le llamó "sistema de vinculación negativa. Este sistema se ve modificado, por ideas *Kelsianas* introducidas en la Constitución Austriaca de 1920, donde dispuso en su Art. 18 que la administración no puede actuar, sino sobre el fundamento de una disposición de la ley que establecía una atribución precedente, esto hace más rígido el accionar de los gobernantes, dado que no podrán actuar si la ley no se los permite, es decir todo lo que no está permitido se le es prohibido, distinto al anterior sistema, que los funcionarios podían actuar, si la ley no se los prohibía, este sistema se le llama "sistema de vinculación positiva", que es que rigen en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Sobre un amplio desarrollo del Principio de Legalidad. Vid. por todos: GARCIA DE ENTERRIA, E., y RAMON FERNANDEZ, T.: *Curso de Derecho administrativo*, Vol. 2, octava edición, Civitas, Madrid, 1998, págs. 423 y sigs.

33 En este sentido la SCA ha interpretado este principio, haciéndolo aplicable a todos los órganos que integran la administración pública. Del mismo modo ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la conexión entre derecho y el desarrollo de las actuaciones de la Administración, se materializan en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a realizar distintas actividades administrativas. En virtud de lo anterior, el reconocimiento del principio de legalidad

Cont.

La doctrina señala que el fundamento de la presunción de legalidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos[34]. En efecto, son actos que son dictados por funcionarios que tiene la obligación de respetar la Constitución y las leyes de la república; que deben de observar determinadas formalidades en la preparación de la voluntad administrativa y antes de ser eficaces están supeditas a una serie de controles, que requieren la intervención de distintos organismos.

La presunción de legalidad instituye la presunción de validez que acompañan todos los actos estatales en el ejercicio del poder público; por ejemplo toda ley se presume constitucional hasta que la SC en Sentencia de Inconstitucionalidad, resuelva que es inconstitucional y sus efectos serán de carácter general y obligatorio. Del mismo modo, toda sentencia se considera válida y todo acto se presume legal, todos ellos constituyen la expresión del poder soberano.

Este principio surge necesario, porque de no existir, toda la actividad de la Administración seria objetable desde que comience surtir efectos el acto administrativo[35], llegaría al absurdo como dice PEREZ DAYAN[36], de dictar

contemplado en nuestra constitución, implica que los funcionarios deben ejecutar aquellos actos que el orden jurídico le permite, y en la forma que el mismo le regule, ya sea en virtud de la potestad reglada o discrecional. *Vid*. Sentencia de 20 de marzo de 1997, Ref. 17-T-96.

[34] CALDERÓN MORALES, op. cit., pág. 22, manifiesta que el acto se presume legitimo cuando se ha cumplido con todas las formalidades del procedimiento administrativo y los requisitos de fondo y de forma que señala la ley, se produce el acto que se presume legítimo y comienza producir efectos jurídicos, por supuesto a partir de su notificación.

[35] La SC en sentencia de Amparo Ref. 383-2005 del uno de septiembre de 2005, ha sostenido que la Administración Pública ostenta, para la consecución de sus fines y de los cometidos que le compete cumplir, un medio que le es natural e indispensable: el poder público. Esta verdad indiscutible coloca a la Administración Pública en una especial posición frente a la función judicial pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, no tiene la carga de acudir al Juez para dotar de fuerza ejecutoria sus actos o resoluciones ni para hacerlos exigibles frente a los administrados. El privilegio de autotutela o autodefensa administrativa consiste, en síntesis, en la capacidad que tiene la Administración Pública para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de este modo de la necesidad de acudir al campo de la jurisdicción para dictar decisiones y hacerlas valer con fuerza de ley (...) la utilización de ese poder jurídico inherente de la administración para aplicar la sanción que sea su consecuencia, claro está, dentro del marco que la legalidad exige y establece. Siguiendo el mismo patrón de razonamiento previo, tanto los procedimientos administrativos como las formas que deben guardar los actos administrativos son simples instrumentos destinados a contribuir en que la exteriorización de la voluntad de la Administración se haga en forma válida, es decir, ni el procedimiento administrativo ni las formalidades de los actos administrativos son fines en sí mismos, sino canales a través de los cuales son dictados los actos administrativos y a través de los cuales se manifiesta el poder público de la administración; y es que, oportuno resultará aclarar que en un sistema jurídico de autotutela administrativa como el nuestro, la Administración Pública está capacitada como sujeto de derechos para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, así como para hacer respetar las conductas infraccionarias que a su orden jurídico se produzcan por actos de los administrados.

[36] PÉREZ DAYAN, A.: *Teoría General del Acto Administrativo,* Porrrúa Pérez, México, 2006, pág. 62.

otro acto de igual naturaleza para refirmar la autoridad de la Administración. Por tanto, conllevaría a la obstaculización del cumplimiento del fin propuesto del acto dictado, y consecuentemente resultando contraproducente al interés general.

De aquí se derivan consecuencias y alcances fundamentales de la presunción de legalidad, las cuales son:

a. La legitimidad no necesita declaración. El Estado no necesita declarar que su actividad es legítima Tiene a su favor la prueba por mandato legal. Por tanto, queda la prohibición de que los jueces decreten de oficio la nulidad (salvo que sea de pleno derecho);

b. Necesidad de alegar la ilegitimidad. Para desvirtuar la presunción es necesario solicitarla, sea ante la Administración Pública o ante la SCA. El administrado debe pedirla, mientras tanto comportarse como si fuera valido aunque en verdad no lo sea. Esto se funda en el sistema de constitucional de división de poderes.

c. Necesidad de probar la ilegitimidad. La prueba puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto administrativo dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de la mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse, en tal caso la ilegitimidad sólo se alega y argumenta; probándola, si acaso en sentido lógico-jurídico, pero no fáctico;

d. Tiene carácter de "*iuris tantum*" de la presunción. Es una presunción legal, que puede ser desvirtuada demostrando que el acto contraviene el orden jurídico. Es un juicio hipotético que se puede invertir acreditando que el acto tiene legitimidad.

En el derecho salvadoreño se le otorga tal calidad al acto administrativo de instrumento público, de carácter auténtico, puesto que el Art. 1570 de CC, prescribe "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario" siendo el instrumento el documento o soporte físico en el que se recoge el acto. Cuando un acto adquiere la condición de documento público, el ordenamiento jurídico le adhiere una serie de consecuencias, y en particular le beneficia con una presunción "*iuris tantum*", de validez, certeza y veracidad, que ha sido expresamente reconocida por la SC[37], tal ocurre con los atestados policiales, o actas de inspección, por lo que pretenda oponerse a sus efectos debe destruirla de conformidad al ordenamiento jurídico.

[37] *Vid*. la Sentencia de 17 de julio de 1998, Ref. 36-5-96.

e. Exigibilidad del acto ilegítimo. El acto administrativo que se presume legítimo aparece como un acto obligatorio, cuyos efectos vinculan igualmente a particulares y la propia Administración Pública.

VIII. Reflexiones finales

1. El acto en el ordenamiento salvadoreño es una fuente de cognición de mayor importancia, lo cual tiene su soporte legal, en virtud que el legislador salvadoreño ha estipulado una definición que viene precisar sus efectos en el ejercicio de los derechos subjetivos de los particulares, aunado a que nuestra jurisprudencia dictada por la SCA, coadyuva al soporte doctrinal.

2. El acto administrativo, en general es fuente del derecho por ser un acto jurídico por excelencia, y de todo es conocido, que la doctrina de la teoría del Derecho, sostiene que todos los actos jurídicos constituyen normas individualizadas, productoras de fuentes de fuentes obligaciones para quienes afecta se centra sus efectos.

3. El acto administrativo, no cabe duda que es la piedra angular del derecho administrativo, porque es el máximo instrumento para el ejercicio de la función administrativa.

4. El acto administrativo, es productor de efectos jurídicos singulares, y por excepción generales, a la esfera jurídica del administrado, o dentro de la propia Administración Pública, por los cual tales efectos tienen estabilidad en el tiempo y espacio. Salvo que la propia Administración decida revocarlos, pero debe seguir un proceso judicial, cumpliendo ciertos requisitos formales, a fin de darle seguridad jurídica al administrado.

5. Todo administrativo se presume valido, y sus alcances se extienden hasta los terceros que de una manera se puedan ver afectado por el acto. Para dejar sin efecto tal presunción se necesita que se alegue de parte del particular agraviado y que sea destruida en sede judicial.

6. Los organismos reguladores de los servicios públicos en el derecho salvadoreño, juegan un papel importante en la ordenación de tales servicios, las cuales son Administraciones emisores de actos administrativos, que inciden en la esfera de la colectividad, tales como los instructivos que la jurisprudencia salvadoreña le llama “actos administrativos normativos”, y los actos sancionatorios a personas infractoras y rescisorios de concesiones administrativas, otorga por la propia Administración.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO

Mariano R. Brito

I. Introducción

Sea mi ponencia en este ilustre VIII FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO introducida por el camino andadero de Julio Rodolfo COMADIRA. Su sabiduría, del maestro que fue y perdura en su humanismo trascendente, alumbra la reflexión sobre la relevancia institucional del acto administrativo, auténtica piedra sillar de la ciencia jurídica y el compromiso de la tutela jurisdiccional efectiva, la seguridad, el bien común y la solidaridad que el Derecho administrativo conlleva en su labor evolutiva.

Como precisamente afirmó COMADIRA, "... en verdad, acto y reglamento no se pueden considerar temas de moda; pero es indudable que su adecuado manejo resulta absolutamente indispensable para cultivar con justicia y eficacia el Derecho administrativo".

En algún momento se pretendió la supuesta declinación de la materia. El repliegue empresarial del Estado pudo, quizás, alentar esa idea que, por mi parte, nunca compartí. Pero no; el Derecho administrativo sigue vigente porque él encierra su propia configuración hechos y valores que están más allá de las contingencias históricas. Las exigencias del poder, de la libertad, de la Justicia, incluso de la Justicia Social –especialmente en estos tiempos– aseguran la actualidad permanente de aquél"[1], y aún por el ámbito operativo o de su acción, alcanzando derechos fundamentales, deberes y responsabilidades. En no inferior dimensión GONZÁLEZ NAVARRO ha caracterizado el Derecho Administrativo como el poder para la libertad."

Con la proyección expuesta ha de examinarse el acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo.

[1] J. R. COMADIRA, en *Apertura de las jornadas sobre acto administrativo y reglamento* organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2001, ed. RAP S.A., pág. 13.

II. La articulación del acto administrativo como fuente de derecho administrativo

¿De dónde resulta?

1. El estudio de las fuentes del derecho es objeto del quehacer investigador para la teoría general del derecho[2], pero nuestra ponencia debe ceñirse a aquellas que hacen al Derecho Administrativo, y en su ámbito, sólo a la cuestión del acto administrativo como fuente del último mencionado, sin perjuicio de las implicancias que de aquella teoría general le llegan.

2. En virtud de lo que viene de indicarse, la búsqueda de respuesta para la interrogante conceptual del título de este capítulo reclama tener presente los rasgos y caracteres del Derecho Administrativo, con su presencia sustantiva de derecho público y notas formales que puedan darse a su respecto.

3. Con nuestro maestro SAYAGUÉS LASO utilizamos el término *fuentes* "para indicar los diversos orígenes posibles de las normas que interesan al Derecho Administrativo, agregando como lo haría el autor, con la cita al pie de su obra, que "con este alcance son fuentes todos los elementos formales o no formales, de los cuales surgen normas de Derecho Administrativo"[3].

Con la determinación expuesta se conoce que la articulación como vínculo, fontanal, sería omnicomprensiva, abarcando:

3.1. las fuentes formales –Constitución, ley, reglamento, convención, y acto concreto y singular, si del derecho uruguayo se habla porque en él los últimos también revisten el carácter formal apuntado;

3.2. las fuentes no formales (costumbre, doctrina y jurisprudencia), y

3.3. las fuentes materiales que conllevan su objeto o contenidos sustanciales.

4. En la afirmación hallaría sitio una propia del acto administrativo en sentido amplio y general, aunque no sólo tal. En su caso, apunta acertadamente BANDEIRA DE MELLO, "Incluye, por tanto, actos generales y abstractos como suelen ser los reglamentos, las instrucciones (y muchas resoluciones) y actos convencionales, como los contratos administrativos"[4].

[2] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Montevideo, 5ª. Ed., puesta al día 1987 por el Dr. D. H. MARTINS, T.I, pág.87
[3] Ibídem
[4] BANDEIRA de MELLO, C. A.: *Curso de Derecho Administrativo*, Primera Edición en español, México, Ed. Porrúa, UNAM, 2006, pág. 329.

Pero, agrega BANDERIRA de MELLO "En acepción estricta se puede conceptuar el acto administrativo con los mismos términos utilizados, añadiendo las características concreción y unilateralidad"[5].

5. Pero si el Derecho Administrativo se cuida del acto administrativo como fuente de derecho, surge una presencia prístina, cuya proyección inserta en la cuestión algunos interrogantes fundamentales: al andarivel de los principios generales de derecho. Esto –como es sabido– llevan consigo la referencia "a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento –piedras sillares de un ordenamiento (jurídico en la especie que nos ocupa)– o criterios de verdad que se procura hallar"[6].

5.1. Cuando se busca en la cuestión mencionada, y aún más para su proyección respecto del acto administrativo, se reconoce una innegable dificultad primaria o de origen, porque pudo decirse acertadamente, como expuso MEILAN GIL:[7]

> La teoría de los principios generales del Derecho es deudora de planteamientos civilistas. Muchas de las construcciones técnicas del Derecho tienen su fundamento en el Derecho Privado. Lo testimonia una historia que arranca del Derecho Romano... Durante siglos el Derecho romano será sólo Derecho privado, aunque en el Código Teodosiano se encuentran numerosas disposiciones –si se acepta el nombre– sobre asuntos que hoy corresponden al Derecho administrativo. El Derecho es el ius civile. La tradición académica contribuyó a la identificación entre Derecho y Derecho privado.
>
> ... Desde este predominio civilista se ha construido mucho tiempo la teoría jurídica de los principios generales del Derecho. El Código Civil proporcionaba el fundamento, basado en la tradición. Puede comprobarse en la doctrina administrativa y en la legislación, cuando se manifiestan claramente a favor de la aplicación de los principios generales en el orden jurídico administrativo.
>
> ... La historia del Derecho Administrativo hasta su madurez está dominado por la sombra del Derecho civil en un mecanismo que califiqué hace muchos años

[5] Ibídem.

[6] BRITO, M. R.: "Caracteres de los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo uruguayo", en *Los Principios en el Derecho Administrativo*, libro que contiene los trabajos presentados por sus autores en el VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en setiembre de 2008, en las ciudades de Valladolid y Salamanca. Los autores son, además del citado, J. P. CAJARVILLE, C. E. DELPIAZZO y A. DURÁN MARTÍNEZ, Montevideo, 2009, Ed. Amalio M. Fernández, pág. 15. La obra colectiva del VII Foro ci. *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, ed. Junta de Castilla y León, 03, 2008.

[7] MEILAN GIL, J. L.: *Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho Público en España*, ob. colectiva *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, Septiembre 2008, T.03, págs. 409 y 410.

> de imitación y complejo, no sólo en España. Al Derecho civil se acude para construir categorías jurídicas del Derecho administrativo[8].

Para Uruguay, la norma del Código civil, art. 16, trasunto de derecho común, expresó cabalmente el criterio reseñado[9]

Sin embargo, ya décadas antes, en el siglo XX, la jurisprudencia captaba cabalmente la configuración – significación de unos criterios fundamentales o principios generales de derecho en el Derecho administrativo, diciendo:

> en razón de no existir ley alguna que determine cuáles son los efectos que producen los actos administrativos viciados de nulidad, ni tampoco leyes análogas cuyos fundamentos puedan ser aplicados al caso, es preciso para determinar el efecto que produce entre nosotros un acto administrativo nulo, ocurrir a los principios generales de derecho que rigen la materia y a las doctrinas más recibidas[10].

También por sentencia se dijo:

> Teniendo en cuenta la compleja naturaleza de los asuntos administrativos respecto a los cuales muchas veces faltan normas expresas, o son oscuras, o deficientes o de difícil interpretación, debe resolverse, que si bien es legítimo acudir a las leyes citadas en materia civil, por vía supletoria, ello sólo debe hacerse cuando con tal proceder no se perjudique la finalidad perseguida administrativamente[11].

Tal vez esa remisión al origen y a la tradición civilista plantee y mantenga contemporáneamente la cuestión de la relación entre Derecho Privado y Derecho administrativo, o más ampliamente, ¿Derecho Público y Derecho Privado? De la que me ocupara abriendo las puertas a una interrogante fundamental: "¿opción adversativa o regulación concurrente?", para la que aun entendí procedente concluir diciendo:

> Fuera de la regla de la sujeción necesaria al Derecho Público en el campo del quehacer esencial y para la satisfacción del bien común supraordenado, la operación del Estado no tiene porqué revestir notas o caracteres de privilegios de poder, procediendo el reclamo de sujeción al Derecho Privado o común[12].

[8] Ibídem, pág. 410, citando también del mismo autor: "El proceso de la definición del Derecho Administrativo, ENAP, Madrid, 1967, pág. 31 y sigs.

[9] Código Civil de Uruguay, art. 16. Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiese la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

[10] S. 1º - PÉREZ, 23-5-913; jurispr., Nº 2275, en Código Civil anotado por Orestes ARAÚJO, Oscar ARIAS BARBÉ, Saúl D. CESTAU, Manuel O. LÓPEZ, Montevideo, 1949, p. 61.

[11] S. 1º GARICOITS, 25-7-938; L-J.U. Nº 65, cit. nota 6, ibídem.

[12] BRITO, M. R.: "¿Derecho Público y Derecho Privado?", en *Derecho Administrativo–su permanencia, contemporaneidad y prospectiva*, ed. Uni. de Montevideo, 2004, pág. 273-283.

También, como índice revelador de esa mentada relación de regulación concurrente antes bien que adversativa, me llevaba a constatar:

> Los avances del Derecho Público reclaman abrirse a la revisión de la teoría de los privilegios, prerrogativas e inmunidades del poder. ¿Es posible ya –decía– a esta altura de los tiempos, sostener la presunción de legitimidad de la operación administrativa o la ejecutoriedad de las decisiones y la coacción administrativa, en términos de regla de principio? Antes bien, ¿no será necesario el debido acatamiento para someter la acción estatal a unas reglas de derecho común de principio?[13].
>
> ...
>
> La atención de los privilegios se halla en las instancias de contralor jurisdiccional, el que ha de expandirse con reducción de sus cortapisas tradicionales –el acto de gobierno y la directiva política, y el quehacer discrecional– a partir de una cuidada y limitadora regulación de la presunción de legitimidad y su secuela, que más bien que general debe volverse restringida y excepcional[14].

En actitud intelectual coincidente, A. DURÁN MARTÍNEZ, honrando mi opinión, concluye que la respuesta a la pregunta que yo formulara en la obra cit., es no. "Es más, dice, puede afirmarse que la presunción de legitimidad no existe. Es un mito, un mito innecesario y peligroso"[15].

En las recientes III Jornadas Académicas Tribunal de lo Contencioso Administrativo – Fundación Konrad Adenauer (11 y 12 de noviembre de 2008), el autor citado extendió con singular precisión su opinión reseñada.

Baste para la reflexión alentadora de la regulación concurrente de Derecho Administrativo y Derecho Privado, observar alguna manifestación reciente en la legislación nacional sobre la defensa de la competencia constituye muestra acabada el "Principio General", según el cual "Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general" (art.20). También, el inc.3º del mismo artículo, por el cual "La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores no constituye una conducta de restricción de la competencia. El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa otorgada o reconocida no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso dominante"[16].

[13] Ibídem, pág. 282.
[14] Ibídem.
[15] DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2008, Vol. II, pág. 252.
[16] Ley 18.159, de 20-VII-2007 y Decreto reglamentario Nº 404/007, de 29-X.2007.

Con no menor intensidad de afirmación de la regulación concurrente según principios generales de Derecho Público y Derecho Privado, véase:

> Artículo 1º (Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.
>
> Artículo 3º (Ámbito subjetivo).- Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia. Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo[17].

5.2. Si bien no en actitud uniforme del derecho comparado, se puede hallar cómo "un amplio sector de la doctrina alemana entiende que el propio uso del acto administrativo constituye en sí mismo una inmisión en la esfera jurídica del ciudadano afectado y, por ello, debe estar amparado, en virtud del principio de reserva de ley, en una norma de rango legal, que justifique esta agresión o ataque de la actuación administrativa".[18] Y agrega el autor citado:

> Más allá de las condiciones de validez del acto administrativo, que vienen determinadas por la necesidad de una norma habilitante para la actuación administrativa, el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho impone, como explícitamente indica la fórmula empleada, que la actuación administrativa en general y los actos administrativos en particular quedan condicionados en su contenido por su adecuación a los principios generales del Derecho como elementos vertebradores esenciales al sistema jurídico entero. En este sentido, el sometimiento a los principios generales del Derecho y a los derechos fundamentales en particular implica un afinado instrumento de control frente a las potestades discrecionales de la Administración, respecto de los cuales no son sólo un límite objetivo a la decisión discrecional sino elementos que forman parte de sus consideraciones.[19] En particular, juega aquí un papel relevante el sometimiento al principio de proporcionalidad, que implica que el acto debe ser adecuado a los fines que persigue, esto es que debe ser idóneo, necesario y guardar relación con el fin propuesto. Una medida es

[17] MELIÁN GIL, J. L.: "Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho Público en España", ob. Colectiva *Los Principios en el Derecho administrativo Iberoamericano*, Actas del VII Foro Iberoamericano, Valladolid y Salamanca, Septiembre 2008, t.03, págs. 409 y 410.

[18] BOCANEGRA SIERRA, R.: *La teoría del acto administrativo*, Madrid, iustel, 1ª. Ed., 2005, pág. 85.

[19] Ibídem, citando a GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9º. Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 476 y sigs.

> idónea cuando es adecuada al fin, y es necesaria cuando no hay otros medios más adecuados para alcanzar el fin y menos gravosos para el destinatario o la comunidad[20].

Se ha dicho también que

> Los actos administrativos (en España) están también vinculados en su contenido al principio de precisión o determinación, que impone, justamente, que el acto tenga un contenido preciso y consecuente, de forma que el destinatario pueda conocer sin lugar a duda qué es lo que el órgano ha declarado, lo que presupone que el propio órgano ha adoptado una decisión libre de incertidumbres. Este principio reconocido entre nosotros en el artículo 53.2 LPC, se deriva de la propia naturaleza del acto administrativo como determinación en el caso concreto de lo establecido por las normas generales y de la necesidad de que, con el acto, la Administración cumpla con las exigencias de la seguridad jurídica[21].

5.3. Tales imperativos para la conducta que se explicite en un acto administrativo singular y concreto también se vuelven ineludibles en el derecho uruguayo cuando por mandato constitucional, y mandato legal y reglamentario resultan ser auténticas piedras angulares del sistema.[22]

Con CAJARVILLE se afirma: "Los principios generales del Derecho son el medio por el cual el ordenamiento jurídico del Estado uruguayo admite, incorpora y atribuye eficacia jurídica formal a los valores, jerarquizaciones de valores y concepciones sociales sobre los fenómenos jurídicos, predominantes en la colectividad asentada en su territorio no incluidos en una regla de derecho escrita"[23].

La coincidencia destacada con la reflexión del querido colega uruguayo circula por los senderos de la dimensión fenoménica aun cuando textos de derecho positivo acojan los valores y extremos que él señala, así como los propios de la historicidad del derecho que se hace presente en aquellas concepciones sociales predominantes en la colectividad, como digo parafraseando el texto citado de CAJARVILLE.

5.4. Pero, más aún: el examen de los principios generales de derecho administrativo nos adentra en su base conceptual constitucional (arts. 72 y 332 de la Constitución uruguaya), y también en su "eventual existir y valer sin texto". Enseñaba HAURIOU:

[20] BOCANEGRA, ibídem, citando a MAURIEK, H.: *Allgemeines Venvaldtungsrecht*, cit. pág. 248.
[21] Ibídem, pág. 104.
[22] URUGUAY: Constitución de la República, art. 72 y 332; Decreto- Ley 15.524, de 9-I-1984, y Decreto 500/991 de 29-IX-1991, art. 120 inc. 2.
[23] CAJARVILLE, J. P.: "Relaciones de los Principios Generales con otras fuentes del Derecho Administrativo, en el Derecho Positivo Uruguayo", en ob. cit. nota 6, pág. 640.

> En Francia, como en cualquier otro pueblo, existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la Constitución escrita y, a posteriori, superior a las leyes ordinarias. Sin referirnos a la forma republicana de gobierno, para la que existe un texto expreso, hay otros principios que no necesitan texto, porque lo característico de los principios es existir y valer sin texto"[24].

5.5. Tales principios a la luz del criterio expuesto, abren una cuestión fundamental: ¿de dónde se extraen los principios de lo que HAURIOU llamó "el contenido de la superlegalidad constitucional"?[25] Y esto, para la ponencia a mi cargo es tanto como reflexionar sobre el Derecho Administrativo –objeto, materia, o contenido– aplicado a Uruguay, en forma de instituciones, y entre éstas hallo aquella vertebral que denominamos el acto administrativo, para advertirlo como fuente del primero. Y, asimismo, cuando aquellos principios se hacen presentes también en tanto que forma de garantía y tutela jurisdiccional efectiva, de tal manera que si estuviesen lesionados en el obrar concreto se configurará la nulidad por desviación de poder –apartamiento del fin debido[26]– o por violación de la exigencia de motivación y carencia de motivo.

De tal manera que el acto administrativo concreto y singular hallando su fundamento en una regla de derecho, deberá ajustarse a ella, y en cuanto tal deberá constituir precepto de observancia necesaria para la autoridad administrativa en consecuentes o ulteriores decisiones de idéntico objeto, que aquel del precedente. Pero ello no bastará, porque "deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada"[27].

De donde, que el acto administrativo concreto y singular, que halla su fundamento en una regla de derecho, deberá ajustarse a ella, y en cuanto tal presentará o tendrá ante sí un precepto antecedente para la autoridad administrativa en consecuentes o ulteriores decisiones de idéntico objeto.

6. He aquí planteado el tema de la relevancia del precedente administrativo o "De la relevancia de la conducta anterior"[28].

[24] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Público constitucional*, Madrid, 2ª. Ed., Tad. De C. Ruiz del Castillo, pág. 327.
[25] Ibídem.
[26] Decreto- ley 15524, cit., art. 23.
[27] Decreto 500/991, cit., art. 123 del CAPITULO II: "De la estructura de los actos y de algunas formalidades especiales".
[28] Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Nº 149 de 12– IV– 2004, recibió ambas denominaciones en ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Montevideo, 2004, T. XII, pág. 166.

6.1. El contorno del precedente aludido muestra, se ha dicho por COVIELLO cuanto sigue, en la excelente obra de su autoría que se cita al pie.

> La existencia de un marco normativo que ampara a los administrados contra la actuación que, pese a no ser arbitraria, afecta sus legítimas expectativas, promueve la posibilidad de que la Administración esté comprometida por los actos de sus funcionarios que generaron la confianza[29].

Véase aquí señalada la posible vinculación de la proyección del precedente administrativo con la institución de la confianza legítima, de la que tan profunda y adecuadamente se ocupa el autor citado.

> En primer término, cabe señalar aunque no se le atribuya valor normativo, la doctrina española considera que el apartamiento de un precedente en un caso concreto podría significar, entre otras cosas, una falta de buena fe –sin perjuicio de que pudiera encuadrar como una conducta discriminatoria o arbitraria– en sus dos vertientes: de protección de la confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad[30].

6.2. Examinando la relevancia de la conducta anterior de la Administración, nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado según criterios no coincidentes o uniformes:

> No se ha controvertido que la Intendencia Municipal retenía la cuota sindical desde mediados del año pasado de manera que la Administración en principio, debe actuar en forma coherente con esos antecedentes, respetando el principio general de la buena fe[31].
>
> La jurisprudencia del Tribunal sostiene, que "El argumento de lo decidido por la Administración en casos anteriores y similares no es valedero, ya que la norma constitucional (art. 310) ordena que el Tribunal aprecie el acto en sí mismo; esto es, limitándose al caso concreto y a la también concreta situación en que se inserta, para examinar si en la ocasión se ha transgredido la legalidad aplicable, pero en modo alguno, hacer juicio de conveniencia, en revelación a las soluciones que la Administración diera con anterioridad a casos similares. Y, en vista a tal limitación de las facultades del Tribunal, lo único que cabe apreciar es si las razones que da la Administración para fundamentar su solución denegatoria de la solicitud de registro, son o no lícitas (Sentencia Nº 177 de 3/V/89, citado por Prof. Adj. A. GUISANDE, en: "El Valor del Precedente Administrativo", An. Der. Adm. T. IV, págs. 314/315)"[32].

[29] COVIELLO, P. J. J.: *La protección de la confianza del administrado– Derecho argentino y Derecho comparado*, Buenos Aires, 2004, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pág. 199.
[30] Ibidem.
[31] TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, cit. Nota 26.
[32] ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, cit. Nota, 26, sentencia Nº 474, de 18-VIII-2004, pág. 167.

> Aun cuando se admite la razonabilidad y conveniencia de que tratándose de idénticos planteos se impongan idénticas decisiones, lo cierto es que no existen normas legal ni reglamentaria alguna, que imponga a la Administración la obligación de seguir o sujetarse a lo que el actor denomina el "precedente"[33].

De la manera reseñada el Tribunal de lo contencioso Administrativo, vino a mantener el criterio reiteradamente expuesto, con un antecedente que fuera objeto de especial examen por GUISANDE, cuando comentando aquella jurisprudencia dijo:

> La sentencia Nº 177 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dictada el 3 de mayo de 1989 presenta varios aspectos de interés, no sólo teóricos, sino algunos con indudables repercusiones prácticas... Plantea, asimismo, el valor de los precedentes administrativos como fuente de derecho de valor obligatorio para quien tenga que decidir en el ámbito de la Administración, ...
>
> En la situación que resuelve la decisión jurisdiccional en estudio, el órgano administrativo competente había decidido de modo distinto, casos similares anteriores. Ello da mérito a que se debata judicialmente si el órgano administrativo estaba obligado a resolver de la misma manera todas las casos iguales sujetos a su resolución, como efecto necesario del valor obligatorio del precedente administrativo, que se constituiría de este modo en fuente de derecho[34].

En la sentencia comentada el TCA sostuvo el criterio que luego se reiteró en sentencias comentadas antes (párrafo 6.2.2. y 6.2.3.).

Y continuaba GUISANDE diciendo: "Queda claro que cuando el Tribunal de lo C. A. ha debido examinar el valor del precedente administrativo y si su violación implica una ilegalidad que fundamente la anulación del acto que la contenga, invariablemente ha rechazado esa conclusión, basándose esencialmente, en que la normativa constitucional le exige que sólo debe atender el acto "en sí mismo", con lo que impide examinar el modo como se resolvieron casos iguales, y menos aún fundar en ellos sus sentencias".

Y más adelante, luego de referir el examen de la doctrina argentina y española, concluye para la jurisprudencia uruguaya: "Si la oportunidad o la conveniencia, el mérito del acto, determinan la necesidad de un cambio en el tratamiento dado hasta ese momento o situaciones iguales, la Administración no sólo estará habilitada sino incluso obligada a modificar sus resoluciones o reglamentos para satisfacer el interés público. No podrá pretenderse invocar ante ello el

[33] Ibidem, T. XII, Sentencia Nº 749, de 8-XII-2004, págs. 167-8.
[34] GUISANDE, A.: "El valor del precedente administrativo", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, T. IV, 1994, págs. 314-317.

precedente para la anulación de lo actuado, porque éste no genera una norma, sino sólo un hábito o uso reiterado que no impone obligatoriedad.

Pero cualquier cambio al precedente debe estar debidamente fundado y esos fundamentos deben ser explicitados y que ante ello : "No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada" Dec. 500/991, art. 123).

Si el cambio de tratamiento no está debidamente fundado o esos fundamentos no han sido explicitados del modo reglamentariamente impuesto, y si con ello se contraviene una larga práctica de actuación anterior del órgano que resuelve, todo ello, puede constituir una señal importante de ejercicio ilegítimo de los poderes jurídicos asignados, o aún configurar el vicio que nuestra Constitución, recogiendo la tradición francesa, denomina "desviación de poder".

Por lo expuesto, sostenemos como lo ha hecho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia comentada, que en principio, el acto debe ser apreciado a sí mismo, como lo exige el texto constitucional, confrontándolo con la legalidad aplicable, apreciando las razones que se dan para fundamentar el acto, como elementos decisivos para juzgar.

Sin embargo, si el acto modifica una reiterada costumbre o "serie de precedentes administrativos", sin aportar, como está exigido, razones satisfactorias que fundamente la modificación ello no constituirá un elemento determinante para la anulación de la decisión, pero exigirá un cuidado o atención especial para apreciar si de ese modo se procura violar el principio de igualdad de los administrados ante la Ley, o si los poderes se han utilizado para conseguir la satisfacción de intereses, públicos o privados, que no son los que tuvo en consideración el legislador cuando determinó la finalidad con que debían utilizarse legítimamente[35].

Nos apartamos en general del criterio jurisprudencial antes citado, reiteradamente expuesto por el máximo órgano del sistema orgánico del contencioso administrativo anulatorio uruguayo y en general recibido por la doctrina nacional citada, aunque con precisiones relevantes ya transcritas, e innovaciones posteriores que se verán luego en esta ponencia.

Puede ser adecuado para la situación jurídica a que nos enfrentamos, recordar con Mata que "... muchas veces los hombres de derecho pensamos que el dictado de nuevas leyes, el pronunciamiento de sentencias declarativas o el

[35] Ibídem, p. 317.

invento de nuevos principios, van a lograr la transformación de la realidad, conduciendo a una sociedad más justa. De caerse –agrega– que considero frecuente en Latinoamérica, los resultados no suelen ser alentadores, ya que entre otros efectos, suelen provocar contaminación legislativa, anomia y descreimiento en las instituciones"[36].

Volveremos más adelante a la más actual jurisprudencia uruguaya.

La doctrina nacional ha sabido recientemente del aporte de ROTONDO, cuando bajo el título de *Conducta previa de la administración, ¿existe el precedente obligatorio?*[37], con una reflexión particularmente afinada en sus precisiones.

Comienza precisando que "la autovinculación de la administración, (la cual) puede verificarse, también, a través de prescripciones internas que se dirigen usualmente a una aplicación adecuada de leyes y reglamentos o a la ejecución uniforme de órdenes de servicio del jerarca". Y continúa revelando cómo "dichas instrucciones de servicio según el art. 140 del decreto No. 500/991, "no obligan a los administrados, pero éstos pueden invocar en su favor las disposiciones que contengan, cuando ellas establezcan para los órganos administrativos o los funcionarios, obligaciones en relación a dichos administrados". "Por otra parte (agrega) "los actos administrativos dictados en contravención a las prescripciones administrativas de orden interno están viciados con los mismos alcances que si contravinieren disposiciones reglamentarias, cuando dichas prescripciones fueren en beneficio de los interesados, art 141". Y cita a CAJARVILLE, recordando este autor que "De esta manera aparecen con una "relevancia como verdaderas reglas de derecho".

Con precisión ROTONDO sustenta que la "doctrina del precedente administrativo", en el derecho comparado "tiene aplicaciones especialmente en materias tales como registro de marcas, homologación de títulos, concursos en la administración, autorizaciones urbanísticas, etc." y halla su sustento "en principios, en especial, el de igualdad y también los de imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, los cuales tienen recepción constitucional (arts. 7º, 72 y 332) y en normas internacionales de los derechos humanos"[38].

[36] MATA, I.: "Los principios de derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)", en *Colección de Estudios de los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo,* Septiembre 2008, Valladolid y Salamanca, ec. NETBIBLO, S.L., págs. 31-45.

[37] ROTONDO TORNARÍA, F. con la ponencia citada en las *Jornadas sobre Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo del Anuario de Der. Admin. y Fundación de Cultura Universitaria,* en la sede del IMPO, Montevideo, 26 y 27 de noviembre 2008 (aun inéditas).

[38] ROTONDO, ibídem, citando a J. P. CAJARVILLE: *Procedimiento Administrativo,* Montevideo, 1992, ed. IEA, págs. 31-33.

En suma, coincidiendo con la vertiente doctrinal de COVIELLO y la reflexión de ROTONDO, no hemos de concluir en el seno de la cuestión planteada sin afincarnos en el ámbito de la seguridad jurídica y en ella, con ella y por ella, comprender que asumen en la escena aquellos principios generales de derecho que aun, incluso, pueden llegar a derivar en exigencias axiológicas.

DELPIAZZO, examinado el texto constitucional expresa "A partir del reconocimiento constitucional que en todas partes suele hacerse de que todas las personas son iguales ante la ley", se ha destacado que "del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración"[39].

Esa igualdad lleva consigo ineludible reclamo: presencia de seguridad, de la cual con aserción destacadísima, afirma COVIELLO la trascendencia que tiene "es tan importante que hasta se ha llegado a afirmar que es casi la razón de ser del derecho mismo"[40].

¿Cómo ha de ser si no en virtud de la seguridad debida para la efectiva impugnación del derecho fundamental de igualdad, que las personas hayan de recibir idéntico tratamiento ante y por la Administración, si se hallaren en sustantiva identidad de situación con respecto a la resolución decidida por acto administrativo precedente? Una vez más con BARBÉ PÉREZ, vemos que "sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales (tal el caso del de seguridad jurídica, e igualdad que anida ineludiblemente) sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas"[41]. Y ésta nos indica y orienta en el itinerario de la relación entre la conducta administrativa y aquella de igual especie que la precedió –situación de los precedentes administrativos– vuelve por reclamo de la naturaleza de las cosas o, si así se prefiere hablar, por reclamo de sentido común de la seguridad jurídica para revelar la presencia de la confianza legítima y de la buena fe. Es que, bien ha dicho ROTONDO, "... la confianza legítima no hace referencia sólo a los derechos adquiridos, los cuales no requieren para su configuración el destaque de dicha confianza, sino que abarca otras situaciones jurídicas relacionadas con la estabilidad de una cierta normativa o de una conducta de la administración, cuya protección hay que apreciar en cada caso al menos para prever reglas de transición, de manera de no crear lesiones que derivarían de una actitud contraria a la buena fe".

[39] DELPIAZZO, C. E. en "Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho a la contratación administrativa", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2006, T. XIII, pág. 73.
[40] COVIELLO, P. J. J. ob.cit., pág. 387, convocando el pensamiento de Michel FROMONT, "Le príncipe de La sécurité juridique", en *Actualité juridique– Droit Administratif*, 20-6-1995, págs. 178 y sigs.
[41] Felipe ROTONDO, cit., nota 36.

"Esta cuestión ha llegado a recogerse en el derecho positivo: la ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Nº 30 de 26-XI-1992, a partir de la reforma de la Nº 4 de 3-III-1999, reitera prácticamente los términos del art. 103.1 de la Constitución de 1978, y luego establece que tales Administraciones *"Igualmente deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima"*.[42] Y continúa ROTONDO, ahora citando a COVIELLO[43], "La modificación de la conducta administrativa "debería estar precedida de su anuncio previo, por la compensación del perjuicio o por la decisión de no aplicarla al caso". "(...) la Administración debe velar por no ocasionar a los terceros un perjuicio anormal en razón de una modificación inesperada de las reglas que dicta o del comportamiento que ella adopta si el carácter sorpresivo del cambio no es necesario por el objeto de la medida o por las finalidades perseguidas"[44].

III. La jurisprudencia uruguaya más reciente

1. Afincaremos el examen de aquella posterior al criterio jurisprudencial examinado antes hasta la década de los 80 incluida.

2. Hemos de recoger el esfuerzo sistemático de ROTONDO, en una meritoria labor de investigación en la que se advierten los frutos de su función de Co-Director del Anuario de Derecho Administrativo.

3. Sin perjuicio de reseñar ROTONDO la jurisprudencia precedente, a la que hicimos referencia en el Cap. II párrafo 6, numerales 6.2. (item. 6.2.1. a 6.2.4.), avanza hasta la más reciente edición del Anuario mencionado[45]. En aquella, anterior, "Nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha seguido una única similar (a la jurisprudencia europea) que está en la línea de que el precedente administrativo no vincula el juicio de legalidad de un acto posterior "por cuanto que el carácter revisor de la jurisdicción hace que sólo el acto impugnado sea el sometido a depuración legal y sobre el que hay constancia de las circunstancias y contenido que permitan el juicio consiguiente respecto de su acomodación o no a Derecho"[46]. Pero también que ese precedente "es una cuestión a tener en cuenta al analizar la legalidad del acto administrativo"[47] o que "en el ámbito interpretativo del ordenamiento jurídico tales precedentes

[42] Ibídem.
[43] Ibídem. Cita de COVIELLO, ob. Ci., pág. 77, "en base a doctrina y jurisprudencia europeas".
[44] Tribunal Administrativo de Estrasburgo, 8-XII-1994, ci. por COVIELLO, págs. 207-208 (cit. Por F. ROTONDO).
[45] Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5-IV-1984, en criterio que se ha reiterado. Cit. ROTONDO.
[46] Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso– Administrativo, de 5-IV-1984, en criterio que se ha reiterado. Cit. ROTONDO.
[47] Cit. por F. ROTONDO.

no pueden ser desatendidos, cuando la exégesis que venían haciendo de la norma sea razonable y adecuada a la finalidad del precepto".

4. Sentencia del Tribunal Supremo de 18-II-1991, Sala de lo contencioso Administrativo, Secc. 6. cit. ROTONDO.

"Nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha seguido una líneas similar", según ROTONDO expresa y por nuestra parte hemos reseñado antes en esta ponencia.

> Pero también ha ingresado en la consideración del precedente a la luz de los principios generales de derecho. Admito que el precedente no obliga – la Administración "máxime si es cierto que se trataba de una situación diferente, o si se incurrió en error o ilegalidad", porque de otro modo "implicaría que quedara atada por un precedente negativo y le impondría la necesidad de seguir actuando contra leggem, lo que contraría el sentido común y violaría el principio de igualdad"[48].
>
> El TCA ha sentenciado también otros principios: así, los de buena fe, seguridad jurídica, "dado que a nadie le es lícito hacer valer su derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres, o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho[49].

IV. Conclusiones

1. Estimamos el acto administrativo radicado en el cúmulo de las fuentes del Derecho Administrativo, por el andarivel cierto, preciso y concreto de su inserción y sujeción a los principios generales de derecho, y a las reglas de derecho formales. Se revela entonces su autora, la Administración Pública del Estado democrático y social de derecho, sujeta a lo acabado y perfecto que es apetecible por todos aquellos que configuran su existencia en la comunidad política y social.

2. Pero ese bien apetecible –el bien común– en cuanto de él son partícipes con beneficio, viene dado acabadamente sino que ha de procurarse mediante las operaciones necesarias para su acceso a él, y con esto, concurriendo a su afincamiento y perfección.

3. El participante y el participado están entre sí en una relación de potencia a fin[50], y el primero no puede de suyo por sí sólo, alcanzar el segundo; para

[48] ROTONDO citando sentencias TCA N°. 54/994, TVI ADA, pág. 239 y No. 515/002 ADA cit., T. XI, caso 233, pág. 307
[49] ROTONODO- Anuario Cit., Tomo VX, caso N° 471, pág. 532-534.
[50] CARDONA, C.: *La metafísica del bien común*, Madrid, 1966, págs. 21.

ello, se debe desarrollar, frecuentemente, la conducta administrativa en sus múltiples cometidos, mediante su operación propia (ordinariamente, el acto administrativo).

4. La operación administrativa conlleva la operación para aquel fin participado, según la atención debida al beneficio que constituyen los valores que equilibran el demos democrático y la forma estatal respectiva (el Estado democrático y también social de derecho).

> ¿Cómo hacer real y efectiva una participación que halla un Estado debilitado junto a unas formas de globalización económica con signos de utilidad individualista? Quiérase que no la tarea no se agota en el derecho; antes bien, lo desborda, sin despreciar su rol ordenador, controlador y aun sancionatorio, pero reclama la búsqueda y retorno a la *conexión con la moralidad*[51].
>
> Y es aquí, en la conexión apuntada, que también se observa la dimensión sustantiva –trascendente hacia la perfección del acto o acto administrativo perfecto– en cuanto guarda relación existencial, de validez, el reclamo de la observancia y salvaguarda del precedente administrativo. No puede desconocerse que sin identificar derecho y moral, ha de reconocerse en aquél, y en la acción del ente público a él sujeto, una necesidad de explicar los mandatos en términos de razonabilidad, "a la cual está ligado por otra parte el concepto mismo de autoridad, en el sentido de auctoritas, esto es la cualidad que inviste a ciertos centros o personas de un plus de superioridad moral por causa de lo razonable de sus actos"[52].

Tal vez el clamor contemporáneo por la observancia de las reglas de moralidad trasunte la conexión ciudadanía – autoridad pública, y con ellas la del Derecho Administrativo del Estado de Derecho con la virtud, reclamo existencial del hombre dotado de conciencia y también orientadora de su actuación social. ¿Acaso hemos de olvidar que la virtud es un hábito operativo bueno?".

5. Ese trasfondo valórico de la cuestión del precedente administrativo –del acto administrativo como fuente de derecho va consigo inexorablemente en la dimensión de seguridad, derecho fundamental, de suyo constitucional y raíz natural[53].

---

[51] BRITO, M. R.: "El principio de participación en el derecho administrativo uruguayo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo*, San José C.R., Año 5, 5º. 5, 2005, pág. 44, conferencia en Pazo de Mariñan, Galicia, 6-X-2004.

[52] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid 1998, 4ª. Ed. Pág. 157.

[53] Constitución de la República, arts. 8 y 72.

Como con precisión dijo Eduardo SOTO KLOSS,

> La séurité juridique –Le Droit–cet artifice tecnique que les hommes ont inventé pour mener une vie plus ordennée dans leurs relations sociales– a pour but immédiat de procurer aux individus un état (et même un sentiment) de sécurité et de confiance dans l'appareil institutionnel dans lequel la communauté, dont ils font parti, développe ses interêts collectifs, et dans la regulation normative que les pouvoirs concrets de la dite communauté ont crée afin de pourvoir aux besoins généraux de la societé.
>
> Cette fin immédiate que le Droit essaie d'obtenir, en tant que système de "coordination" sociale (de même que la moral ou la religion) c'est ce que les juristes ont qualifié de valeur juridique sous le nom de "sécurité juridique"[54].

Esa seguridad con sus tres manifestaciones– "sécurité connaissance, sécurité stabilité ou sécurité permanence", y sécurité– permanence des normes (celle de la sécurité– intangibilité", como las ha denominado SOTO KLOSS), son referencias connaturales e inescindibles de aquel valor de certeza, que aunque con dificultades de determinación concreta, la praxis jurisprudencial busca, y también halla, en la configuración relevante de la proyección aun vinculante de la conducta previa de la Administración. Con ella se alcanza la dimensión operativa de la seguridad en la vida social ordenada.

6. Aún adquiere relevancia el principio de transparencia. Este, más allá de la publicidad, refiere a la diafanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la Administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios.

Con carácter general, la transparencia supone algo más que la publicidad ya que, cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, "se quiere dar un paso más respecto a la publicidad...como que la publicidad implica mostrar pero que la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deja ver como a través de un cristal"[55].

7. ¿Y por qué todo lo apuntado como no sea porque aun el acto concreto y singular, en su motivo, en su razón de ser y fin del obrar administrativo, desborda el fin puramente individual y el interés del Estado alanzando el bien común más general o supraordenado, muy explícitamente reseñado cuando se determina que "La Administración Pública debe servir con objetividad

[54] SOTO KLOSS, E.: "L'entrée en application de l'acte administratif", en *Perpectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYAQUES LASO*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, T. IV, págs. 684– 685.

[55] DELPIAZZO, C. E.: *Recepción de los principios generales del derecho por el derecho positivo uruguayo*, en ob. cit., nota 6, pág. 620.

los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho...[56], en acertado acatamiento a la normativa constitucional?[57] El texto de clara afinidad con la Constitución española de 1978; también por ésta, se alecciona que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"[58].

8. En la penetración y cercamiento del acto administrativo singular por los principios examinados, cuando aquel subsecuente se apartare de los precedentes, con ausencia o violación de la seguridad jurídica, podría configurar la violación de diversas figuras y situaciones jurídicas, tales como derechos adquiridos, confianza legítima, la teoría del acto propio, o la buena fe.

Véase cuán precisamente la reciente jurisprudencia nacional uruguaya ha advertido cómo "la volición impugnada (el acto administrativo concretamente objetado de nulidad) involucra de parte de la DNPI (la administración demandada) una injustificada conducta contradictoria que lesionó el *deber de coherencia* que debe estar presente en el comportamiento de la misma. Siendo aplicable a la especie la *teoría de los actos* propios (venire contra factum propium), que conduce al rechazo, por violatorias del principio de buena fe de indudable cuño constitucional (arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República), de conductas como la examinada en este pronunciamiento donde se pretende desconocer comportamientos de la propia DNPI asumidos oportunamente, de signo contrario, ante idéntica situación jurídica, frente al mismo interlocutor receptor"[59].

9. Aún, en el sentido apuntado por las conclusiones precedentes, debe destacarse el criterio jurisprudencial expuesto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando dijo: "En concepto del Tribunal, tal postura resulta inaceptable en tanto se constituye en una flagrante violación a los principios de: buen fe, seguridad jurídica y confianza, que deben rendir el actuar de la Administración respecto de sus administrados ... Incluso, prestigiosa doctrina ha considerado que aún en casos donde no se viola el principio de la buena fe, debe darse relevancia a la conducta anterior en aplicación del principio del 'acto propio' (Venire contra factum propium non potest) dado que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho. En suma, existe para el administrado la necesidad de coherencia en el accionar

[56] Decreto 500/991, art. 2º.
[57] Constitución, art. 72 y 332.
[58] Constitución española art. 103.1
[59] Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Nº 720, de 17 de diciembre de 2007, caso COLGATE PALMOLIVE COMPANY c/ ESTADO– MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA– Acción de nulidad (r. Dr. Harriague).

de la Administración de manera tal que algo no sea permitido y prohibido al mismo tiempo "·(cf. BERRO, Federico: "La relevancia jurídica de la conducta anterior." Págs. 47 y sigs.)[60].

[60] Tribunal cit., Sentencia Nº 487, de 5 de septiembre de 2007, Dr. Harriague (r.).

CONSIDERACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. ENFOQUE CONCEPTUAL Y POSITIVO, DESDE EL DERECHO URUGUAYO

Juan Pablo Cajarville Peluffo

I. Introducción: planteamiento conceptual

1. El enfoque conceptual de la consideración del acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo requiere la previa convención sobre los conceptos incluidos en el planteamiento. Porque tanto el concepto de "acto administrativo" como el de "fuente del derecho" han sido objeto de las más variadas concepciones por la más valiosa doctrina, y ambos son clásicos lugares de desencuentro.

2. Comenzando por lo más evidente: la denominación "fuente del derecho", y también del Administrativo, no pasa de una expresión metafórica, y no tiene más precisión que la que pueda esperarse de esa figura retórica. No todos los sentidos en que las "fuentes" pueden entenderse interesan de la misma manera ni en la misma medida a las diversas disciplinas científicas que pueden tener el derecho como objeto; no se interesarán por las mismas "fuentes" un historiador, un sociólogo o un jurista. Para el jurista, el sentido de la expresión "fuentes del derecho" alude fundamentalmente a los distintos tipos o categorías de normas que integran un ordenamiento jurídico[1].

Aun conviniendo en ese sentido de "fuentes del derecho", las cavilaciones no terminan. Porque habrá de acordarse qué se entiende por "norma"[2]; y sus distintos "tipos" pueden categorizarse atendiendo a diversos caracteres suyos. Puede admitirse que es "norma" todo postulado de deber ser, general o subjetivo, abstracto o concreto[3]; o en contrario, atribuir esa denominación

[1] BALAGUER CALLEJON, F.: *Fuentes del Derecho*, Madrid, 1991, págs. 54-55 y 60 a 63.

[2] Véase, como ejemplo de desencuentros doctrinales, lo que expone BALAGUER CALLEJON, y la doctrina que cita, a propósito de la distinción entre "disposición" y "norma", en *Fuentes del Derecho*, cit., págs. 109 a 116.

[3] El calificativo "general" se refiere a una categoría o clase de sujetos, e "individual" a un sujeto o varios concretamente designados; "abstracta" alude a una categoría o clase de acontecimientos típicamente descriptos, y "concreta" contempla un acontecimiento o varios determinados en el espacio y en el tiempo; el carácter "general" procura la igualdad, mientras el carácter "abstracto" persigue un fin de certeza o seguridad (JESCH, D.: *Ley y Administración – Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978, pág. 18. BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980, págs. 293 a 301, y *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 1987, págs.

Cont.

sólo a la postulación de un deber ser general y abstracto[4]. En uno u otro caso, las normas podrán categorizarse según su eficacia formal o valor y fuerza[5], y sin duda es esa la categorización de mayor relevancia cuando se estudia un ordenamiento en su conjunto. Pero también pueden categorizarse, por ejemplo, atendiendo a sus contenidos, teniendo en cuenta ya sea los intereses considerados o tutelados, la índole de los sujetos alcanzados, las características de las actividades reguladas, los fines perseguidos con tales actividades, los instrumentos utilizados para cumplirlas, las consecuencias imputadas a su violación, etc. Estos son los criterios que suelen utilizarse cuando se categorizan las normas de un ordenamiento como objeto de las distintas ramas de la ciencia jurídica[6]; este criterio podría adquirir relevancia

128 a 133. BALAGUER CALLEJON, F.: *Fuentes del Derecho,* cit., pág. 39; en nuestra doctrina: FRUGONE SCHIAVONE, H.: "Notas para un estudio acerca de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en *Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.*, N° 27, Montevideo, 1988, págs. 222 a 225; CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991,* Montevideo, 1ª ed. 1992, 2ª ed. 1997, págs. 125 a 127. VAZQUEZ, C.: "El acto administrativo y las normas por él creadas", en CORREA FREITAS, R. (Compilador): *Procedimiento administrativo común y disciplinario,* Montevideo, 1998, págs. 159 a 170.).

[4] Es conocida la discrepancia sobre el punto de dos cumbres del pensamiento jurídico del siglo XX, H. KELSEN y N. BOBBIO. KELSEN considera "normas" tanto las generales como las individuales (*Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. GARCÍA MAYNEZ, UNAM, México, 1979, págs. 44 y 159 a 161; y *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. VERNENGO, UNAM, México, 1979, por ej., págs. 27 a 33). BOBBIO: *Contribución...*, cit., critica esa utilización por KELSEN del término "norma" (págs. 294/295) y propone distinguir *norma* (imperativo abstracto) y *orden* (imperativo concreto) (págs. 298 a 301). Sin embargo, la terminología de Kelsen tiene el mérito de subrayar la común naturaleza normativa (de *deber ser*) de ambos tipos de imperativos; en nuestro derecho, el Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, sobre procedimiento administrativo, art. 120, adopta este criterio, al definir las resoluciones como "normas particulares y concretas creadas por acto administrativo".

[5] Entiendo por "eficacia formal" de un acto "la manera de ser de los efectos jurídicos del acto, en cuanto perteneciente a una categoría, su amplitud y modo de hacerlos cesar" (CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", en *Rev. D.J.A.*, T. 55, Montevideo, 1957, pág. 160, nota 13). Se traduce en su aptitud para innovar en el orden jurídico preexistente creando, modificando o suprimiendo situaciones jurídicas resultantes de otros actos o hechos anteriores ("fuerza activa, de innovación o derogatoria"), y su aptitud para resistir la modificación o supresión por otros actos de las situaciones jurídicas que él mismo ha creado ("fuerza pasiva o de resistencia"): FRUGONE SCHIAVONE, H.: "De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral", *Rev. D.J.A.,* T. 74, Montevideo, 1974, pág. 10. Adherí a estos conceptos de los nombrados maestros compatriotas en "Sobre actos administrativos", incluido en *Sobre Derecho Administrativo***,** T. II, 2ª ed., Montevideo, 2008, pág. 13. Puede verse: BALAGUER CALLEJON, F.: *Fuentes del Derecho,* cit., págs. 51 y 120 a 123.

[6] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "El marco constitucional del Derecho Administrativo. Algunas reflexiones desde el Derecho Uruguayo", en *Sobre Derecho Administrativo,* T. I, 2ª ed., Montevideo, 2008, pág. 367. Se trata de la ponencia presentada al V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en la ciudad de Quito, Ecuador, entre el 4 y el 6 de abril de 2006, publicada en *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica. V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo,* Quito, 2006, págs. 41 a 54.

al interpretar el título de la ponencia ahora propuesta, atento a que se refiere explícitamente a una de esas ramas, el Derecho Administrativo[7].

3. Por otra parte, la calificación de un acto jurídico como "administrativo" dista mucho de ser unívoca, tanto en doctrina como en derecho positivo. Suponiendo que el calificativo aluda a la función del Estado en cuyo ejercicio el acto se perfecciona[8], la calificación variará según el criterio que se adopte para definirla. Es un clásico de la doctrina, que nuestro ilustre SAYAGUÉS LASO expone con rigor y sistema, el de los distintos criterios que pueden utilizarse para distinguir y clasificar diversas "funciones" del Estado. Se señalan entonces los criterios formales, orgánicos, materiales, etc.[9].

No se agota con ello la necesidad de convenciones previas que la ponencia requiere. Porque acordado el criterio, cualquiera sea, con que se definirá la función productora del acto considerado "administrativo", ocurrirá que luego las opiniones más valiosas volverán a divergir cuando se trate de incluir o no en la categoría distintos tipos de actos según su eficacia formal subjetiva u objetiva[10]; entonces, habrá quienes sólo admitan como "acto administrativo" aquellos que produzcan efectos subjetivos, mientras otros doctrinos no menos distinguidos incluyan también los que produzcan efectos generales y abstractos.

4. Formuladas las convenciones requeridas, la respuesta al planteamiento conceptual del "acto administrativo" como "fuente de derecho" dependerá del contenido de esas convenciones. Si sólo se consideran "fuentes de derecho", y por ende del Administrativo, las normas generales y abstractas, la respuesta será afirmativa si se incluyen los reglamentos en el concepto de "acto administrativo", y negativa en caso contrario. En cambio, si se sostiene que los postulados de deber ser individuales y concretos, se denominen o no "normas", caben en el concepto de "fuentes de derecho" en tanto integran el ordenamiento jurídico, sin duda lo serán todos los "actos administrativos", se incluya o no en ese concepto a los reglamentos.

[7] Desde esta perspectiva, la ponencia propuesta podría entenderse como presuponiendo que el acto administrativo es en general "fuente de derecho", y requiriendo entonces consideraciones sobre sus singularidades en el caso particular del Derecho Administrativo. No partiré de ese supuesto; prefiero examinar si, y bajo qué supuestos, el "acto administrativo", regulado por el Derecho Administrativo, es fuente del ordenamiento jurídico, y concretamente en el derecho uruguayo.

[8] Por supuesto, no es este el único criterio posible; también aquí cabrían las alternativas materiales, formales, orgánicas, etc.

[9] SAYAGUES LASO, E. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed. puesta al día a 1998 por D. H. MARTINS, Montevideo, 1998, parágs. 15 a 21, págs. 31 a 42.

[10] Otra vez me remito al maestro SAYAGUES LASO y a la bibliografía que cita, en su *Tratado...*, T. I, cit., parágs. 230 y 239 a 241, págs. 317-318 y 323-325.

Desde un punto de vista puramente teórico o doctrinal, no cabe afirmar que uno de tales criterios sea verdadero y los demás falsos. Como toda clasificación, la de las funciones estatales, como la de los actos jurídicos, serán correctas en cuanto se adopte un criterio clasificatorio adecuado y se le aplique consecuentemente; por eso no es lógicamente admisible criticar uno de los criterios clasificatorios partiendo de la aceptación apriorística de otro. Ese es el vicio en que se incurre cuando, por ejemplo, se dice que el criterio orgánico para distinguir las funciones no es exacto porque al Poder Legislativo se atribuyen potestades administrativas y jurisdiccionales, y al Poder Ejecutivo funciones legislativas. Más flagrantemente todavía si cabe, es el error que se cometería si se negara validez a la limitación de los "actos administrativos" a los subjetivos, mostrando que también lo son los reglamentos.

5. Claro que sin perjuicio de su corrección lógica, una clasificación será más o menos útil o inútil, en cuanto distinga categorías que tengan o no relevancia para el efecto de que se trate.

Desde el punto de vista jurídico, la clasificación de las funciones estatales será útil en la medida en que permita individualizar categorías de actividades sometidas a distintos regímenes jurídicos; y la de los actos jurídicos lo será en tanto todos los que resulten incluidos en un mismo término de la clasificación estén sometidos a un mismo régimen jurídico en el aspecto utilizado como criterio clasificatorio.

Cuando se trate de interpretar un determinado Derecho positivo, la tarea consistirá en desentrañar del conjunto de normas, aquel –o aquellos– criterios que esas normas positivas tomen en cuenta para someter cierta actividad al régimen jurídico propio de una u otra función; entonces sí podrá decirse que un criterio, aunque teóricamente exacto, no es adecuado para interpretar cierto Derecho positivo, y la interpretación que lo utilice será incorrecta. De la misma manera, la inclusión o no de los actos generales y abstractos en la categoría "acto administrativo" será adecuada para interpretar cierto ordenamiento jurídico, según sea posible o no describir un régimen jurídico que les sea común con los actos subjetivos y concretos.

Esa es entonces la relevancia jurídica de la distinción de varias "funciones", o de la categorización de un tipo de actos como "administrativos", dentro del conjunto de la actividad estatal: en el primer caso, señalar y delimitar diversos regímenes jurídicos a que la actividad estatal está sometida, y en el segundo, precisar la extensión del régimen que un ordenamiento contiene para los "actos administrativos". Decir, entonces, que tal actividad es, por ejemplo, "función legislativa", o que un acto es "administrativo", vale tanto como decir que se trata de actividad sometida a un régimen jurídico singular: el propio de

esa función o de esos actos. La aplicación de esos diversos regímenes requiere determinar, en cada Derecho positivo, el criterio en base al cual cierta actividad estatal resultará sometida a uno u otro de ellos, y esa es, en definitiva, una cuestión de interpretación del Derecho positivo de que se trate.

Con lo cual, el enfoque "conceptual" aludido en el tema propuesto para esta ponencia, desemboca en el enfoque "positivo" que el título plantea como alternativo[11].

II. Función administrativa y acto administrativo en el derecho uruguayo

6. Se postuló más arriba (*supra*, parág. 3) que el calificativo "administrativo" aplicado a un acto jurídico estatal se remite a la función del Estado en cuyo ejercicio el acto se perfecciona. Por ende, conceptualizar el "acto administrativo" requiere previamente hacer lo propio a propósito de la función administrativa.

En nuestro Derecho positivo, las diversas funciones del estado se definen con criterio orgánico-formal[12]. La *función legislativa* (o el sector de actividad estatal al que se aplica ese régimen singular) sólo puede definirse mediante un criterio orgánico-formal: es la actividad estatal cumplida por los órganos y mediante los procedimientos establecidos por la Constitución para el dictado de "leyes" (Constitución, arts. 133 a 146) o de "decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción" (Constitución, arts. 273 y 281[13]).

También la *función jurisdiccional* se define mediante un criterio orgánico-formal: es la actividad estatal cumplida por los órganos a que se refieren los artículos 233 y siguientes y 307 y siguientes de la Constitución (Tribunales

[11] A la misma conclusión llega BALAGUER CALLEJON, F.: *Fuentes del Derecho*, cit., en pág. 65.

[12] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., págs. 135 a 139, y también en *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 7 a 11.

[13] La Constitución prevé el ejercicio de "funciones legislativas" (así calificadas literalmente) por los Gobiernos Departamentales, definiéndolas asimismo con criterio orgánico-formal. A las normas creadas por actos dictados en ejercicio de tal función no las denomina "leyes", sino "decretos que tengan fuerza de ley en su jurisdicción", y las somete al mismo régimen de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes formales. El ejercicio de esta función legislativa por órganos de los Gobiernos Departamentales se delimita frente a los órganos nacionales por materia, en la misma forma que el deslinde de la potestad reglamentaria (*infra*, parág. 23, ap. a), y entre los diecinueve Gobiernos Departamentales, por los respectivos territorios. Sobre el tema: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Limitación de derechos reconocidos por la Constitución por decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., págs. 404-405. Para simplificar la exposición y adecuarla a la extensión limitada de esta ponencia, se prescindirá ahora de este sector de la función legislativa.

y Juzgados) o sus dependencias auxiliares mediante el procedimiento ("proceso") establecido por las leyes para la tramitación de los juicios y el dictado de sentencias (Constitución, art. 18), así como la actividad cumplida por esos mismos órganos o sus dependencias para hacer ejecutar lo juzgado[14].

Definidas con criterio orgánico-formal cada una de las funciones[15], el Derecho positivo atribuye a los actos que son producto típico de cada una de ellas diversa eficacia formal. En principio, la eficacia formal de un acto estatal resulta del órgano actuante y del procedimiento utilizado para dictarlo, que lo definen como producto de una u otra función[16].

Puesto que las otras funciones se definen en principio, entonces, con ese criterio orgánico-formal, la función administrativa necesariamente debe definirse también mediante el mismo criterio; cualquier intento de definirla con un criterio de otra índole, o de agregar al orgánico-formal otro criterio de diversa naturaleza, inevitablemente debe llevar a incoherencias y superposiciones en la clasificación de las funciones estatales.

Pero mientras en relación con las otras funciones el criterio orgánico-formal tiene un contenido positivo derivado de la Constitución y las leyes, respecto a la función administrativa el mismo criterio sólo puede tener un contenido negativo y residual. Es así porque los órganos que ejercen las otras funciones positivamente definidas cumplen también esta otra función residual como accesoria o auxiliar (para hacer posible el cumplimiento de la función principal) y porque –a diferencia de las otras– no existe un procedimiento típico para el ejercicio de esta función.

[14] Ley N° 15.464, de 19 de setiembre de 1983, Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, art. 6° (que reitera la disposición del anterior Código de Organización de los Tribunales, art. 9°): "Es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada".

[15] También la función constituyente se define con el mismo criterio: art. 331 de la Constitución, que establece los diversos procedimientos de reforma.

[16] Pero puede ocurrir y ocurre que el derecho positivo, por vía de excepción, atribuya la eficacia formal propia de los actos de una función a actos emanados de órganos y mediante procedimientos que no son los que en principio la definen. Es lo que sucede cuando –en otros países, no en el nuestro– el ordenamiento jurídico confiere al Poder Ejecutivo la potestad de dictar decretos con valor y fuerza de ley ("decretos-leyes"); o cuando se atribuye la potestad de dictar sentencias a órganos distintos a los Tribunales y Juzgados. En estos casos, por vía de excepción y por disposición especial, la función viene a definirse con un criterio material de eficacia formal de los actos producidos, y no con aquel criterio orgánico-formal de principio. La constitucionalidad de las leyes que otorgan potestades jurisdiccionales a órganos ajenos al Poder Judicial ha sido cuestionada con razón por la doctrina; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha admitido reiteradamente la legitimidad de esa solución; pueden verse referencias en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", cit., pág. 137 nota 23, o *Sobre actos administrativos*, cit., pág. 9 nota 4.

Con ese criterio negativo y residual, *función administrativa* es la actividad cumplida por cualquier órgano estatal que no pueda definirse, ni con el criterio orgánico-formal de principio ni en virtud de una norma especial, como propia de alguna de las otras funciones.

Es cierto, como efectivamente se ha objetado[17], que tal criterio nada dice en principio de positivo sobre las características de este tipo de actividad estatal; es que, en principio, poco puede decirse *a priori* positivamente como característica propia y específica de esta función, porque ciertamente de su análisis resulta que no toda esa actividad estatal está sometida a un régimen jurídico uniforme, ni lo están los órganos que la cumplen, ni todos los actos que produce tienen la misma eficacia formal. Tal vez el progreso de la ciencia jurídica lleve a delimitar, dentro de esa gran masa a primera vista bastante informe de actividad estatal, más de una función; hoy, ello no es todavía nítidamente posible, aunque las grandes líneas puedan ser ya perceptibles.

7. El acto jurídico dictado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa es el *acto administrativo*[18]. Y puesto que la función se define residualmente, también la definición del acto administrativo resulta residual; son administrativos todos los actos jurídicos emanados de un órgano estatal que no puedan definirse, ni por el criterio orgánico-formal de principio ni en virtud de una norma especial, como constitución, ley (o decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción) o sentencia, ni integren el procedimiento que conduce al dictado de cualquiera de estos actos ni el cumplido por los órganos jurisdiccionales o sus dependencias para hacer ejecutar lo juzgado.

III. Los reglamentos son "actos administrativos" en el derecho uruguayo

8. La necesaria definición orgánico-formal de "función" y de "acto" administrativos, y el carácter necesariamente residual de ambas, son de por sí razones suficientes para que los "reglamentos" resulten incluidos en uno y otro de dichos conceptos.

---

[17] Así lo hizo, por ejemplo, nuestro SAYAGUES LASO, en su *Tratado...*, T. I, cit., parág. 20, pág. 40.

[18] Aunque no en su expresión textual, esta definición es conceptualmente coincidente con la de SAYAGUES LASO (*Tratado...*, T. I, cit., parág. 229 y sigs., págs. 317 y sigs.), que en sustancia fue recogida por el Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973, art. 101, y hoy por el Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991, art. 120: "Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos". La coincidencia resulta del alcance que confiere SAYAGUES LASO a la palabra "administración", como "todos los órganos públicos actuando en función administrativa" (op. cit., parág. 4, pág. 20). Claro que el concepto de función administrativa expuesto en el texto no es el de SAYAGUES LASO.

La Constitución de la República utiliza el verbo "reglamentar" o sus derivados, con mucha frecuencia, con el significado de dictado de normas con forma de ley[19]; en un par de ocasiones, "reglamentar" o "reglamentación" designan el dictado de normas o las normas mismas sobre una materia, tengan o no forma de ley[20]. Ninguna de esas disposiciones alude entonces a un tipo específico de fuente de derecho.

Las que ahora interesan son las previsiones constitucionales que se refieren a un tipo de reglas sin forma de ley, que pueden dictar órganos que en casi todos los casos están específicamente designados, y que la Carta denomina expresamente "reglamentos"[21]. En todos esos casos, las normas de que se trata se perfeccionan mediante actos que no son producto de los órganos actuando mediante los procedimientos que definen en nuestro derecho las funciones constituyente, legislativa o jurisdiccional (*supra*, parág. 6). Dado el carácter residual de la definición de la función y de los actos administrativos, esta sola circunstancia es suficiente para encartar la función ejercida y los actos producidos como "administrativos".

9. Sin perjuicio de esa calificación que resulta del sistema de distinción y distribución de las funciones del Estado que consagra la Constitución uruguaya, en nuestro derecho positivo el reglamento es un acto administrativo[22] porque así resulta de norma constitucional, de norma legal e incluso de norma reglamentaria.

La expresión "acto administrativo" está recogida en nuestra Constitución, en disposiciones tan fundamentales como los arts. 309 y 317, que respectivamente regulan la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo

[19] Así ocurre en todas las disposiciones contenidas en la Sección II de la Constitución, "Derechos, deberes y garantías", que se refieren a "reglamentaciones" (arts. 37, 47, 54, 55, 57, 68); las únicas excepciones son los arts. 61 y 65, sobre los "Estatutos de los Funcionarios", que según los organismos de que se trate pueden dictarse por ley o por reglamentos, y a la "reglamentación" de su trabajo. También los arts. 77 inc. 2º N° 2º, 79 inc. 2º, 85 Nos. 6º y 15, 126, 188, 210, 230, 261, 271 y 304 emplean el verbo "reglamentar" para designar la normación de sus materias por ley formal.

[20] Es el caso del art. 61, sobre el contenido de los "Estatutos de Funcionarios", ya aludido en la nota anterior, y del art. 332, que soluciona las hipótesis de "falta de la reglamentación respectiva" de ciertos preceptos constitucionales, reglamentación que según los casos deberá ser legal o reglamentaria (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., págs. 477 a 481).

[21] Son los arts. 65, 105, 107, 111, 117, 166, 168 N° 4º, 182, 275 N° 2º y 318; con excepción de este último, todos esos artículos indican el órgano competente para dictar los respectivos "reglamentos".

[22] Sin duda, es conceptualmente más exacto definir el reglamento como una *norma* creada por acto administrativo, como se verá que lo hace el Decreto N° 500/991, art. 120. Sin embargo, es habitual en la doctrina y jurisprudencia definirlo como un acto administrativo; así lo hace SAYAGUÉS LASO, en su *Tratado...*, T. I, cit., parág. 68, pág. 102-103.

y los recursos de agotamiento de la vía administrativa previa, para designar el objeto de las respectivas impugnaciones. Desde que la Constitución de 1952 –en disposiciones que se mantienen en la vigente de 1967– reguló ambos puntos, sin duda alguna y con unanimidad de doctrina y jurisprudencia, se entendió que los reglamentos están comprendidos en el concepto de "acto administrativo" recogido por la Carta[23].

Esta solución tan dilatada y unánime fue incorporada a la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo[24], siendo entonces ahora, además, solución legal expresa. La Ley Orgánica, art. 25, incluye entre los actos que son objeto de la acción de nulidad los "actos generales", expresión sin duda más amplia que la de "reglamento" pero, sin duda también, comprensiva de los reglamentos[25].

Finalmente, el Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, art. 120, distingue con acierto técnico el "acto administrativo" que incorpora al ordenamiento jurídico una norma, de la norma misma creada por aquél; y atendiendo a las características de las normas creadas por acto administrativo, las clasifica en "reglamento", "resolución", "disposición general" y "reglamento singular"[26]. La clasificación resulta de combinar las categorías opuestas (*supra*, nota 3): a) general, y su opuesta individual, subjetiva o particular, que toma en cuenta los sujetos a que la norma se aplica; y b) abstracta o concreta, que toma en cuenta la hipótesis de hecho sobre que la norma dispone. Así resulta: "reglamento" son "las normas generales y abstractas"; "resolución" son "las normas particulares y concretas"; "disposición general" son "las normas generales y concretas", y "reglamento singular" son "las normas particulares y abstractas"; todas ellas, "creadas por acto administrativo"[27].

[23] Conf.: SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo,* T. I, cit., parág. 79, págs. 119-120, y T. II, 6ª ed. puesta al día a 1998 por D. H. MARTINS, Montevideo, 1998, parág. 1044, pág. 467. MENDEZ, A.: *Lo Contencioso de Anulación en el derecho uruguayo,* Montevideo, 1952, págs. 124-125. GIORGI, H.: *El Contencioso Administrativo de Anulación,* Montevideo, 1958, págs. 143 a 145. CASSINELLI MUÑOZ, H.: *Derecho Público,* Montevideo, 1999, págs. 30-31 y 75-76. FRUGONE SCHIAVONE, H.: "Notas para un estudio acerca de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en *Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.*, N° 27, Montevideo, 1988, págs. 224-225. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Recursos administrativos,* 4ª ed. Montevideo, 2008, págs. 124 a 128. DURAN MARTINEZ, A.: *Contencioso Administrativo,* Montevideo, 2007, págs. 37 a 41. DELPIAZZO, C. E.: *Derecho administrativo uruguayo***,** México, 2005, págs. 151 a 153. Conf., en cuanto a la Constitución de 1942, que no utilizaba la expresión "actos administrativos", sino "resoluciones ilegales de la Administración": JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J.: *La Constitución Nacional,* T. III, ed. Cámara de Senadores, Montevideo, 1998, págs. 142-143.

[24] Se trata del Decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984.

[25] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Recursos administrativos,* cit**.**, págs. 124 a 128.

[26] CAJARVILLE PELUFFO, J. P., "Sobre actos administrativos", cit., pág. 42; *Procedimiento administrativo...*, cit., págs. 125 a 127, y *Recursos administrativos,* cit., págs. 124.

[27] También el Dec. N° 640/973, de 8 de agosto de 1973, antecedente directo del Dec. N° 500/991, ambos verdaderos códigos de procedimiento administrativo, en su art. 101, incluía los reglamentos en la categoría "acto administrativo".

IV. Los "actos administrativos" son "fuentes" del derecho uruguayo

10. Cualesquiera sean entonces los conceptos de "fuente" y de "norma" que en el enfoque conceptual se acepten (*supra*, parág. 2), no puede sino concluirse que los considerados "actos administrativos" por el ordenamiento jurídico uruguayo son "fuentes de derecho" de dicho ordenamiento.

Lo son del ordenamiento todo, considerado en su unidad formal, y no sólo del conjunto de normas que, atendiendo a requerimientos de especialización científica, puedan agruparse como propias de alguna de sus ramas, y más concretamente del Derecho Administrativo, como parecería desprenderse del título de la ponencia planteada. Ciertamente, en esta rama adquieren importancia cuantitativa predominante; también en ella tienen importancia cualitativa fundamental, porque allí se contiene su regulación jurídica: perfeccionamiento, legitimidad, validez, impugnación. Pero no por ello su calidad de "fuente de derecho" queda encerrada en ese ámbito.

11. Naturalmente, los "actos administrativos" serán "fuentes" del derecho uruguayo si se admite el concepto amplio de "norma", que incluye tanto las generales como las individuales o subjetivas, tanto las abstractas como las concretas.

Lo serán también aunque se restrinjan las "fuentes" a las generales y abstractas, a través de los "reglamentos"; o admitiendo el cruzamiento de categorías que la doctrina postula y el Dec. N° 500/991 recoge, lo serán además a través de las "disposiciones generales", generales y concretas, y de los "reglamentos singulares", particulares y abstractos. En estas concepciones más o menos restrictivas, sólo quedarían fuera de las "fuentes" la "resoluciones", que postulan un deber ser individual y concreto.

12. La inclusión por normas constitucionales, legales y reglamentarias, de todos los actos jurídicos emanados del ejercicio de la función administrativa en el concepto de "actos administrativos", no tiene una significación meramente lingüística o terminológica.

A partir de una regulación constitucional común de los procedimientos de impugnación, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional, nuestro derecho consagra, a nivel constitucional y legal, un régimen también común de perfeccionamiento, de legitimidad, de vicios determinantes de ilegitimidad, de invalidez[28], de impugnación y de extinción[29], que justifica conceptualmente la inclusión de todos aquellos actos en una misma categoría de fuentes.

La incorporación de los "actos administrativos" en el sistema de fuentes que regula la Constitución uruguaya requiere coordinar su eficacia formal con la de las demás fuentes, determinando así su ubicación "jerárquica" en el sistema; y también delimitar las materias que les corresponden en la distribución que, utilizando este criterio, también realiza la Carta.

V. Eficacia formal de los "actos administrativos" como "fuentes"

13. Nuestro régimen jurídico configura un ordenamiento sistemático, en que todas las normas están estructuradas jerárquicamente, de manera tal que las superiores determinan tanto el procedimiento de perfeccionamiento como, en cierta medida y con márgenes variables, el contenido de las inferiores.

En ese ordenamiento, la Constitución es una norma jurídica formal y materialmente eficaz, de aplicación directa e inmediata, como resulta de su contexto y particularmente de sus arts. 181 N° 1°, 275 N° 1°, 313, 329 y 332 entre otros; y por ser rígida, prevalece sobre todas las demás normas, conforme a lo dispuesto por los arts. 4, 82 y 331[30].

Las normas constitucionales, obviamente, pueden dictarse en cualquier materia; en la realidad actual, la Constitución de la República no se limita a las normas que definen la estructura básica del Estado (como conjunto de entidades estatales) y la situación frente a él de los habitantes del territorio de la República[31]; además, han adquirido rango formal constitucional numerosas y trascendentes soluciones en múltiples temas de variada índole[32].

[28] Entiendo aquí por "invalidez" de un acto, la afectación de su "eficacia formal" (*supra*, nota 5) como sanción impuesta por el orden jurídico, a consecuencia de su ilegitimidad (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., "Sobre actos administrativos", cit., pág. 13). Esta convención terminológica, a la que me atengo en el texto, se inspira en la propuesta por CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", cit., pág. 162. La afectación de la eficacia formal puede producirse también por otras circunstancias ajenas a la ilegitimidad; por ej., por el establecimiento de plazos o condiciones. Estas son hipótesis de *ineficacia*, pero no de invalidez.

[29] Sobre todos estos aspectos: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Sobre actos administrativos", cit. Todos estos temas quedan explícitamente fuera del tema propuesto para esta ponencia.

[30] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., op. cit., T. VIII, pág. 151. CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Oposición superveniente...", cit., págs. 165, 198 y 201; y "La defensa jurídica de la Constitución", en *Defensa de la Constitución Nacional*, Cuadernos de la Fac. de Der. y C. Soc., 2ª Serie, N° 2, Montevideo, 1986, pág. 14. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Supremacía constitucional e interpretación", en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., pág. 355.

[31] Véase CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "El marco constitucional del Derecho Administrativo...", cit.

[32] En los hechos, es perceptible la tendencia de grupos o sectores políticos y sociales a consagrar soluciones por la vía del perfeccionamiento de normas constitucionales, porque suele ser más factible reformar la Constitución por alguno de los procedimientos previstos en ella, que lograr su aprobación parlamentaria.

14. El conocido como "principio de legalidad", columna vertebral del "Estado de Derecho", conforme al cual el Estado todo, y la Administración en particular, deben actuar con sometimiento a todas las "reglas de derecho" integrantes del ordenamiento jurídico, es sin duda acogido por nuestra Constitución y resulta de sus disposiciones expresas[33]. La actividad administrativa y los "actos administrativos" como una de sus manifestaciones deben ser adecuados a todas las "reglas de derecho" aplicables, "considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual"[34].

Ese sometimiento a todas las "reglas de derecho" aplicables, rige por supuesto para las "resoluciones", actos administrativos particulares o subjetivos y concretos, que deben adecuarse a lo dispuesto por las otras categorías de "actos administrativos". Rige también para esas otras categorías de "actos administrativos", ya sean generales y abstractos, o generales o abstractos[35].

15. En el derecho uruguayo, está consagrado expresamente que el reglamento es un acto sometido a los principios de derecho[36]; lo dispone la ley, sin perjuicio de que esos principios tienen además acogimiento constitucional explícito, algunos –los que consagran derechos, deberes y garantías "inherentes a la personalidad humana o (que) se derivan de la forma republicana de gobierno"- con jerarquía constitucional (Const. art. 72)[37].

16. Además de su sometimiento a la Constitución y a los principios de derecho, el reglamento está sometido a la ley[38]. Esa sujeción a la ley existe siempre y en todo caso, cualquiera sea el reglamento; la única excepción, en cuanto puede ser *contra legem*, es el reglamento del art. 174 inc. 2º Const., que permite al Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, redistribuir las "atribuciones y competencias" entre los Ministerios, modificando así la distribución que hubiera establecido la ley formal[39].

[33] Constitución, arts. 7º, 10, 82, 168 N° 4º, 181 N° 1º, 197, 211 ap. B, 256 y sigs., 275 N° 1º, 309 y sgts., 329, etc.

[34] Decreto-ley N° 15.524, art. 23, que reitera a la letra la definición de "regla de derecho" contenida en la Ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, art. 345.

[35] Para facilitar la exposición, me referiré explícitamente en lo que sigue sólo a los reglamentos, pero sobreentendiendo que lo que se diga se aplicará también a las disposiciones generales y a los reglamentos singulares.

[36] Sobre la "importancia verdaderamente capital" de este sometimiento: GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 2002, págs. 198 a 202.

[37] El punto fue tratado con más extensión y precisión en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", cit., en esp. págs. 455 a 476.

[38] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J.: *La Constitución Nacional,* T. III, cit., págs. 141. SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo,* T. I, cit., parág. 72, págs. 109-110; CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit., págs. 426-427.

[39] CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución", en *Constitución de la República de 1967,* Cuadernos de Síntesis, N° 2, Montevideo, 1967, pág. 43.

Ese sometimiento existe aun cuando el reglamento considerado sea calificable como *autónomo*, definiendo esta categoría en el derecho uruguayo, no por la fuente de la potestad de dictarlo, sino por el motivo y por el fin de su dictado; aunque el motivo del reglamento no sea la vigencia de una norma legal ni su fin el de ejecutarla, de cualquier manera la norma reglamentaria no puede ser incompatible con una solución legal vigente[40].

Existe también aun cuando la norma legal haya sido dictada en materia reservada al reglamento (*infra*, parág. 22); si esa ley se hubiera dictado sin cumplir con los requisitos impuestos constitucionalmente para ingresar en esa materia, o si la reserva reglamentaria fuera absoluta, la ley sin duda sería inconstitucional; pero ello no liberaría al reglamento de su sometimiento a la ley, en un régimen como el nuestro en que la ley –aun inconstitucional– debe ser cumplida en tanto esa inconstitucionalidad no sea declarada y su inaplicabilidad –en virtud de esa declarada inconstitucionalidad– no sea dispuesta por la Suprema Corte de Justicia exclusivamente para el caso concreto (Const. art. 259)[41].

17. Luego, el reglamento es eventualmente acto sometido a reglamento. Esta es a primera vista una afirmación sorprendente, porque en principio todo acto jurídico deroga a los de su misma índole que se le opongan, y no se somete a ellos.

Pero el reglamento tiene la singularidad –frente a otras fuentes de derecho, como las constitucionales o legales– de que no tiene siempre la misma eficacia formal, porque ella depende de la naturaleza institucional y de la jerarquía orgánica del autor del reglamento[42]. Los reglamentos de ejecución de la ley, dictados por el Poder Ejecutivo (*infra*, parág. 23, último párrafo), predominan sobre los dictados por otros órganos, salvo si ese reglamento se hubiera apartado de lo dispuesto por la ley reglamentada; si la propia ley reglamentada hubiera invadido la reserva reglamentaria de otro órgano y el decreto reglamentario se ajustara a ella, la desaplicación de la ley y por ende de su reglamentación requerirían la previa declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, según viene de señalarse en el parágrafo precedente[43]. De la misma manera, los reglamentos del superior jerárquico predominan sobre los emanados por un órgano con potestad reglamentaria desconcentrada del mismo sistema orgánico[44].

[40] Más ampliamente en CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit., págs. 428 a 430.
[41] Más ampliamente también en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit., págs. 430-431.
[42] CASSINELLI MUÑOZ, H.: *Derecho Público,* cit., págs. 31-32. GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo,* Vol. I, cit., pág. 194.
[43] CAJARVILLE PELUFFO, J. P: "Supremacía constitucional e interpretación", págs. 363-364
[44] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Delegación de atribuciones", en *Sobre Derecho Administrativo,* T. I, cit., págs. 533-534.

Todas esas son hipótesis de reglamentos con menor eficacia formal que otros reglamentos. Fuera de hipótesis de ese tipo, rige el principio general y un reglamento posterior deroga al anterior que no pueda conciliarse con él.

18. Finalmente, resulta también de la ley la posibilidad de que el reglamento sea acto sometido a norma "contractual", emanada de un contrato que la Administración ha celebrado sobre la materia a reglamentar.

Ello lleva, obviamente, a la necesidad de distinguir la violación de una norma contractual, como de cualquier otra "regla de derecho", de su modificación. Por consiguiente, el punto se vincula, naturalmente, con la potestad de que puede estar investida esa Administración de modificar o extinguir unilateralmente ese contrato, en ejercicio de potestades expresas o implícitas, existiendo motivos legítimos que lo justifiquen y persiguiendo los fines debidos para los cuales aquéllos le fueron conferidos o reconocidos[45]. Pero esa modificación, en todo caso, ocurrirá por un acto subjetivo y concreto; sólo excepcionalmente podrá resultar de una norma general y abstracta. Por ende, en principio puede afirmarse –como lo proclama la ley– que los reglamentos están sometidos a las normas contractuales.

19. Queda definida así la eficacia formal de los "actos administrativos" como fuentes del derecho uruguayo: no pueden innovar en el orden jurídico preexistente, modificando o suprimiendo situaciones jurídicas resultantes de otros actos anteriores encartables en otras fuentes, ni pueden resistir la modificación o supresión por esos otros actos de las situaciones jurídicas que los "actos administrativos" hayan creado. Hasta aquí, vale decir, frente a las demás fuentes, la eficacia formal de todos los "actos administrativos" es la misma.

Pero a diferencia de las normas constitucionales y legales, que tienen siempre la misma e invariable eficacia formal, la de los "actos administrativos" es diferente entre sus distintas categorías e incluso dentro de cada una de ellas. Todas las resoluciones están sometidas a los reglamentos, disposiciones generales y reglamentos singulares aplicables; y existen diferencias en las eficacias formales de estas tres últimas categorías de "actos administrativos", dependiendo de la naturaleza institucional y de la jerarquía orgánica del órgano que los haya dictado.

[45] CAJARVILLE PELUFFO, J. P. "Sobre contratación de la Administración. VII. Mutabilidad de los contratos de la Administración, y Extinción de los contratos de la Administración", en *Sobre Derecho Administrativo,* T. II, págs. 356 a 387.

VI. Materia de la normación por "actos administrativos"

20. La intensidad y diversidad de las actividades confiadas a las entidades estatales impone la diversidad de especializaciones entre ellas[46]. El frondoso contenido de la Constitución, que incluye la determinación, expresa o implícita, de la recíproca jerarquía normativa de las "fuentes" que integran el ordenamiento, contiene además la distribución de la competencia para dictarlas entre diversos órganos estatales, determinando para ello las materias y ámbitos territoriales que les corresponden y delimitan recíprocamente sus campos de actuación[47]. De allí resulta el diseño de tres ámbitos: un ámbito de *reserva de la ley*, otro de *reserva del reglamento* y finalmente la *materia compartida entre ley y reglamento*[48].

21. El *ámbito reservado a la ley*, formal y nacional, puede esquematizarse en los siguientes rubros: la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes y de los ciudadanos; el régimen financiero, tributario y presupuestario nacional y monetario; las normas básicas de organización estatal, que comprenden la creación de organismos y atribución de competencias; y el dictado de códigos y aprobación de tratados[49]. En una expresión todavía más esquemática, con palabras de ARÉCHAGA: "los poderes de bolsa, de institución, de libertad"[50].

Estas son materias vedadas al reglamento como normación inicial[51], pero en que cabe –naturalmente– el reglamento de ejecución de la ley[52].

[46] Sobre el punto, en nuestro derecho, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "La 'función' administrativa y sus 'cometidos' en el derecho uruguayo, a principios del siglo XXI", en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., pág. 221 a 295.

[47] BALAGUER CALLEJON, F.: *Fuentes del Derecho*, cit., págs. 51 a 54.

[48] Ver CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit., págs. 441 a 445.

[49] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, cit., parág. 53, págs. 82-83, y parág. 69, págs. 104 a 106; AGUIRRE RAMÍREZ, G.: *Derecho Legislativo*. T. I, cit., págs. 54 a 59.

Pueden señalarse no menos de 85 artículos de la Constitución que consagran expresamente materias reservadas a la ley formal, cuya reseña sería ciertamente tediosa. Pueden agruparse en los siguientes once rubros: 1) derechos, deberes y garantías de los habitantes y ciudadanos; 2) creación de órganos jurisdiccionales y regulación del orden y formalidades de los juicios; 3) Estatuto general de los funcionarios públicos (del cual se excluyen los reservados al reglamento); 4) creación, organización y competencia de organismos estatales; 5) ciudadanía y sufragio; 6) referéndum contra las leyes y ciertos actos de los Gobiernos Departamentales; 7) sanción de códigos y aprobación de tratados internacionales; 8) tributos, deuda pública y aduanas; 9) régimen monetario; 10) presupuesto nacional; y 11) pensiones graciables y honores.

[50] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J.: *La Constitución Nacional*, T. III, cit., págs. 142.

[51] Sobre la ampliación de la potestad reglamentaria que produce el art. 332 de la Constitución, para hacer posible la aplicación de los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos o atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, puede verse: CAJARVILLE

Cont.

22. La Carta prevé también materias cuya regulación está *reservada al reglamento.* En nuestro derecho existen, por expresas disposiciones constitucionales, materias reservadas al reglamento, que no pueden en absoluto, o no pueden sino con ciertas condiciones, ser reguladas por ley. A veces la reserva es expresa[53]; otras, es implícita[54].

Siempre que la Constitución reserva al reglamento una materia, establece también cuál es el órgano competente para dictarlo; en algunos casos es el Poder Ejecutivo, pero en otros no lo es. Entonces estas reservas del reglamento operan simultáneamente como defensa del reglamento frente a la ley, y también como exclusión de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y defensa de la potestad reglamentaria de otros órganos.

23. Finalmente, excluidas la reserva de la ley y la del reglamento, resta todo el ámbito de principio: todas las materias que no están ni en una ni en otra reserva, son *materia compartida* de la ley y el reglamento, puesto que ambos son producto de potestades de principio[55].

PELUFFO, J. P.: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", cit., págs. 478-479.

[52] Puede verse, en relación con este tema, CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit. págs. 447 a 449; también "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", cit., págs. 477-478, y "Limitación de derechos reconocidos en la Constitución por decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", cit., págs. 409 a 412; y el planteamiento de esta cuestión que realiza LINARES, J. F., en *Caso administrativo no previsto,* Buenos Aires, 1976, págs. 47 a 51.

[53] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo,* T. I, cit., parág. 69, pág. 105. Las normas constitucionales expresas que establecen materias de reserva del reglamento son: art. 63 (Estatuto de los funcionarios de los Entes Autónomos comerciales e industriales, salvo las "normas especiales" que podrán establecerse por ley dictada por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara), art. 105 (reglamentos interiores de cada Cámara y de la Asamblea General, dictada por cada uno de esos órganos), art. 107 (reglamentos sobre funcionarios de cada una de las Cámaras legislativas), art. 166 (reglamento interno del Consejo de Ministros), art. 204 (estatuto de los funcionarios de los Entes Autónomos de enseñanza, salvo "las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización del Ente") y art. 221 (presupuestos anuales de los Entes Industriales y Comerciales del Estado).

[54] Por ejemplo, en virtud del "principio de especialización", que reserva para la Administración, en particular las descentralizadas, un ámbito de temas en que por su índole técnica no puede ingresar el legislador: SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo,* T. I, cit., parág. 69, pág. 105. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "La descentralización: su estatuto constitucional y posibilidades de su regulación legal", en *Sobre Derecho Administrativo,* T. I, cit., págs. 648 a 652.

[55] El carácter de principio de la potestad legislativa en toda materia, salvo las expresamente reservadas al reglamento, resulta del art. 85 N° 3° de la Carta, que confiere al Poder Legislativo la potestad de: "Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior". Sobre la técnica constitucional de atribución de competencia al Poder Legislativo, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", cit., págs. 145 a 147. Sobre el carácter de principio de la potestad reglamentaria: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo", cit., págs. 433 a 441.

En este ámbito común, la concurrencia de la ley y el reglamento no se resolverá separando competencias, sino mediante la distinta eficacia formal de ambos tipos de normas. Operará también la determinación de competencia por la vía de la eficacia formal requerida para el acto a dictarse, siempre que se trate de modificar una solución consagrada en una ley[56].

En todas estas materias comunes, juega también la distribución de la potestad reglamentaria entre distintas entidades estatales. En principio, corresponde al Poder Ejecutivo, porque es el titular de principio de la función administrativa[57]. Pero ciertas materias están excluidas de la competencia del Poder Ejecutivo[58]:

a) Toda la materia departamental y "municipal", de muy difícil diseño en el derecho uruguayo, está atribuida a los organismos que la Constitución llama "Gobiernos Departamentales" (arts. 262 a 306).

b) La actividad de enseñanza del Estado en ciertas ramas o niveles que la Constitución individualiza ("Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística", arts. 202 a 205), está atribuida a entes con autonomía constitucional necesaria y en esas materias está excluida la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo porque corresponde a esos entes autónomos[59].

c) Los demás entes autónomos y servicios descentralizados tienen también autonomía, no garantizada por la Constitución pero sí delimitada por la ley, y en las materias que tienen legalmente atribuidas la potestad reglamentaria tampoco corresponde al Poder Ejecutivo, sino a los entes y servicios de que se trata (arts. 185 a 201)[60]; pero con la salvedad de que la potestad reglamentaria de estos Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general sólo puede afectar a los particulares en cuanto usuarios o beneficiarios de los servicios que esos entes prestan.

---

[56] Es así aun cuando se trate de una ley que haya invadido la reserva constitucional del reglamento, dada la eficacia no derogatoria, sino para el caso concreto, de la declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia (Constitución, art. 159).

[57] Arts. 149 y 168 N° 4° de la Carta. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J.: *Teoría del Gobierno*, T. II, Montevideo, 1974, págs. 6-7 y 9. CASSINELLI MUÑOZ, H.: *Derecho Público*, cit., pág. 162. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", cit., págs. 144 a 147.

[58] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, cit., parág. 74 y 75, págs. 114 a 116.

[59] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "La descentralización: su estatuto constitucional y posibilidades de su regulación legal", cit., págs. 635-636.

[60] Más ampliamente en CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "La descentralización: su estatuto constitucional y posibilidades de su regulación legal", cit., págs. 632 a 634.

d) Finalmente, la reglamentación de la organización interna y del funcionamiento del Poder Judicial (arts. 233 a 261), del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 a 321), del Tribunal de Cuentas (arts. 208 a 213) y de la Corte Electoral (arts. 322 a 328), también escapan a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo para recaer en cada uno de esos órganos.

Todo lo anterior, dicho con la salvedad a su vez de que la potestad reglamentaria de ejecución de la ley, en toda materia y también en las señaladas precedentemente, corresponde al Poder Ejecutivo por expresa atribución constitucional (art. 168, N° 4°).

VII. Conclusiones

1) El enfoque conceptual sobre la consideración del "acto administrativo" como "fuente del derecho" requiere la previa convención sobre los conceptos de "fuente del derecho" y de "acto administrativo", y también de "función administrativa", entre los diversos sostenidos por la doctrina.

2) Desde el punto de vista jurídico, el sentido de la expresión "fuentes del derecho" alude a los distintos tipos o categorías de normas que integran un ordenamiento jurídico. Con lo cual se incorpora a la necesidad de convención, el concepto de "norma".

3) Desde el punto de vista conceptual o teórico, diversos conceptos de los mentados en las dos conclusiones anteriores son aceptables, y no cabe impugnar a uno partiendo de la aceptación apriorística de otro.

4) Utilizados en cambio para la interpretación de un derecho positivo, deberán aplicarse los criterios que el mismo establezca para definir cada uno de aquellos conceptos; con lo cual la opción entre los criterios teóricos desemboca en el enfoque positivo planteado en el título como alternativo.

5) En el derecho positivo uruguayo, la "función administrativa" y el "acto administrativo" se definen y sólo pueden definirse con criterio orgánico formal y residual: serán la actividad estatal y los actos jurídicos por ella producidos, que no se puedan definir como constituyentes, legislativos o jurisdiccionales, con el mismo criterio orgánico formal, vale decir, atendiendo al órgano actuante y al procedimiento utilizado.

6) Conforme a la Constitución uruguaya, y sobre esa base, a normas legales y reglamentarias, el concepto de "acto administrativo" incluye todos los actos jurídicos emanados del ejercicio de la "función administrativa", y por ende comprende los "reglamentos".

7) El concepto de “acto administrativo” referido en la conclusión anterior se traduce en un régimen de perfeccionamiento, legitimidad, vicios, invalidez, impugnación y extinción, común a todos los actos incluidos en la categoría.

8) Por consiguiente, cualesquiera sean los conceptos de “fuente” y de “norma” que se acepten, los “actos administrativos” son “fuentes del derecho” en el ordenamiento jurídico uruguayo.

9) La eficacia formal de los actos administrativos es inferior a la de todas las demás fuentes: no pueden innovar en el orden jurídico preexistente, modificando o suprimiendo situaciones jurídicas resultantes de actos anteriores encartables en otras fuentes, y no pueden resistir la modificación o supresión por esos otros actos de las situaciones jurídicas que los actos administrativos hayan creado.

10) Siempre inferior a la de las demás fuentes, la eficacia formal de los “actos administrativos” no es siempre la misma: todas las resoluciones están sometidas a los reglamentos, disposiciones generales y reglamentos singulares aplicables, y existen diferencias en la eficacia formal de estas tres últimas categorías de “actos administrativos”, según la naturaleza institucional y la jerarquía orgánica del órgano que los haya dictado.

11) La Constitución distribuye las materias sobre las que pueden regular las distintas “fuentes de derecho”, configurando un ámbito de “reserva de la ley”, otro de “reserva del reglamento”, y un ámbito residual de materia común o compartida por ambas fuentes.

LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Augusto Durán Martínez

El tema que se me ha adjudicado ha llamado especialmente mi atención en otras oportunidades. El primer trabajo que publiqué sobre el mismo lo titulé: "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso"[1].

Este nuevo abordaje me permite ratificar los conceptos vertidos en esa oportunidad y efectuar algunos desarrollos complementarios a fin de precisar mejor mis ideas al respecto.

Hoy impera un nuevo constitucionalismo, denominado constitucionalismo avanzado, o de derecho, o contemporáneo, o más habitualmente, *neoconstitucionalismo*[2].

Esta corriente se gestó en la Europa continental luego de la Segunda Guerra Mundial. Se le suele relacionar con las Constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal de 1976 y España de 1978, y se ha generalizado.

Para aquilatar su importancia basta tener presente a GRÁNDEZ CASTRO cuando la consideró "la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de los abogados y juristas, incluso, no se den por notificados"[3].

El Estado moderno proviene del absolutismo. Se forjó en torno a las ideas de poder absoluto de HOBBES y de soberanía de BODINO.

El Derecho, lentamente a través de los siglos, ha ido cortando o limando los tentáculos del Leviatán, pero no ha culminado su obra. Por eso no es de extrañar que todavía subsistan resabios del absolutismo, como lo es, sin

---

[1] Publicado originariamente en *Revista de Derecho*. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Año 2007, Nº 2. Posteriormente fue publicado en DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, vol. II, págs. 227 y sigs. Las citas que efectuaré en adelante corresponderán a esta segunda publicación.

[2] DURÁN MARTÍNEZ, A.: *En torno al neoconstitucionalismo*, en prensa.

[3] GRÁNDEZ CASTRO, P.P.: Presentación del libro PRIETO SANCHÍS, L.: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, pág. 11.

duda, la presunción de legitimidad del acto administrativo, puesto que del absolutismo es nuestra matriz.

El Estado de Derecho liberal intentó limitar el poder absoluto y en buena medida lo hizo, pero la soberanía sobrevivió. Cuando la soberanía entra en crisis es que aparece el neoconstitucionalismo, procurando una superación positiva y enriquecedora del viejo Estado de Derecho[4].

Se forja así un nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional, o Estado Constitucional democrático, caracterizado entre otras cosas por lo que GUASTINI llamó la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*[5].

Se procura acercar los conceptos de Constitución emanados de la revolución americana y de la revolución francesa[6].

En Estados Unidos, luego de la independencia, se consideró que la Constitución es norma jurídica de mayor valor y fuerza que se aplica directamente a la sociedad. Otra cosa se sostuvo en la Europa continental; allí, por influencia de la revolución francesa, se entendió que la Constitución no era propiamente una norma jurídica sino que contenía una serie de directivas políticas dirigidas a los poderes públicos pero que no eran de aplicación directa al cuerpo social. Por influjo de ROUSSEAU la ley se convirtió en Francia y en general en el resto de Europa continental, en la norma jurídica de mayor valor y fuerza.

En Uruguay aceptamos la concepción americana pero, con gran inconsecuencia, en general actuamos en los hechos como lo hacían los europeos hasta la aparición del neoconstitucionalismo. En efecto, normalmente nos acordamos de la Constitución solo al plantear la inconstitucionalidad de la ley, rara vez incorporamos la Constitución a nuestro discurso jurídico, no extraemos todas las consecuencias que se derivan de considerar a la Constitución como la norma jurídica de mayor valor y fuerza y, a menudo, adoptamos posturas incompatibles a la *interpretación conforme a la Constitución* como cuando, por ejemplo, se sostiene que ante un reglamento que desconoce una ley hay que aplicar el reglamento pese a su ilegalidad[7].

---

[4] PRIETO SANCHÍS, L.: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, pág. 166.

[5] GUASTINI, R.: "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en VV.AA.: *Neoconstitucionalismo (s)*, Edición de Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 49.

[6] PRIETO SANCHÍS, L.: *Derechos fundamentales* ..., págs. 111 y sigs.

[7] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "La administración ante el reglamento ilegal", en DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Público*..., vol. II, págs. 300 y sigs.

De manera que el neoconstitucionalismo no es nuevo para nosotros en lo que refiere a la consideración de la Constitución como norma jurídica fundamental pues eso es lo que hemos sostenido siempre, pero sí es nuevo en cuanto a que nos ha mostrado que debemos ser coherentes con nuestro propio pensamiento y extraer de esa concepción de la Constitución todas las consecuencias que corresponda.

La Constitución, verdadera norma jurídica, de máximo valor y fuerza, se aplica directamente a la sociedad y moldea todo el sistema conforme a sus valores. Por eso toda la normativa infravalente se interpreta *conforme a la Constitución* o, expresado de otra manera, *desde* la Constitución. Y como esas modernas constituciones se basan en la dignidad de la persona humana y, aunque nada digan al respecto, como los derechos que derivan de la personalidad humana son supravalentes[8], esa interpretación se efectúa *desde* los derechos humanos. Eso hace impensable una presunción de constitucionalidad de las leyes[9] y, con mucha mayor razón –como enseguida veremos– la presunción de legitimidad de los actos administrativos, porque esas presunciones lo que hacen es acomodar las reglas de derecho de mayor valor y fuerza a las infravalentes, cuando lo que corresponde es exactamente lo contrario. En efecto, la presunción de constitucionalidad de las leyes distorsiona los principios generales de derecho de mayor valor y fuerza y la Constitución en función de los intereses del legislador, y la presunción de legitimidad de los actos administrativos distorsiona esos mismos principios, la Constitución y la ley, en función de los intereses de la Administración, todo ello en definitiva en detrimento de los derechos humanos. Esas presunciones, pues –la de constitucionalidad de las leyes y la de legitimidad del acto administrativo– no se adecuan al precepto de *interpretación conforme a la Constitución*.

Es muy abundante y de muy larga data la doctrina que sostiene la presunción de legitimidad del acto administrativo. Pero por la especial gravitación que ha tenido en nuestra jurisprudencia evocaré ahora, como lo hice antes en mi trabajo ya citado, el pensamiento de MARIENHOFF.

Referiré así a lo que el gran maestro argentino entiende por presunción de legitimidad y a las consecuencias que extrae de esa presunción de legitimidad del acto administrativo, para referirme en tercer término al fundamento de esa presunción.

Pero antes de entrar a considerar esos aspectos, estimo necesario tener en cuenta que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina,

[8] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "El Derecho Administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", en DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Público*..., vol. III, pág. 261.

por su artículo 12, establece: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad".

Este texto, sin duda, de alguna manera condiciona el pensamiento de los autores argentinos. Lo mismo ocurre con los autores españoles, puesto que en España existe un texto similar al argentino.

En cambio, no tenemos en nuestro país ningún texto de derecho positivo que imponga de una manera general la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo que hay que ser muy cuidadosos cuando se pretende aplicar opiniones de autores argentinos o españoles en el Uruguay.

MARIENHOFF comienza su estudio sobre el tema diciendo que "la *presunción de legitimidad* consiste en la suposición de que el acto fue emitido *conforme a derecho*"[10].

Creo que efectivamente eso es lo que se quiere decir cuando se afirma que un acto administrativo se presume legítimo. Es que ese es el sentido natural de esos términos. Por eso es que GORDILLO, al estudiar el artículo 12 de la ley argentina ya citada, sostuvo que si se interpreta este artículo conforme a lo que literalmente dice es irrazonable y, por ende, inconstitucional. El legislador, acotó, no puede cambiar la razón ni tampoco la ley de la gravedad[11]. Y por eso es que otros autores, como luego se verá, han procurado darle a la expresión *presunción de legitimidad* un significado distinto al indicado.

MARIENHOFF expresa que de la presunción de legitimidad se derivan las siguientes consecuencias:

a. no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial;

b. la nulidad de los actos administrativos no puede declararse de oficio por los jueces;

c. quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente;

[9] No es propósito de este trabajo estudiar la presunción de constitucionalidad de las leyes. Ver al respecto RISSO FERRAND, M.: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. F.C.U., Montevideo, 2008, págs. 158 y sigs. y el excelente libro de GUARIGLIA, C.: *La presunción de constitucionalidad de las leyes*, La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2009.

[10] MARIENHOFF, M.S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, págs. 368 y 369.

[11] GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Airs, 1999, t. 3, 4ª edición, pág. V. 6.

d. la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo debe promoverse a pedido de parte[12].

En realidad, la segunda y la cuarta de las consecuencias indicadas son la misma, miradas desde dos perspectivas diferentes. En efecto, decir que la declaración de nulidad de un acto administrativo no puede proponerse de oficio por los jueces y decir que la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo solo puede promoverse a pedido de parte, es decir la misma cosa. De las cuatro consecuencias, pues, solo quedan tres.

CASSAGNE objeta esta consecuencia ahora analizada (la segunda y la cuarta de las mencionadas por MARIENHOFF, tomadas conjuntamente) diciendo que ella no deriva de la presunción de legitimidad sino del principio de separación de poderes y del sistema judicialista de control de los actos administrativos existente en Argentina[13].

Más bien pienso que la prohibición de una declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio es una cuestión de derecho positivo. Así, en un sistema que pretenda tutelar la legalidad objetiva, sería lógico admitir una declaración jurisdiccional de oficio de un acto administrativo aunque la Constitución consagre el principio de separación de Poderes y un sistema judicialista. En efecto, ello no impide un control jurisdiccional basado en la regularidad jurídica. En cambio, en un sistema como el previsto en los artículos 309 y siguientes de nuestra Constitución, encarado como una tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, no tiene sentido en principio una declaración de oficio, puesto que en este sistema sin interés no puede haber acción. Y la elección de un sistema u otro depende del derecho positivo. Incluso, en un sistema de tipo subjetivo el derecho positivo puede promover un accionamiento de oficio, como lo es por ejemplo el admitido en el artículo 258 de la Constitución nacional en el ámbito de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

De manera que la prohibición de la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio o, dicho de otra manera, la necesidad de que la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo sea promovida a pedido de parte interesada, depende del derecho positivo y no deriva de la presunción de legitimidad.

La tercera consecuencia señalada por MARIENHOFF (necesidad de alegar y probar la ilegitimidad del acto administrativo) también es cuestionada.

[12] MARIENHOFF, M.S: *Tratado...*, t. II, págs. 371 y sigs.
[13] CASSAGNE, J.C.: *Derecho Administrativo*, Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, 8ª adición actualizada, pág. 321.

BREWER-CARÍAS, pese a sostener que la presunción de legitimidad produce una inversión de la carga de la prueba, luego relativiza su afirmación y admite que igualmente cierta prueba corresponde a la Administración[14].

CASSAGNE, HUTCHINSON y DE FREITAS plantean objeciones mayores.

CASSAGNE dice al respecto: "a) la exigencia de alegar la ilegitimidad del acto no implica una derivación de la presunción de legitimidad; b) el requisito de la prueba, en el sentido procesal, depende de las circunstancias del caso, pues bien puede suceder que se trate únicamente de una cuestión de puro derecho que se somete a dilucidación de la justicia"[15].

HUTCHINSON abordó el punto con agudeza. En tal sentido indicó:

> Todos conocemos el principio de que a quien alega le incumbe probar, principio que ha sido desnaturalizado a partir de la premisa de que el acto se presume legítimo. Como ya lo dije antes, la mentada presunción no significa que sufra un vuelco importante el principio de la carga de la prueba. Cierto es que a quien impugna un acto le incumbe demostrarle al Juez (o al funcionario administrativo) la ilegitimidad de aquél, pero también lo es que antes de sancionar un acto administrativo deben reunirse antecedentes que justifiquen el dictado de ese acto. Si la Administración no probó, al momento del dictado del acto, lo que afirma, le bastará al actor probar en sede judicial o administrativa que en el expediente administrativo no existe prueba de lo que afirma aquélla. Pero no debe necesariamente probar la inexistencia del hecho que no acreditó administrativamente la Administración. Porque no se debe perder de vista que la Administración es titular de la carga de la prueba en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y, no obstante, sin prueba ha dado por probados ciertos hechos, el acto que adoptó es ilegítimo. El particular tendrá la carga de impugnar esta decisión, pero le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la prueba de hacer una prueba contraria, muchas veces virtualmente imposible[16].

Más adelante, al referirse al principio *actori incumbit probatio*, indica que este significa que corresponde, a quien alega, probar. *Incumbe a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de hecho de las normas que invoca a su favor*. "Cabe, pues, a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de la prueba de que los hechos sobre los que se basa son ciertos. Así se atribuye la

[14] BREWER-CARÍAS, A.R.: *Contencioso Administrativo, t. VII de Instituciones Políticas y Constitucionales,* Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pág. 233.

[15] CASSAGNE: *Derecho Administrativo*..., t. II, pág. 321.

[16] HUTCHINSON, T.: "Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo", en AA.VV.: *Acto Administrativo y reglamento,* Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 160.

carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión al actor y de los impeditivos, extintivos y excluyentes en la Administración demandada”[17].

Finalmente, con relación a este punto HUTCHINSON expresa: “El principio general expuesto sobre distribución de la carga de la prueba se establece expresamente en nuestra legislación adjetiva (en el orden nacional, el Art. 377 C.P.C.C.). Ahora bien, desde una interpretación que parte de la presunción de legitimidad de los actos administrativos (p. ej., Art. 12, L.P.P.A.; Art. 101, Ley Nº 141 de T del Fuego) y del carácter revisor del proceso administrativo, se ha colegido que le incumbe al impugnante del acto la carga de la prueba sin distinción alguna. Así, ésta se atribuiría, siempre, a quien afirma que el acto impugnado es ilegítimo, independientemente del carácter (constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente) de los hechos que fundamentan la pretensión. La jurisprudencia ha caído en ese error, incluso en el caso de sanciones administrativas.

De la presunción de legitimidad del acto administrativo, no se puede extraer semejante principio; de aquélla sólo surge que se desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

La presunción de legitimidad del acto no cambia, en principio, la regla que atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos al interesado y de los impeditivos, extintivos y excluyentes a la Administración”[18].

En esta misma línea, DE FREITAS sostiene que la presunción de legitimidad –él la llama de validez– no provoca, como se afirma, la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la Administración Pública, transfiriendo para el ciudadano la carga probatoria. Por el contrario, dice, el único deber del ciudadano es de impugnar el acto administrativo[19]. Y agrega DE FREITAS que, existiendo impugnación, la presunción se invierte, es decir, es la Administración la que debe demostrar la legitimidad de su actuación[20].

Los cuestionamientos de CASSAGNE me parecen aceptables y la argumentación de HUTCHINSON ilevantable, y en buena medida termina con coincidir con DE FREITAS por lo menos en los principales aspectos.

[17] HUTCHINSON: *Breves reflexiones...*, loc. cit., pág. 161.
[18] HUTCHINSON: *Breves reflexiones...*, loc. cit., págs. 162 y sigs.
[19] DE FREITAS, N.J.: *Ato Administrativo. Presunção de validade e a questão do ônus da prova,* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 142.
[20] DE FREITAS: *Ato Administrativo...*, págs. 124 y sigs.

Véase, por otra parte, que en el fondo lo que HUTCHINSON y DE FREITAS procuran es cambiar el significado de los términos *presunción de legitimidad*. En efecto, en la visión de HUTCHINSON y de DE FREITAS, *presunción de legitimidad* no significa que se supone que el acto administrativo es dictado conforme a derecho sino que, una vez dictado el acto, el particular afectado debe impugnarlo para poder evitar sus consecuencias. Creo que esta afirmación no se debe tomar en términos absolutos, pero supone un considerable avance respecto de las consecuencias a que lleva la posición tradicional.

Muy loable es por cierto el esfuerzo de HUTCHINSON para evitar las consecuencias irracionales e inconstitucionales de su ley, según las expresiones de GORDILLO. Para eso, trata de asignarle al artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo un sentido que no coincide con el natural y obvio de los términos empleados.

Pero no parece necesario el esfuerzo de DE FREITAS, puesto que no existe en Brasil un texto de ese tipo[21]. Es notable el esfuerzo de DE FREITAS para evitar las nefastas consecuencias de la presunción de legitimidad del acto administrativo según el sentido natural de estos términos. Pero entiendo que si en Brasil no existe una ley como la argentina, lo que corresponde es no alterar el sentido de las palabras *presunción de legitimidad*, sino simplemente sostener la inexistencia de la *presunción de legitimidad*.

Cae así la tercera de las consecuencias que MARIENHOFF extrae de la presunción de legitimidad.

Queda por analizar solo la primera: la de que no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial.

Dicha afirmación es correcta. No es necesario que en vía jurisdiccional se declare la legitimidad de los actos administrativos para que estos sean aplicados. Pero esto no deriva de la presunción de legitimidad sino de la *ejecutividad*. A tal punto que un acto notoriamente ilegítimo, si es firme y estable, en caso de ser eficaz puede y debe ser ejecutado. Nada tiene que ver al respecto la presunción de legitimidad.

La presunción de legitimidad no sirve, pues, para extraer las cuatro consecuencias que de ella extrae MARIENHOFF.

Como fundamento de la presunción de legitimidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha indicado que ella obedece a que el acto

[21] DE FREITAS: *Ato Administrativo...*, pág. 117.

administrativo proviene de una autoridad o poder[22]. Esta tesis ha sido considerada por HUTCHINSON como *de orden sustancial*[23].

MARIENHOFF rechaza, con acierto, esta postura, y sostiene que si bien la administración debe actuar ajustando su conducta a la ley, en la práctica esto podría no ocurrir[24].

Por eso se pliega a la doctrina que encuentra que el fundamento de la presunción de legitimidad "radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos"[25]. Es la tesis que HUTCHISON denomina *de orden formal*[26].

En tal sentido, señala que "María RIVALTA, recordando a TREVES, al referirse al fundamento de tal presunción de legitimidad, dice que es lógico que dicha presunción sea aceptada, por cuanto el acto administrativo procede de una autoridad pública, que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados; debe observar frecuentemente determinada forma; antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles, siendo entonces necesaria la intervención de varios organismos. Todas esas circunstancias inducen a considerar que en la mayor parte de los casos el acto administrativo se conforma a la ley (María RIVALTA: *La motivazione degli atti amministrativi, páginas 165-166*)"[27].

Esta tesis, a mi juicio, adolece de una gran ingenuidad. Por cierto que las cosas deben ser así, pero no siempre ocurren de ese modo. A esta postura de tipo *formal* cabe en definitiva la misma objeción que a la llamada de tipo *sustancial*.

GORDILLO, reaccionando ante visiones como la de MARIEHOFF, expresó:

> "La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos -aislado, y a veces ni siquiera sumados-, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, de *lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo.

[22] MARIENHOFF: *Tratado...*, t. II, págs. 369 y sigs., nota 377.
[23] HUTCHINSON, T.: *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*, Ushuaia, 1997, pág. 241.
[24] MARIENHOFF: *Tratado...*, t. II, pág. 369.
[25] MARIENHOFF: *Tratado ...*, t. II, pág. 370.
[26] HUTCHINSON: *Procedimiento Administrativo...*, pág. 241.
[27] MARIENHOFF: *Tratado ...*, t. II, pág. 370, nota 378.

> Tiene razón NAVA NEGRETE cuando sostiene que esta situación 'se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona.' Lo grave es que la justicia deja que la Administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.
>
> En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales: a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.
>
> ...el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidiós, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia"[28] [29].

Lo expresado por GORDILLO con relación a Argentina resulta aplicable en el Uruguay, por lo que no se puede seguir la línea de las tesis de orden formal para fundar la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Ante las falencias de estas posturas, un importante sector de la doctrina –MAIRAL[30], CASSAGNE[31] y BARRA[32], por ejemplo– procuran un fundamento de orden práctico: si no existiera la presunción de legitimidad –dicen– toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo, en definitiva al interés público[33].

---

[28] GORDILLO: *Tratado ...*, t. 3, págs. V. 14 y sigs.

[29] Aclaro que estimo que tampoco existe el a veces invocado principio de *presunción de constitucionalidad de la ley*.

[30] MAIRAL, H.: *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. II, págs. 775 y sigs.

[31] CASSAGNE: *Derecho Administrativo ...*, t. II, pág. 321.

[32] BARRA, luego de reiterar los términos de CASSAGNE, agrega: "cuya raíz ética y ontológica parte de la concepción del bien común como causa final del Estado. BARRA, R.C.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, t. 1, págs. 273 y sigs.

[33] Cabe advertir, con todo, que CASSAGNE y BARRA no se despegan del todo del fundamento del poder, ya que además del fundamento práctico indicado sostienen que la presunción de legalidad se basa en la presunción de la legitimidad de todos los actos estatales: ley, sentencia, acto administrativo (CASSAGNE, J. C., ob. cit., t. II, pág. 321; BARRA, R.C., ob. cit., t. 1, pág. 273). MAIRAL, en cambio, rechaza la simetría del acto administrativo con los otros actos

Cont.

MAIRAL explica que prefiere este fundamento diciendo: "si se acepta el mero carácter estatal del acto como base del privilegio, será difícil hallarle un límite; al contrario, fundarlo en razones de conveniencia práctica permite restringir el privilegio a aquellos casos en que tal conveniencia lo exige"[34].

La ventaja señalada por MAIRAL del argumento práctico sobre los otros que podemos llamar ideológicos, ya que en definitiva los argumentos calificados por HUTCHINSON como sustanciales o formales son ideológicos, es innegable. Pero tampoco me parece aceptable. Considero que el riesgo que pretenden evitar MAIRAL, CASSAGNE y BARRA se evita por la *imperatividad* del acto administrativo, como sostiene HUTCHINSON[35], de donde proviene la *ejecutividad*, y no como consecuencia de la presunción de legitimidad.

Esa *imperatividad*, como dice HUTCHINSON, deriva del poder político, el que a su vez deriva de la naturaleza humana. El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político[36]. El poder político está para ser ejercido y acatado, de ahí su *imperatividad*.

Lo dicho respecto del poder político es aplicable al acto administrativo como emanación del poder político. Por eso el acto administrativo es *ejecutivo*.

El acto administrativo goza del régimen de imperatividad. Como dice HUTCHINSON, es ejecutivo, configura una *décision exécutoire* –como dicen los franceses– y debe ser legítimo. Pero no necesariamente es legítimo.

Piénsese por ejemplo en uno de esos casos en que, conforme al artículo 311 de la Constitución, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anuló un

estatales. En tal sentido argumenta que "la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub-legal) y, además, está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestiona su validez. Desde este punto de vista, pues, la asimetría podría llevar a una conclusión contraria en la presunción de legitimidad del acto administrativo." (MAIRAL, N., ob. cit., págs. 775 y sigs.). COMADIRA, por su parte, objeta esta posición de MAIRAL diciendo: "En primer lugar presumir legítimo el acto no importa equiparar, jerárquicamente, el acto a la ley, sino solo afirmar que aquél cumple, supuestamente, con el ordenamiento en el cual se incluye, por supuesto, la ley formal.- En segundo término tampoco la revisión judicial conspira contra la presunción; en todo caso significa que ella puede ser desvirtuada ante el Tribunal. Por lo demás, también las leyes pueden ser revisadas constitucionalmente por el Poder Judicial (COMADIRA, J.R.: *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 26).

[34] MAIRAL: *Control judicial...*, vol. II, págs. 775 y sigs.

[35] HUTCHINSON: *Breves reflexiones...*, loc. cit., pág. 153

[36] ARISTÓTELES: *La política*, Editorial Tor Srl., Buenos Aires, 1965, págs. 7 y sigs.; TOMÁS DE AQUINO: "Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes", en TOMÁS DE AQUINO: *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Editorial Porrúa S.A., México, 1975, págs. 257 y sigs.; SUÁREZ, F.: *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político Hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1966, págs. 31 y sigs.

reglamento en virtud de una sentencia con efectos limitados al proceso. En tal hipótesis, el reglamento no queda extinguido sino simplemente desaplicado para el caso concreto. Podrá así ser aplicado fuera de las partes en ese proceso, pero para esa aplicación sería absurdo invocar una presunción de legitimidad cuando, como se ha visto, el órgano jurisdiccional competente se ha pronunciado por la ilegitimidad.

Por eso un sujeto que no cumple un acto administrativo que considera ilegítimo no puede ser sancionado si luego ese acto es anulado o revocado por razones de legitimidad. Pero si eso no ocurre, ese sujeto sufre las consecuencias por el incumplimiento del acto. En otras palabras, el acto se ejecuta con independencia de su legitimidad: el destinatario del mismo asume el riesgo por sus decisiones[37].

Bien se puede decir con HUTCHINSON que la presunción de legitimidad es técnicamente insostenible[38] y además innecesaria[39], por no ser correctas las consecuencias que de ella se pretende derivar.

La presunción de legitimidad del acto administrativo tiene un origen autoritario[40], es un resabio del absolutismo.

El Estado absolutista surgido luego de la Edad Media, cuando se produce una triple unificación del poder –unificación del poder político, del poder militar y de la hacienda pública–, significó la realización de la noción de soberanía de BODINO[41], en lo interno y en lo externo. El poder del Estado no tenía límites, no estaba sometido al Derecho. Los actos jurídicos estatales, por el solo hecho de constituir una manifestación del poder público –soberano–, no podían ser sino legítimos.

Esta concepción pasó al derecho administrativo continental y por influencia del mismo en general al latinoamericano a través de la revolución francesa, que tuvo en este aspecto una visión autoritaria. La revolución le cortó la cabeza al Rey, trasladó el poder a la Asamblea conforme a las ideas de ROUSSEAU y concibió una justicia administrativa, por lo menos en sus comienzos, más protectora de las prerrogativas de la Administración, tal como lo sugiere el título del conocido libro de MESTRE[42], que de los derechos humanos. Al

[37] GORDILLO: *Tratado* ..., t. 3, págs. V. 20 y sigs.
[38] HUTCHINSON: *Breves reflexiones*..., loc. cit., pág. 150.
[39] HUTCHINSON: *Breves reflexiones*..., loc. cit., págs. 153 y sigs.
[40] HUTCHINSON: *Breves reflexiones*..., loc. cit., pág. 150.
[41] BODINO definía la soberanía como "la puissance absolue et perpétuelle d'une République." (BODIN, J.: *Les six livres de la République*, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, pág. 46.
[42] MESTRE, A.: *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, París, 1974.

tratar estos temas, HUTCHINSON dice, con razón, que reflejan la oculta raíz autoritaria, termidoriana, del Derecho Administrativo francés[43]. Y yo agregaría napoleónica, puesto que el Consejo de Estado es creado por la Constitución del AÑO VIII, más allá de sus remotas raíces que llegan hasta el Consejo del Rey del Antiguo Régimen.

Pero esta concepción es incompatible con el Estado Constitucional de Derecho previsto en nuestra Constitución[44]. En esta línea, Sergio FERRAZ y Adilson ABREU DALLARI indicaron que la presunción de legitimidad

> é um reflexo brutal do autoritarismo, característica da Administração Pública brasileira, utilizado como instrumento de satisfação de intereses particulares, mas que não pode ser mantido, pelo menos com a mesma configuração e intensidade, nos tempos atuais, pois o Estado de Direito não convive com meios de favorecimento ao arbitrio, e a emergencia do conceito de cidadania é incompatible com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão ao qual pertençam[45].

Por las razones expuestas no cabe admitir la presunción de legitimidad de los actos administrativos en nuestro derecho, sobre todo ante la ausencia de ley expresa al respecto, como la que se ha visto existe en Argentina.

Véase además que con la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo menos en la forma que se pretende aplicar en el Uruguay, se desconocen claros principios generales del derecho.

Así, por ejemplo, la presunción de legitimidad implica el desconocimiento del principio de oficialidad o de instrucción expresamente recogido en el artículo 2, literal c) del decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991, principio instrumental ligado al de verdad material[46], ya que procura que el acto administrativo resultante del procedimiento se ajuste a la verdad. Bien decía CAJARVILLE PELUFFO: "En el principio de impulsión de oficio, en su relación con el de verdad material, está implícito el *principio de instrucción*, que impone a la Administración el deber de realizar todas las diligencias probatorias necesarias para esclarecer la realidad de los hechos relevantes"[47].

[43] HUTCHINSON: *Breves reflexiones*..., loc. cit., pág. 150.
[44] DURÁN MARTÍNEZ: *La presunción de legitimidad*..., loc. cit., pág. 242.
[45] Citado por DE FREITAS: *Ato administrativo*..., pág. 137.
[46] FRUGONE SCHIAVONE, H.: "Principios del procedimiento administrativo", en AA.VV.: *El Nuevo procedimiento administrativo*, Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, Montevideo, 1991, 2º edición, págs. 31 y sigs.
[47] CAJARVILLE PELUFFO, J.P.: "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en CAJARVILLE PELUFFO, J.P.: *Sobre Derecho Administrativo*, Segunda edición ampliada. F.C.U., Montevideo, 2008, t. II, pág. 191.

Y también decía, con razón, que "el principio de verdad material no autoriza a prescindir de la prueba"[48].

Cuestionada en vía administrativa la legitimidad de un acto administrativo por un particular, la Administración no se puede descansar en el seudo principio de presunción de legitimidad y esperar que el particular pruebe el vicio del acto. Debe de oficio investigar la cuestión a los efectos de averiguar la verdad. La Administración tiene el deber de buscar la verdad.[49] Por eso, con acierto, también observaba CAJARVILLE PELUFFO que "el deber de instruir debidamente y de resolver conforme a la verdad material descarta en el procedimiento administrativo la aplicación de los principios de carga de la prueba propios del procedimiento civil"[50].

Es importante tener en cuenta el acápite del artículo 2 del decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que antecede a los principios generales que rigen la actuación administrativa que a continuación enumera. Ese acápite dice: "La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:"

Este texto se inspira claramente en el artículo 103 de la Constitución española cuyo primer inciso dice: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

Teniendo en cuenta este artículo y coordinándolo con el 106[51], MARTÍN REBOLLO afirma que la Constitución concibió una Administración eficaz y controlada[52].

Aunque en nuestra Constitución no existe un texto del mismo tenor que el español, del contexto de la Carta se desprende la misma afirmación[53].

[48] CAJARVILLE PELUFFO: "Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del MERCOSUR. Principios del Procedimiento Administrativo de los órganos del MERCOSUR", en CAJARVILLE PELUFFO: *Sobre Derecho*..., t. II, pág. 154.
[49] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "La prueba en el procedimiento administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Administrativ* ..., pág. 146.
[50] CAJARVILLE PELUFFO: *Introducción*..., loc. cit., pág. 192.
[51] El primer inciso del artículo 106 dice: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican."
[52] MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, 13ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 163.
[53] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en DURÁN MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Público*, vol. II, págs. 15 y sigs.

"La Administración existe para servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho objetivo. Esa es su razón de ser, el fin que justifica su existencia. Este principio rige por ello toda la actividad de la Administración, y por supuesto también la instrumental en que consiste el procedimiento administrativo"[54]. Por eso este principio, aunque esté enunciado en nuestro país en un decreto del Poder Ejecutivo, no tiene valor y fuerza de reglamento. Los principios, por el hecho de ser recogidos en un texto de derecho positivo, no dejan de ser principios[55]. En el caso, pues, este principio tiene por lo menos valor y fuerza de Constitución. Y ese mismo valor y fuerza tienen los principios expresamente enumerados en el artículo 2 del citado decreto Nº 500/991, puesto que en definitiva derivan del consignado en el acápite.

Siendo así las cosas, si la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, si debe actuar con sometimiento pleno a derecho, si su actividad es controlada jurisdiccionalmente, no se puede por principio presumir la legitimidad de los actos administrativos.

La Administración debe siempre procurar la verdad. Si no lo hace y se descansa en la presunción de la legitimidad de sus actuaciones, desconoce los principios de oficialidad, verdad material y legalidad objetiva. Y si se produce una impugnación jurisdiccional, el Juez administrativo no puede evitar verificar el cumplimiento de estos principios y en general no puede dejar de controlar si la Administración sirvió con objetividad los intereses generales y actuó con sometimiento pleno al Derecho. No puede así el Juez administrativo escudarse en esa inexistente presunción de legitimidad para incumplir con su deber.

Si en el marco de una acción anulatoria el Tribunal de lo Contencioso Administrativo advierte que el fundamento jurídico invocado por el actor no es correcto, pero que corresponde la anulación por otro vicio no señalado en la demanda, debe anular; no puede invocar la presunción de legitimidad y confirmar el acto. El principio *jura novit curia* impone la solución propiciada.

Por otro lado, las diligencias probatorias de oficio previstas en el artículo 73 y segundo inciso del artículo 78 del decreto-ley Nº 15.524, de 9 de enero de 1984, y las medidas para mejor proveer previstas en el artículo 81 del mismo decreto-ley[56], demuestran que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

[54] CAJARVILLE PELUFFO: *Garantías constitucionales*..., loc. cit., pág. 153.

[55] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona humana*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 85; DURÁN MARTÍNEZ, A.: "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", en DURÁN MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Público*..., vol. II, págs. 261 y sigs.

[56] "**Artículo 73.** Si la parte demandada no opone las excepciones referidas en el artículo 66, evacuado el traslado de la demanda o acusada rebeldía, el Tribunal procederá en la forma prevista

Cont.

si tiene dudas, no puede ampararse en la cómoda *presunción de legalidad* sino que debe emplear todos los medios que la ley puso a su alcance para averiguar la verdad. Esas normas confieren *poderes-deberes* al Tribunal, que no puede dejar de ejercer cuando las circunstancias lo requieran para averiguar la verdad.

Tampoco el Juez ordinario se puede descansar en la tan a menudo invocada *presunción de legitimidad* del acto administrativo.

Como bien ha expresado GORDILLO,

> el juez no puede, sin abdicar de la más elemental de su función que es *decir el derecho*, y partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder o la administración, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso inicial y también último es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se halla el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución Nacional.- Ese es el compromiso de un juez, que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común[57].

A esos males denunciados por GORDILLO lleva la presunción de legitimidad del acto administrativo, pues partir del principio de que el acto administrativo es legítimo significa privilegiar a este respecto a las reglas de derecho supravalentes. Esto significa privilegiar a la Administración frente a los otros Poderes en claro desmedro de los derechos humanos, lo que es inadmisible

en el artículo 67, cuando correspondiere.
En caso contrario, si las partes hubiesen ofrecido prueba o el Tribunal lo considerase necesario por entender que los hechos expuestos son de indudable trascendencia para la resolución del pleito, o no haber acuerdo de las partes sobre los mismos, se abrirá la causa a prueba por el término de sesenta días.
El Tribunal podrá ordenar las diligencias probatorias y solicitar los informes que considere conducentes."
"**Artículo 78.** Los representantes de las personas jurídicas de derecho público y los apoderados que comparezcan en juicio por las mismas, no pueden ser citados a absolver posiciones.
Sin embargo, el Tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, requerir de aquélla informes escritos sobre hechos cumplidos por las personas físicas que las integran o representan, concernientes a la materia en cuestión y la exhibición y entrega de cosas o documentos en su poder, cuando su conocimiento se estime necesario a los fines del proceso."
"**Artículo 81.** Después del decreto de conclusión de la causa, quedará cerrada toda discusión; no podrán admitirse alegatos escritos ni verbales, ni producirse más prueba ni aún por medio de posiciones, salvo las que el Tribunal creyere oportunas para mejor proveer, o solicitare un Ministro para mejor estudio.
La prohibición no alcanza al desistimiento de la acción ni al pedido de clausura que se presente por haber sido revocado el acto en sede administrativa por razones de legalidad."
[57] GORDILLO: *Tratado...*, t. 3, pág. V. 29.

en el Estado Constitucional de Derecho. La Administración puede tener prerrogativas, no privilegios; pero esas prerrogativas existen en consonancia con el ordenamiento jurídico sin que puedan significar su alteración, que es precisamente lo que produce la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Por último, no puede perderse de vista que uno de los aspectos que legitima democráticamente al órgano jurisdiccional, como acertadamente lo destacó recientemente VAN ROMPAEY, es "la argumentación razonable y racional que debe motivar o fundamentar sus fallos."[58] Es obvio que esto no se logra con una fundamentación basada en la *presunción de legitimidad* del acto administrativo.

La objeción democrática que a menudo se le hace al Juez que controla los actos estatales, por lo menos los dictados por los órganos representativos, se contesta fácilmente en nuestro medio por las potestades que la Nación directamente ha conferido al órgano jurisdiccional por medio de la Constitución. Pero eso no basta. La legitimación de origen es necesaria pero no suficiente; es preciso la legitimación que proviene del ejercicio de la función, y en el ámbito jurisdiccional ella proviene de la argumentación.

Las presunciones son útiles en el ámbito jurídico solo en la medida en que no se distorsione la realidad. Como bien ha expresado DE FREITAS, el derecho fue concebido para el hombre real y no para el hombre presunto[59]. La presunción de legitimidad del acto administrativo, tal como es tomada en nuestro país, prescinde de la realidad y afecta o, más bien, evita la argumentación, con lo que deslegitimiza la sentencia dictada con esa apoyatura. Y la cosa es aun peor cuando, como sucede en nuestro país, se invoca la *presunción de legitimidad* para desconocer la *presunción de ilegitimidad* impuesta por el artículo 6 de la ley Nº 15.869, de 22 de junio de 1987[60], puesto que al hacerlo se desconoce abiertamente la ley.

5. CEA EGAÑA advirtió con razón que la conquista más importante del neoconstitucionalismo es la protección judicial de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales frente a la ley y demás actos estatales, además de, por supuesto, frente a actos de los particulares[61].

[58] VAN ROMPAEY, L.: "Justicia y sociedad", en *LA LEY URUGUAY*, año I, Nº 1, octubre 2008, pág. 2.

[59] DE FREITAS: *Ato administrativo*..., pág. 145.

[60] Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 534, de 4 de setiembre de 2002; DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, págs. 227 y sigs.; DURÁN MARTÍNEZ: *La presunción*..., loc. cit., pág. 251.

[61] CEA EGAÑA, J.L.: "Legitimación de la democracia por el nuevo constitucionalismo", en *Estudios Jurídicos*, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, Nº 4, pág. 29.

Los jueces tienen así hoy en día una gran responsabilidad, mucho mayor que en otros tiempos. Son guardianes del Derecho, aunque no señores del Derecho. Son "los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre, ley, derechos y justicia"[62].

Los jueces deben ser conscientes de esto y actuar en consecuencia. Si se razona en base a la presunción de legitimidad de los actos administrativos o, en su caso, legislativos, mal paso daríamos, pues eso convierte al controlado en *señor* del controlador, lo que es incompatible con una adecuada tutela de los derechos humanos.

[62] ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 153.

ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERADOR DE DERECHOS

Carlos E. Delpiazzo

I. Determinación del objeto de estudio

La determinación del objeto de estudio refiere al alcance de la estabilidad del acto administrativo, especialmente cuando el mismo ha generado derechos adquiridos. Por lo tanto, el punto de partida de este análisis no puede ser otro que los dos términos de la cuestión bajo examen.

A. La estabilidad del acto administrativo

Proclamado como uno de los caracteres actuales del acto administrativo, la estabilidad del mismo merece ser analizada desde un triple enfoque: conceptual, de Derecho comparado y de Derecho positivo nacional.

Desde el punto de vista conceptual, sabido es que históricamente algunos autores han postulado la existencia de una "cosa juzgada administrativa", como prolongación o extensión de la cosa juzgada que es atributo de las sentencias.

Si bien tal expresión no ha sido usada por la doctrina y jurisprudencia nacionales, que han preferido referirse a la estabilidad o inmutabilidad del acto administrativo, es preciso realizar algunos deslindes terminológicos y de fondo a fin de delimitar el preciso alcance de este carácter. En tal sentido, se impone distinguir las nociones de definitividad, firmeza y estabilidad[1].

En primer lugar, la *definitividad* refiere al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos administrativos pertinentes, como requisito previo para deducir la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo[2].

---

[1] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Uruguayo*, Porrúa - UNAM, México, 2005, págs. 154 y 155.
[2] GIORGI, H.: *El contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, 1958, págs. 161 y 162.

Conforme a nuestra Constitución, un acto administrativo adquiere la nota de definitividad cuando respecto de él se ha agotado la vía administrativa por medio de la interposición de los recursos correspondientes y la autoridad competente se ha pronunciado (expresa o fictamente) sobre los mismos (arts. 309, 317, 318 y 319).

Coincidentemente, el art. 24 del decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 15.524 de 9 de enero de 1984 establece que "Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta sobre el o los recursos que correspondan... Dichos actos constituyen la última expresión de voluntad" de la Administración.

En segundo lugar, la *firmeza* dice relación con la inimpugnabilidad del acto administrativo, situación que se produce en alguno de los tres momentos siguientes[3]:

a) si no se recurre en tiempo contra un acto administrativo originario;

b) si no se deduce la acción de nulidad en tiempo contra un acto administrativo definitivo; y

c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso administrativa que confirma un acto impugnado.

Quiere decir que las nociones de definitividad y de firmeza no coinciden ya que puede haber actos definitivos que no sean firmes (como cuando, agotada la vía administrativa, no se produjo aún la caducidad del plazo para deducir la acción de nulidad) y puede haber actos firmes que no sean definitivos (como cuando no se interponen los recursos administrativos pertinentes en tiempo).

En tercer lugar, la *estabilidad* refiere a la inmutabilidad de la situación creada por el acto administrativo y no deriva de la definitividad ni de la firmeza del mismo sino de las reglas de fondo que rigen esa situación y, en particular, de la existencia de derechos adquiridos. Su fundamento radica en la seguridad jurídica[4].

Desde el punto de vista del Derecho comparado, superada la etapa de la revocación sin límites del acto administrativo, la legislación de algunos

[3] CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Recurso erróneo contra un acto administrativo firme", en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 55, págs. 36 y sigts.

[4] DURAN MARTINEZ, A.: "Cosa juzgada administrativa", en BARRIOS DE ANGELIS, D. y DURAN MARTINEZ, A.: Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa. Montevideo, 1998, págs. 31 y 32.

países muestra hoy soluciones de revisión limitada en atención a la existencia de derechos adquiridos[5].

Así, en *Argentina*, la ley nacional de procedimientos administrativos Nº 19.549, con las reformas introducidas por la ley Nº 21.686, dispone en su art. 17 que "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa". Pero agrega: "No obstante, si el acto estuviera firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad"[6].

De este modo, superando la doctrina tradicional imperante hasta mediados del siglo XX[7], la norma se inscribe en la línea de los autores que proclaman que la revocabilidad del acto administrativo no es inherente a su esencia ni puede constituir la regla sino que es una medida de excepción en casos concretos y ante norma expresa[8].

Por su parte, en *España*, la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común Nº 30/1992, prevé en su art. 106 que "Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Comentando esta disposición, se ha señalado que la misma constituye una ratificación del carácter restrictivo con que debe ejercitarse la potestad revisora ya que "el enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto a que alude la vieja máxima summum ius, summa iniuria"[9].

[5] DROMI, J. R.: *Revisión del acto administrativo*, UNSTA, Tucumán, 1981, pág. 55.
[6] COMADIRA, J. R.: *Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, tomo I, págs. 333 y sigts.; *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 151 y sigs.; y *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 183 y sigs.
[7] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964, tomo II, 6ª edición, pág. 122.
[8] LINARES, J. F.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 343 y sigs.; MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, tomo II, págs. 579 y sigs.; GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, F.D.A., Buenos Aires, 1999, tomo 3, 4ª edición, cap. VI; y CASSAGNE, J. C.: Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, tomo II, 5ª edición, págs. 271 y sigs.
[9] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, tomo I, 12ª edición, págs. 668 y 669.

Desde el punto de vista del Derecho nacional, a falta de texto expreso positivo, es preciso acudir a los principios generales de Derecho –también regla de Derecho[10] – y, entre ellos, al principio de seguridad, que es el fundamento de la estabilidad del acto administrativo.

Según se ha enseñado, "Cuando la Administración se aboca a decidir sobre la revocación o reforma de un acto administrativo, sus potestades en cuanto al fondo pueden depender de dos factores: a) la estabilidad del acto recurrido, y b) la circunstancia de que el órgano actuante proceda de oficio o medie la interposición válida de recursos administrativos". Con relación al primer aspecto, "No todo acto administrativo es discrecionalmente revocable o modificable por la Administración; algunos adquieren un grado mayor o menor de inmutabilidad, de manera que la Administración no puede revocarlos o modificarlos espontáneamente, o no puede hacerlo sino en determinadas condiciones. No se trata de la firmeza del acto, sino de su estabilidad. La firmeza sólo tiene relación con la impugnabilidad del acto, y no con su revocabilidad o mutabilidad. La estabilidad, en cambio, refiere a la inmutabilidad de la situación creada por el acto, y depende de las reglas de fondo que rigen esa situación. La falta de firmeza –impugnabilidad – del acto no autoriza a la Administración a revocarlo o modificarlo, si las normas de fondo no se lo permiten; y a la inversa, la firmeza –inimpugnabilidad – del acto, no impide a la Administración modificar la situación, si ésta carece de estabilidad"[11].

Coincidentemente, aún quienes admiten a nivel comparado que la Administración está obligada a revocar sus actos ilegítimos, señalan límites a ese proceder cuando se trata de actos ampliatorios de derechos del administrado, tales como el transcurso del tiempo y la buena fe[12].

B. Los derechos adquiridos

El segundo término de la cuestión refiere a los derechos adquiridos por el administrado a partir del dictado de un acto administrativo.

Según se ha dicho, si bien la noción de derecho adquirido aparece muchas veces como algo inasible, es posible llegar a comprenderla fácilmente desde

[10] DELPIAZZO, C. E.: "Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo", en *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Netbiblo, La Coruña, 2008, pág. 607 y sigs.
[11] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: Sobre Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 2007, tomo II, págs. 124 y 125.
[12] ZANCANER, W.: Da convalidacao e da invalidacao dos atos administrativos, Malheiros, Sao Paulo, 2008, págs. 73 y sigs.

la realidad, a partir de la observación de la cual puede afirmarse que "se ha adquirido un derecho cuando ha ingresado al patrimonio de un sujeto"[13].

Por eso, el derecho adquirido se traduce en una situación jurídica más favorable que la situación precedente[14] y una vez que ha entrado en el dominio de alguien forma parte de él y no puede serle arrebatado por aquel de quien lo tiene[15]. De ocurrir tal cosa, se comprometería severamente la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante[16].

Es que "desde el momento en que un acto crea un derecho o da nacimiento a una situación jurídica, sus efectos jurídicos son incorporados, entran al patrimonio individual de cada sujeto, formando parte de su estatuto personal. En íntima relación con ese estatuto personal se encuentra un valor que constituye un instrumento jurídico para su defensa: es la seguridad jurídica"[17]. La misma es uno de los valores que persigue el Derecho y se concretiza por la existencia, en un ordenamiento jurídico dado, del conocimiento cierto de las normas aplicables –certeza de las reglas de Derecho aplicables– y de la inmutabilidad de esas mismas normas o de los efectos nacidos de su aplicación, que aseguren la estabilidad de las situaciones creadas[18].

Siendo así, no puede volverse sobre lo ya incorporado y obtenido para suprimirlo sin consecuencias por cuanto, si ello ocurre, queda inevitablemente comprometida la legitimidad del acto de desconocimiento o supresión[19].

II. Alcance de la revocabilidad del acto administrativo

El examen de la revocabilidad del acto administrativo supone referirse al concepto de revocación, las razones y vías que la habilitan y la incidencia del principio de seguridad jurídica como fundamento de la estabilidad del mismo.

[13] SOTO KLOSS, E.: *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo II, págs. 224 y sigs.
[14] RIVERO, J.: *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1980, págs. 102 y 103.
[15] GARCIA MAYNEZ, E.: *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1960, pág. 390.
[16] DROMI, J. R.: *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Temis, Bogotá, 1980, págs. 17 y 20.
[17] SOTO KLOSS, E.: Derecho Administrativo, cit., tomo II, pág. 222.
[18] SOTO KLOSS, E.: "Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho público chileno", en A.A.V.V.: *Derecho y seguridad jurídica*, Santiago, 1983, pág. 91 y sigs.
[19] BRITO, M. R.: "Los derechos adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia", en *Anales del Foro*, Nº 88-89, pág. 52.

A. Concepto y naturaleza de la revocación

La doctrina clásica del Derecho administrativo uruguayo estudia la revocación como una de las formas de extinción del acto administrativo, junto a la anulación[20].

Así, se ha dicho que se trata de "un acto jurídico administrativo esencialmente derivado que destruye total o parcialmente un acto primitivo en función de mérito o juridicidad"[21].

Para diferenciarla de la anulación, **desde el punto de vista conceptual**, antes de ahora he sistematizado el estado de la cuestión acudiendo a tres criterios principales[22], a saber:

a) de acuerdo al criterio orgánico, cuando la extinción del acto opera mediante la actuación de un órgano administrativo se denomina revocación, mientras que cuando tiene lugar por obra de un órgano jurisdiccional se llama anulación;

b) conforme al criterio de la función, se entiende que hay revocación cuando la extinción del acto tiene lugar en ejercicio de la función administrativa mediante otro acto administrativo, en tanto que hay anulación cuando la extinción se verifica en ejercicio de la función jurisdiccional mediante el dictado de una sentencia; y

c) según el criterio del motivo, se sostiene que hay revocación cuando la extinción del acto administrativo obedece a razones de mérito y que hay anulación cuando ella responde a razones de juridicidad.

Sin perjuicio de tales deslindes doctrinarios, **atendiendo a nuestro Derecho positivo**, resulta que ninguno de ellos se ajusta a la Constitución ya que, de acuerdo a la misma, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (órgano jurisdiccional) anula actos administrativos mediante sentencia dictada al cabo de un proceso en ejercicio de función jurisdiccional, por razones de legitimidad (art. 309) mientras que el Poder Ejecutivo (órgano administrativo) también anula actos administrativos mediante acto administrativo, por razones de legitimidad, cuando resuelve el llamado recurso de anulación interpuesto contra los actos de los órganos de los Servicios Descentralizados (art. 317).

[20] SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1959, tomo I, págs. 516 y sigs.
[21] MENDEZ, A.: "Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación", en *La Justicia Uruguaya*, tomo XVIII, pág. 27.
[22] DELPIAZZO: *Derecho Administrativo*..., págs. 168 y 169.

En función de tales disposiciones de máximo rango normativo, se ha diferenciado a la anulación de la revocación, señalando que la primera apunta a la validez del acto (o sea, a la regularidad jurídica de sus componentes) mientras que la segunda apunta a la eficacia del acto (es decir, a su capacidad de producir efectos)[23].

A su vez, considerando la terminología empleada por el decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 15.524 de 9 de enero de 1984, se ha postulado que la revocación es la extinción del acto administrativo por el mismo órgano que lo dictó o por su jerarca (arts. 32, inc. 1º, 36 y 95), la que puede ser total o parcial (art. 36), tanto por razones de mérito o de legitimidad (art. 95), mientras que la anulación es la extinción por un órgano ajeno al sistema orgánico, en ejercicio de función administrativa (art. 32, inc. 3º) o jurisdiccional (arts. 28 y 29)[24].

B. Razones y vías de revocación

Es valor entendido que la revocación del acto administrativo puede obedecer a razones de juridicidad o de mérito y que la misma puede verificarse, según los casos, de oficio o a iniciativa de parte, mediando recursos administrativos o no[25].

Por lo que refiere a la revocación por **razones de juridicidad**, la misma obedece al desajuste del acto administrativo a la regla de Derecho (ilegitimidad) y respecto a su procedencia cabe distinguir según se hayan interpuesto o no recursos administrativos.

No mediando la interposición de recursos administrativos, un sector de la doctrina[26], seguido por la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo[27], postula que desde que la Administración tiene conocimiento de la ilegitimidad de un acto administrativo causante de su invalidez, tiene el deber de revocarlo para ajustar su actuación al Derecho.

[23] DURAN MARTINEZ, A.: "Algunas reflexiones sobre la revocación y la anulación de los actos administrativos en el Derecho Administrativo uruguayo", *en Anales del Foro*, Nº 72-73, págs. 112 y sigs.; y "Revocación del acto administrativo", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IV, Nº 21, págs. 159 y sigs.
[24] CAJARVILLE PELUFFO: *Sobre Derecho*..., págs. 120 y 121, nota 7.
[25] DELPIAZZO: *Derecho Administrativo*..., págs. 167 y 168.
[26] SAYAGUES LASO: *Tratado de Derecho*..., pág. 521. REAL, A. R.: "Extinción del acto administrativo creador de derechos", en *Estudios de Derecho Administrativo*, C.E.D., Montevideo, 1967, tomo II, págs. 33 y sigs., y *Nuevos estudios de Derecho Administrativo*, Acali, Montevideo, 1976, págs. 84 y sigs. PRAT, J. A.:- "Revocación, suspensión y omisión del acto administrativo", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año X, Nº 1-2, pág. 688.
[27] Ver reseña en: CAJARVILLE PELUFFO: *Sobre Derecho*..., Tomo II, pág. 126, nota 18.

En cambio, la mayoría de los autores[28], seguida por jurisprudencia aislada[29], entiende que la Administración tiene discrecionalidad para disponer la revocación por ilegitimidad ya que sostener que la misma es un acto debido para la Administración equivaldría a dejar sin sentido los plazos previstos por la Constitución y la ley para recurrir administrativamente y deducir la acción de nulidad, porque bastaría presentar en cualquier momento una denuncia de ilegitimidad para que la Administración debiera revocar.

En mi opinión, no existiendo una solución de Derecho positivo, es preciso concluir que la revocación por ilegitimidad de un acto administrativo firme es una facultad discrecional que sólo puede ser ejercida cuando imperen graves razones de interés público, sin perjuicio de la estabilidad del acto a que se hará referencia más adelante.

Mediando la interposición de recursos administrativos fundados en la ilegitimidad del acto, la revocación constituye un acto debido[30].

En todos los casos, los efectos de la revocación por razones de legitimidad se proyectan hacia el pasado "ex tunc".

En cuanto a la revocación por **razones de mérito**, ella no obedece a fundamentos de juridicidad sino de ajuste a máximas de orientación política no cristalizadas en normas de Derecho, satisfaciendo los valores de oportunidad, conveniencia, utilidad y justicia en la realización de los fines públicos.

Medie o no la interposición de recursos administrativos, los límites de la discrecionalidad administrativa para revocar por razones de mérito están dados por la estabilidad del acto administrativo[31].

Ordinariamente, los efectos de la revocación por razones de mérito operan sólo para el futuro, "ex nunc".

[28] BARBE PEREZ, H.: "El poder de revocar los actos administrativos", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XIV, Nº 2, págs. 223 y 224. CASSINELLI MUÑOZ, H.: "Exposición en las Jornadas de Derecho Comparado Chileno Uruguayas", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año X, Nº 1-2, pág. 334. DURAN MARTINEZ: Revocación del acto..., pág. 175. SAPOLINSK,I J. R.: "Vicios de la contratación administrativa", en INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO: *Actualidad de la Contratación Administrativa*, F.C.U., Montevideo, 2000, pág. 83. ROTONDO TORNARIA, F.: *Manual de Derecho Administrativo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000, pág. 221. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Invalidez de los actos administrativos*, Editorial Universidad, Montevideo, 1984, pág. 11, aunque rectificó su opinión en *Sobre Derecho Administrativo...*, Tomo II, pág. 128 y sigs

[29] Ver: *La Justicia Uruguaya*, tomo 132, caso Nº 15.166.

[30] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Recursos Administrativos" (F.C.U., Montevideo, 2000), 3ª edición, pág. 251. DURAN MARTINEZ: *Revocación del acto...*, pág. 167.

[31] NESSAR DE LENOBLE, S.: "La revocación de oficio de los actos administrativos", en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo X, págs. 119 a 122.

C. Incidencia de la seguridad jurídica como principio general de Derecho

Como ya he tenido oportunidad de señalarlo en reiteradas oportunidades[32], la primera de las disposiciones de la Sección II de nuestra Constitución, titulada "Derechos, deberes y garantías", prevé que "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, *seguridad*, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general" (art. 7º).

Según lo destacara el máximo comentarista de nuestra Carta constitucional, "El derecho a la protección de la seguridad es un concepto muy amplio, que abarca el derecho a ser amparado por todas las normas de garantía relativas a los demás derechos constitucionalmente consagrados, y por las disposiciones legales que se dicten con la misma finalidad, en ejecución de los mandatos del constituyente"[33].

Más adelante, la Constitución particulariza respecto a distintos aspectos de la seguridad, tales como la *seguridad individual* (art. 31), la *seguridad en lo exterior* (art. 168, num. 1º), la *seguridad social* (art. 195) y la *seguridad pública* (art. 262).

Respecto a la noción de **seguridad**, cabe decir que "Es un sustantivo que traduce un estado institucional y/o personal. Proviene del latín securitas que dice de sus propiedades o de los componentes de lo propio, en tanto se refiere a lo cierto, lo confiable, lo indemne, lo conocido, lo indubitable, lo responsable, lo sólido, lo infalible, lo estable, lo continuo, lo transparente, lo tranquilo, lo protegido, lo amparado, de y en la vivencia y la convivencia"[34].

La misma se traduce "como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho"[35].

---

[32] DELPIAZZO, C. E.: "El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual", en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 2007, Año VI, Nº 11, págs. 7 y sigs., y en *Derecho Informático*, F.C.U., Montevideo, 2007, tomo VII, págs. 25 y sigs.; y *Derecho Administrativo Especial*, A.M.F., Montevideo, 2006, volumen 1, págs. 289 y sigs.

[33] JIMENEZ DE ARECHAGA, J.: *La Constitución Nacional*, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991, tomo I, pág. 340.

[34] PAREJO ALFONSO, L. y DROMI, R.: *Seguridad pública y Derecho administrativo*, E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001, pág. 201.

[35] FERNANDEZ RUIZ, J.: "Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad", en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo X, pág. 39.

Apreciada en sus caracteres, la seguridad como indicativa de la calidad de seguro, es decir, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, busca la salvaguarda de la unicidad de la persona humana, es reclamo de su dignidad inherente, y no halla su razón de ser en el Estado ni en la sociedad sino en el hombre como fin[36].

Dentro de tal concepto genérico de seguridad, la **seguridad jurídica** alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento[37], no sólo en las relaciones jurídicas entre particulares sino especialmente en las relaciones entre el ciudadano y el Estado.

Según se ha dicho, la seguridad jurídica tiene un componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, y en su aspecto subjetivo tiene en cuenta la confianza puesta por la persona en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo[38].

Precisamente, el fundamento de la estabilidad del acto administrativo radica en la seguridad jurídica, reconocida como principio general de Derecho por el art. 72 de la Constitución[39].

Si bien podría cuestionarse la inmutabilidad cuando el acto administrativo es ilegítimo, lo cierto es que –como acertadamente se ha destacado– "la cuestión no se resuelve oponiendo sin más seguridad jurídica vs. legitimidad porque ¿no se compromete acaso la legitimidad cuando se quebranta la seguridad?"[40]. Es que, según la enseñanza de la jurisprudencia francesa a partir del caso de la Dame Cachet, aún cuando por un lado parece deseable que los actos ilegales puedan ser dejados sin efecto por la Administración cuando ésta percibe la ilegalidad cometida, por otro lado la seguridad jurídica se vería seriamente comprometida si derechos adquiridos por los particulares, aún irregularmente, pudieran en cualquier momento ser cuestionados por la Administración[41].

---

[36] BRITO, M. R.: "Seguridad. Visión desde una óptica unitaria", en FERNANDEZ RUIZ, J. (Coordinador): *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005, págs. 591 y sigs.

[37] CASTILLO BLANCO, F. A.: "El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho", en *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, 2002, Nº 263-264, pág. 33.

[38] COVIELLO, P. J. J.: *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, págs. 293 y sigs., y "La confianza legítima", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías*, FUNEDA, Caracas, 2004, tomo I, págs. 295 y sigs.

[39] DURAN MARTINEZ: *Cosa juzgada...*, pág. 32 y sigs.

[40] BRITO, M. R.: *Los derechos adquiridos en la reciente...*, pág. 55.

[41] DURAN MARTINEZ, A.: "Del fallo Dame Cachet al Decreto Nº 83-1025 de 28 de noviembre de 1983", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo III, Nº 18, págs. 377 y sigs.

Aún desde el punto de vista de la llamada teoría de la ponderación de intereses, cuando se contraponen el interés general en eliminar un acto administrativo ilegítimo y el interés privado en el mantenimiento de la posición jurídica otorgada por aquél, la mera disconformidad del acto con el ordenamiento aplicable no legitima su revocación porque ese conflicto de intereses es traducción de la oposición entre los principios de juridicidad y de seguridad jurídica, la que debe resolverse no en términos de automatismo sino de conciliación, tal como lo hace la jurisprudencia comunitaria europea al respecto[42].

En nuestro Derecho, la seguridad jurídica sustenta la estabilidad del acto administrativo, porque sostener el deber de la Administración de revocar los actos ilegítimos generadores de derechos, sería dejar sin sentido los plazos previstos por la Constitución y la ley para recurrir administrativamente y deducir la acción de nulidad. Si el acto ha adquirido firmeza, para su revocación no bastará alegar su ilegitimidad sino que deberá contemplarse si ello es posible en atención a las situaciones jurídicas favorables creadas por el mismo. En cambio, si el acto no ha adquirido firmeza, debe tenerse en cuenta que los recursos levantan las restricciones a la estabilidad del acto, debiendo distinguirse –según se hizo antes (supra: III-1)– si los mismos responden a razones de legitimidad o de mérito.

Coadyuvantemente, el principio de confianza legítima es también un límite al principio de juridicidad para evitar que el rigorismo de éste pueda afectar a los particulares que hubieran creído en la validez de la conducta de la Administración, aún cuando se tratara de actos ilícitos[43].

III. Conclusión

De las consideraciones hasta aquí expuestas fluye naturalmente la conclusión de que la estabilidad del acto administrativo impide la revocación de oficio ni aún por razones de legitimidad del acto generador o ampliatorio de derechos adquiridos de buena fe por quien confió en la Administración.

Dicha conclusión resulta abonada por el principio personalista y la servicialidad de la Administración que caracterizan nuestro régimen jurídico.

[42] SANTIESTEBAN, A.: "La revocación de los actos administrativos comunitarios en la jurisprudencia comunitaria", en SOSA WAGNER, F. (Coordinador): "El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, tomo II, pág. 1625 y sigs.
[43] COVIELLO: La protección de la confianza..., pág. 15.

En efecto, la Constitución uruguaya está cimentada en la **centralidad de la persona humana**[44], a partir de la cual se reconocen los derechos fundamentales y se edifica el sistema del Estado de Derecho democrático y social. Dicha centralidad consiste en la afirmación de la primacía de la persona humana[45], tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en su eminente dignidad[46] y manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a todos los derechos[47].

Como contrapartida de este principio, se destaca la **servicialidad administrativa**[48] ya que la razón de ser de la Administración es el servicio a la sociedad como tal y a cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental[49], su ser para otros[50], a fin de que los componentes del cuerpo social –todos sin excepción– puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

No obstante, desde la doctrina tradicional, se ha objetado que no pueden nacer y existir derechos contra la legalidad[51].

Sin embargo, desde la perspectiva tutelar de los derechos fundamentales y teniendo en cuenta que los principios generales de Derecho también son reglas de Derecho, es preciso concluir que la **aplicación de la seguridad jurídica, la confianza legítima y la buena fe** abogan a favor de las situaciones creadas por actos administrativos aún contrarios a normas jurídicas. La mera disconformidad del acto a la norma no habilita su revocación sin más.

[44] DELPIAZZO, C. E.: *Dignidad humana y Derecho*, U.M., Montevideo, 2001, págs. 27 y sigs.; y "Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo", en *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Quito, 2006, págs. 105 y sigs.

[45] CAGNONI: *La primacía de la persona: el...*, págs. 135 y sigs. SOTO KLOSS, E.: "La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno", en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, F.C.U., Montevideo, 1996, págs. 507 y sigs.

[46] GROS ESPIELL, H.: "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS: *Dignidad Humana, Universidad de la República*, Montevideo, 2003, págs. 9 y sigs. CAGNONI, J. A.: "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS: *Dignidad Humana...*, págs. 65 y sigs., y en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 2003, Nº 23, págs. 11 y sigs.

[47] ROCCA, M. E.: "Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona", en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 2003, Nº 24, págs. 139 y sigs.

[48] SOTO KLOSS: *Derecho Administrativo...*, Tomo I, págs. 83 y sigs.; y *La primacía de la persona humana, principio...*, págs. 507 y sigs.

[49] BRITO, M. R.: "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", en *La Justicia Uruguaya*, tomo XC, sección Doctrina, págs. 11 y sigs., y en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, U.M., Montevideo, 2004, págs. 257 y sigs.

[50] BRITO, M. R.: "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, 1977, Año I, Nº 1, págs. 35, 40 y sigs., y en *Derecho Administrativo. Su permanencia...*, págs. 217 y sigs.; y "El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica", en *Ius Publicum*, Santiago, 2001, Nº 6, págs. 63 y sigs.

[51] REAL: *Extinción del acto administrativo...*, págs. 43 y sigs.

La estabilidad del acto administrativo impide la revisión de los que han quedado firmes y han generado derechos ya que no es admisible la "ilimitada inestabilidad"[52], siendo improcedente la revocación de oficio del acto administrativo firme favorable al administrado, sea legítimo o no en su origen. Ello no implica el cercenamiento del principio de juridicidad ya que, según se dijo, se compromete la regularidad jurídica del obrar administrativo cuando se quebranta la seguridad jurídica.

Como bien se ha destacado, "En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que asegura la realización de las libertades"[53].

[52] SAPOLINSKI: *Vicios de la contratación...*, pág. 83.
[53] PEREZ LUÑO, A.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, 2ª edición, págs. 27 y 28.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS COMO FUENTE DEL DERECHO EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Allan R. Brewer-Carías

I. Los actos administrativos según sus efectos

La Constitución de 1999,[1] utiliza la expresión acto administrativo en dos artículos: en primer lugar, en el artículo 259, al atribuir a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competencia para "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder"; y en segundo lugar, en el artículo 266,5, al atribuir específicamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que forman parte de esa Jurisdicción, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente".

De estas normas, así como de las previsiones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982[2] y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004,[3] puede decirse que se establece una distinción de los actos administrativos según sus efectos refiriéndose, por una parte, a los efectos normativos o no normativos de los mismos; y por la otra, a los destinatarios de los actos; pero la hacen, utilizando indistintamente la terminología de "actos generales" o "actos de efectos generales" y de "actos individuales", "particulares" o "de efectos particulares," cuando ello no es correcto.

---

[1] *Gaceta Oficial* Nº 5.453 Extraordinaria del 24-03-2000, en cuyo texto, según se indica en el Aviso Oficial respectivo, se corrigieron "errores de gramática, sintaxis y estilo" respecto del texto publicado inicialmente en la *Gaceta Oficial* Nº 36.860 de 30-12-99.Véase los comentarios a la Constitución de 1999 en BREWER-CARÍAS, A. R.: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, 1350 págs.

[2] *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en BREWER-CARÍAS ET AL., A. R.: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, págs. 7-51; y *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

[3] *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 19 de mayo de 2004. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en BREWER-CARÍAS, A. R.: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, 352 págs.

Por ello, a los efectos de estudiar a los actos administrativos como fuente del derecho, debemos precisar estas distinciones, pues sólo los "actos de efectos generales" vendían a constituir fuente del derecho.

En efecto, por ejemplo, la Constitución atribuye al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, la cual es parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional cuando sea procedente" (Art. 266,5), y además, le atribuye competencia a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa en general, para "anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho" (Art. 259). En este caso de estas disposiciones constitucionales, la distinción que se recoge en las mismas se por una parte a los actos administrativos generales (incluyendo los reglamentos), y por la otra, a los actos administrativos individuales. Sin embargo, no todo "acto general" es de carácter normativo, y por tanto, fuente del derecho, pues puede haber actos administrativos destinados a un número indeterminado de personas que no tengan carácter normativo, como sucede por ejemplo, con la convocatoria a un concurso de oposición o a una licitación.

De lo anterior resulta que los actos administrativos según sus efectos, se deben clasificar, en dos categorías: en primer lugar, según el contenido normativo o no normativo de los actos, es decir, según sean o no fuente de derecho; y en segundo lugar, según los destinatarios de los actos.

A. La clasificación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

1. Actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares

En primer lugar, por tanto, según el carácter normativo o no normativo de los actos administrativos, estos se clasifican en "actos de efectos generales" y "actos de efectos particulares"[4], o si se quiere, en actos administrativos normativos (de efectos generales) y actos administrativos no normativos (de efectos particulares). Los primeros son aquellos que crean normas que integran el ordenamiento jurídico, es decir, que son fuente de derecho; en

[4] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: "El recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos de efectos particulares" en el Libro del Instituto de Derecho Público, *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, 1979, págs. 171 y sigs.; BREWER-CARÍAS, A. R.: *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977, págs. 8 y sigs.; LARES MARTÍNEZ, E.: "Actos generales y actos particulares" en *Libro Homenaje a Rafael Pizani*, Caracas, 1979, págs. 113-134.

cambio, los segundos son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a muchos sujetos de derecho.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede decirse que identifica los actos administrativos de efectos generales, con los que ella califica en el Artículo 13 como "actos o disposiciones administrativas de carácter general", y los actos administrativos de efectos particulares a los que la misma norma califica como actos administrativos "de carácter particular". En esta norma, al prescribir que un acto administrativo de carácter particular no puede vulnerar lo establecido en una "disposición administrativa de carácter general", lo que está señalando es que un acto de efectos particulares (de contenido no normativo) no puede vulnerar un acto normativo o de efectos generales, acogiéndose en este Artículo 13, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos o de los actos administrativos de efectos generales.

Por tanto, puede decirse que en el artículo 13 de la Ley está la clave para clasificar los actos administrativos según su contenido o efectos normativos o no normativos, identificándose los actos de efectos generales, es decir, de contenido o carácter general, con los actos normativos, y en consecuencia los actos de efectos particulares o de contenido o carácter particular, con aquellos que no tienen contenido normativo.

Debe señalarse además, que esta noción del acto administrativo de carácter general, de efectos generales o de contenido normativo, está recogida en el artículo 72 de la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al establecer expresamente que, estos actos administrativos de carácter general, es decir, los de contenido normativo, son los que deben ser básicamente publicados en la *Gaceta Oficial* de la República para que puedan comenzar a surtir efectos. Es entonces una excepción, salvo por lo que se refiere a los actos administrativos de nombramientos de funcionarios públicos, por ejemplo, que los actos administrativos de carácter particular, es decir, de contenido no normativo, se tengan que publicar en la *Gaceta Oficial* para que comiencen a surtir efectos. De acuerdo a esta excepción, el principio general en cuanto a los actos administrativos de carácter particular, es decir, de contenido no normativo, es que estos comienzan a surtir efectos a partir de la notificación a los interesados, de acuerdo con el Artículo 73 de la Ley.

2. Actos administrativos generales y actos administrativos individuales

Pero además, en relación a la clasificación de los actos administrativos según los efectos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también permite clasificarlos, también según sus efectos, pero en relación con sus destinatarios de los actos.

Así, puede decirse que la Ley Orgánica acoge la clasificación de los actos administrativos, según sus destinatarios, al distinguir los "actos administrativos generales" de los "actos administrativos individuales." Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas o un número determinado; en cambio, los actos administrativos individuales, son aquellos que interesan a un solo sujeto de derecho.

Esta distinción estimamos que se acoge en el artículo 72 de la Ley Orgánica al exigirse que también sean publicados en la *Gaceta Oficial* de la República, aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, que no sean necesariamente actos administrativos normativos o de carácter o efectos generales. Es decir, esta norma establece indirectamente la diferencia entre el "acto administrativo de efectos generales" o de contenido normativo y el "acto general," el cual aun cuando pueda no tener contenido normativo, interese a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de personas, y no porque tenga necesariamente un contenido normativo. Por supuesto, también el acto general no normativo puede tener por destinatarios a un número determinado de personas.

El acto individual, al contrario, es el acto destinado a un solo sujeto de derecho, el cual es, además, un acto de efectos particulares, de acuerdo a la clasificación anterior.

B. Las clasificaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 puede decirse que en la materia siguió la misma terminología de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al distinguir en la regulación de los juicios contencioso administrativos de nulidad de los actos administrativos, en el artículo 21, párrafo 9º, la impugnación de los "actos de efectos generales" y de los "actos administrativos de efectos particulares"[5].

Tal distinción, sin duda, resulta esencial tratándose de actos administrativos y del recurso contencioso-administrativo de anulación. Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo al igual que la anterior, puede decirse que no fue totalmente clara al establecer tal distinción. En efecto y lamentablemente,

[5] Véase lo expuesto en BREWER-CARÍAS, A. R.: *El control de la Constitucionalidad de los actos estatales,* Caracas, 1977, Págs. 8 a 12; y "El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, 1979, págs. 171 a 174.

tanto en el texto de ambas leyes como en la Exposición de Motivos de la de 1976, se incurrió en una imperfección al confundir los "actos de efectos generales" con los "actos generales" y los "actos de efectos particulares" con los "actos individuales" o "actos particulares", cuando en realidad se trata de dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales totalmente distintas, basadas, como se ha dicho, una en relación al número de destinatarios del acto y la otra en relación a sus efectos.

En efecto, debe insistirse que una primera clasificación de los actos estatales atiende exclusivamente al número de sus destinatarios, según que sean una pluralidad de sujetos o un sólo sujeto de derecho. Bajo este ángulo es que los actos estatales se clasifican en generales e individuales. Los actos generales son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados; y estos actos generales pueden ser o de efectos generales, es decir, de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, o de efectos particulares, es decir, de carácter concreto, no normativo, dirigidos a un grupo determinado o determinable de sujetos. En cambio los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho y que, por tanto, tienen siempre efectos particulares.

La clasificación entre actos generales y actos individuales, por tanto, no apunta realmente a sus propios efectos, sino al número de sus destinatarios: un acto general es el que está dirigido a un número indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos; un acto individual o particular sería el que tiene por destinatario a un sujeto de derecho.

Pero según sus efectos, como se ha dicho, los actos estatales pueden ser clasificados en forma distinta, distinguiéndose así, los actos "de efectos generales" es decir, de contenido normativo y que, por tanto, crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales y los actos "de efectos particulares" que son aquellos de contenido no normativo, es decir, que crean, declaran, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares. Bajo este ángulo, la clasificación de los actos administrativos puede realizarse así: los *actos de efectos generales* son los de contenido normativo, dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de sujetos; en cambio, los *actos de efectos particulares* son de contenido no normativo, y éstos, a su vez, pueden ser o *actos generales,* dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas, o *actos individuales,* siempre dirigidos a un solo sujeto de derecho.

Como consecuencia, resulta que los actos generales pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares; y los actos de efectos particulares pueden ser tanto generales como individuales. Por ello, las dos clasificaciones de los actos jurídicos estatales no pueden identificarse ni

confundirse, pues los criterios utilizados para las mismas son distintos. Por tanto, no es posible identificar la distinción entre acto administrativo general y acto administrativo individual, con la de acto administrativo de efectos generales y acto administrativo de efectos particulares y como consecuencia, no es lo mismo acto administrativo general que acto administrativo de efectos generales; como tampoco es lo mismo, el acto administrativo individual o particular que acto administrativo de efectos particulares.

Sin embargo, frente a estas dos distinciones señaladas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia siguiendo la misma orientación de la derogada ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las desconoce y establece una incorrecta identificación entre las diversas categorías de actos administrativos al establecer la distinción básica entre ellos en algunos aspectos de los procedimientos (legitimación, lapso de caducidad), utilizando indistintamente, las expresiones "acto general" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinales 28, 30 y 31; y Artículo 21, párrafo 21) y "actos de efectos generales" (Artículo 21, párrafo 9 y 20) como si se tratase de lo mismo; y "acto particular" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinal 30; y Artículo 21, párrafo 21), "acto individual" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinales 30, 31) y "actos de efectos particulares" (Artículo 5, párrafo 1º, ordinal 28; y artículo 21, párrafos 9, 11, 20 y 22) como si también se tratase de lo mismo.

Frente a esta confusión de términos se impone, por tanto, la necesidad de desentrañar cuál es la razón de ser de la distinción en las regulaciones del procedimiento para la impugnación de los actos estatales. Ante todo se observa que la Ley sólo se refiere a los "actos administrativos de efectos particulares," aún cuando existen otros actos estatales de efectos particulares distintos a los actos administrativos, como algunos actos privativos de la Asamblea Nacional, y algunos actos de gobierno.

Pero frente a la distinción de los actos administrativos a los efectos de los mencionados aspectos del procedimiento contencioso administrativo, estimamos que puede sostenerse, sin la menor duda, que la distinción que establece la Ley está basada en el contenido normativo o no normativo de los actos, por lo que en sus normas se identifican los actos de efectos generales (mal llamados en ciertas normas "actos generales") con los de contenido normativo, y los actos administrativos de efectos particulares (también mal llamados actos individuales o actos particulares) con los de contenido no normativo.

En materia procesal esta distinción implica que el recurso para impugnar un acto administrativo de efectos generales, precisamente por su contenido normativo, es que no tiene lapso de caducidad, y la legitimación es el simple

interés, aun cuando calificado (acción popular); en cambio, que el recurso para impugnar un acto administrativo de efectos particulares, precisamente por su contenido no normativo, es que está sometido a un lapso de caducidad de 6 meses y a una legitimación activa reservada al titular de un interés legítimo, personal y directo. En consecuencia, el carácter de "acción popular" del recurso contra los actos administrativos de efectos generales sólo se justifica por el contenido normativo, *erga omnes* de los mismos. Identificar la expresión actos de efectos generales (normativos) con acto general (normativo o no) como a veces lo hace la ley, podría implicar abrir la acción popular contra un acto de efectos particulares, general y no normativo, lo cual no se ha admitido jamás en Venezuela.

Con base en esto, sostenemos, entonces, que el recurso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares procede contra los actos administrativos de contenido no normativo, sean ellos, en sí mismos, actos generales o individuales, pues el hecho de que se trate de un acto general no implica que no sea de efectos particulares. Tal como lo ha dicho expresamente la Corte Suprema de Justicia.

> La circunstancia de que la situación jurídica creada por el acto cuya validez se discute esté dirigida a más de una persona, en virtud del número de ellas, no modifica su individualidad, motivo por el cual continúa siendo un acto administrativo de efectos particulares[6].

A pesar de la importancia de esta clasificación de los actos administrativos, con evidentes efectos adjetivos, su tratamiento no ha sido uniforme ni constante en la jurisprudencia, sino más bien casuístico y sin uniformidad.

Se destaca, en todo caso, la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de 24-4-80 *(Caso Fiscal General de la República)* en la cual puede decirse que se adoptó la distinción que proponemos. La Corte señaló:

> se ha ejercido en el caso de autos la acción de nulidad prevista en el artículo 112, Sección Segunda, Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta acción es procedente contra actos como el impugnado por el Fiscal General de la República que, por ser de carácter normativo, sus efectos son generales, es decir, afectan a toda la ciudadanía, y por ello tienen pautado un procedimiento especial de impugnación en sede jurisdiccional, cuyas características más resaltantes estriban en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (Art. 134 LOCSJ) y la cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentar la (acción popular).

[6] Véase sentencia de la CSJ-SPA de 2-11-67 en *Gaceta Forense*, N° 58, Caracas, 1967, págs. 38-39.

> Frente a esta acción de nulidad, el propio texto orgánico de este Supremo Tribunal consagra un medio específico de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares: el recurso contencioso-administrativo de anulación previsto en el artículo 121, Sección Tercera del mismo Capítulo II, Título V. De la naturaleza particular de estos actos, es decir, de su afectación a un solo individuo a un número determinado o identificable de personas, deriva precisamente la exigencia contenidas en la Ley, de un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate (Art. 121) y un lapso de caducidad de seis meses para intentar el recurso (Art. 134)...[7]

Por otra parte, entre las sentencias que han considerado el tema en general, debe destacarse la de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa de 1-6-82, en la cual se señaló lo siguiente:

> La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia distingue solamente lo que atañe el recurso de nulidad por ilegalidad, entre los que se destinan a los actos de efectos generales y los que se destinan a los actos de efectos particulares, por lo cual es menester determinar, de acuerdo con dicho texto, a cuál de las categorías corresponde el caso presente.
>
> La doctrina venezolana imperante, al interpretar la normativa citada, opina que actos de efectos generales son tan sólo aquellos de contenido normativo. Los actos de efectos particulares son los que carecen por el contrario dicho contenido, aun cuando puedan estar dirigidos a un grupo numeroso de sujetos. BREWER-CARÍAS distingue así en esta segunda categoría entre los actos generales de efectos particulares que son los dirigidos a un grupo determinado o determinable de personas y los actos individuales de efectos particulares dirigidos a un sujeto específico de derecho (*El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, UCV., págs. 172 y sigs). Otra opinión expresa que actos de efectos generales en una noción análoga a la de actos generales, esto es, aquel que crea, modifica o extingue situaciones subjetivas o realiza declaraciones de certeza legal respecto a una colectividad indeterminada de personas. El acto de efectos individuales, o acto particular, realiza los mismos efectos pero en relación con una o más personas determinadas o determinables (véase opinión del Fiscal General de la República expuesta en el expediente Nº 79-573 de este Tribunal, págs. 212 y sigs.). De todo lo anterior se evidencia que el carácter de acto de efectos generales implica para la doctrina o bien el carácter normativo contenido en el mismo, o bien el carácter indeterminado de los destinatarios.[8]

De esta sentencia deriva, en todo caso, el criterio de que el acto administrativo de efectos generales puede caracterizarse sea por su contenido normativo, sea por el carácter indeterminado de sus destinatarios. Y así, casuísticamente se ha apreciado por la Corte Suprema en varias decisiones; por ejemplo,

[7] Consultado en original.

[8] Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pág. 129.

en las sentencias de 15-11-90 *(caso:* Acarte*)* y de 9-5-91 se calificó un acto cuyos destinatarios eran indeterminados como acto de efectos generales, independientemente de su contenido normativo[9]. Así mismo, en la sentencia de la Corte Suprema de 12-5-92 *(caso:* Soto Luzardo*)* un acto de convocatoria a concurso de funcionarios, a pesar de ser un acto general de efectos particulares, se lo calificó como de "efectos generales"[10]. Así mismo, en el Voto Salvado a la sentencia de la Corte Suprema en el caso de las *elecciones de Sucre y Barinas* de 15-2-93, la Magistrada disidente (H. Rondón de Sansó) consideró, en nuestro criterio incorrectamente, que el acto del Consejo Supremo Electoral de convocatoria a elecciones era un "acto de efectos generales" cuyos efectos no podían suspenderse. Al contrario, dicho acto es un acto general de efectos particulares, y sus efectos sí podían suspenderse[11].

En todo caso, y concentrándonos al contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos, conforme a la Ley Orgánica se distingue entre la acción contencioso-administrativa contra los "actos administrativos de efectos generales" (acción popular) y la acción contencioso-administrativa contra los "actos de efectos particulares," que es la única, en nuestro criterio, que justifica procesalmente, en el caso del juicio de nulidad de los actos de efectos generales, la ausencia de lapso de caducidad, la popularidad de la acción y la no regulación expresa de la suspensión temporal de sus efectos.

Estos actos administrativos de efectos generales, o de contenido normativo, son los que constituyen fuente del derecho, y pueden dictarse por los todos órganos de la Administración Pública conforme a la asignación de competencias que tengan atribuidos en la ley.

II. El ámbito de la potestad reglamentaria

En efecto, la Constitución de 1999, conforme a la tradición constitucional precedente, atribuye al Presidente de la República la facultad de "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón" (art. 236,10). De ello deriva que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes, lo que no implica que tenga una potestad exclusiva para dictar actos administrativos de efectos generales, pues otros órganos del Estado, en ejercicio del Poder Público, pueden hacerlo.

En consecuencia, los actos administrativos de efectos generales, por ejemplo, pueden emanar de otros órganos de la Administración Pública como los

[9] Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pág. 123 y Nº 46, 1991, pág. 106.
[10] Consultada en original.
[11] Consultada en original.

Ministros, que son órganos directos del Presidente de la República, los cuales tienen potestad normativa en las materias que le asigna la ley.

Pero además, en el ámbito de la Administración Central, los órganos que en la misma han sido desconcentrados legalmente, con autonomía funcional, también ejercen la potestad normativa en los asuntos que la ley les ha atribuido. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de Valores.

También, en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada, las personas jurídicas de derecho público que la componen, tanto las estatales como las no estatales, tienen potestad reglamentaria conforme a la ley que las rige. En tal sentido, los Institutos Autónomos, por ejemplo, como personas de derecho público estatales; y los Colegios Profesionales, como personas jurídicas de derecho público no estatales, ejercen la potestad normativa en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las leyes que los rigen[12].

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano y a pesar de la definición de acto administrativo que trae el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no sólo los órganos ejecutivos o, en general, los órganos que conforman la Administración Pública Central o Descentralizada, dictan actos administrativos normativos o reglamentarios, sino que también éstos pueden emanar de los demás órganos del Estado que ejercen otros Poderes Públicos distintos al ejecutivo, cuando ejercen la potestad normativa.

Es decir, en Venezuela los actos administrativos, incluidos los reglamentos, no se definen orgánicamente[13], por lo que no siempre son "actos ejecutivos" ya que también emanan de los otros órganos del Estado que ejercen el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano[14]. Por ello, se consideran actos administrativos de efectos generales, los reglamentos que dicta el Tribunal Supremo de Justicia para su funcionamiento interno y en relación con el gobierno y administración del Poder Judicial que le corresponde (art. 6, párrafo 1,10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). También es el caso de los reglamentos o actos administrativos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral (Ley Orgánica del Poder Electoral), por el Fiscal General de la República (art. 21,8, Ley Orgánica del Ministerio Público), o por el Contralor General de la República (art. 13,1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Todos estos actos

[12] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana,* Caracas, 1991, págs. 78 y sigs.

[13] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: "El problema de la definición del acto administrativo" en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez,* UCV, Tomo I, Caracas, 1984, págs. 25 a 78.

[14] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: *Estado de Derecho y Control Judicial,* Madrid, 1987, págs. 429 y sigs; y *Justicia Contencioso Administrativa. Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo VII, Caracas, 1997, págs. 321 y sigs.

administrativos reglamentarios, por supuesto, son de rango sublegal y están sujetos, ante todo, a las leyes reguladoras de esos actos de los Poderes Públicos Nacionales.

Por último, por supuesto, en un Estado con forma federal como es el Estado venezolano, los Gobernadores de Estado y los Alcaldes Municipales tienen en el respectivo ámbito de sus competencias potestad normativa, conforme a las Constituciones y leyes de los Estados y a las Ordenanzas Municipales, respectivamente, pudiendo dictar actos administrativos de efectos generales.

III. Los reglamentos ejecutivos dictados por el Presidente de la República

Como se ha dicho, la Constitución de 1999 atribuye en el artículo 266,5, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, competencia para "declarar la nulidad total o parcial de los *reglamentos y demás actos administrativos* generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente". De esta previsión resulta claramente que en Venezuela, los reglamentos son, y siempre han sido considerados, actos administrativos[15], en el sentido de que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos generales.

La única peculiaridad que tienen por tanto, es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter normativo. Se distinguen, así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares.

A. Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales

La característica de los reglamentos como actos administrativos es, en primer lugar, que son actos dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, y directa e inmediata de la legislación; por ello, como todo acto administrativo, siempre son de carácter sublegal.

En segundo lugar, se trata de actos administrativos que siempre son de efectos generales, es decir, de carácter normativo, y que, por tanto, integran o modifican el ordenamiento jurídico. El contenido de los reglamentos, por tanto, siempre es de carácter normativo, y se identifican por su generalidad, efectos *erga omnes* y por estar destinados a un número indeterminado e

[15] Véase por ejemplo BREWER-CARÍAS, A. R.: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Caracas, 1964,* pág. 119.

indeterminable de personas[16]. El reglamento, en esta forma, tal como lo definió la antigua Corte Suprema,

> Es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública, para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho.[17]

Pero como se dijo, el reglamento, aún cuando tiene contenido normativo e integra el ordenamiento jurídico, está siempre subordinado a la ley. Tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia:

> Las disposiciones de los reglamentos que conforme a ella han de dictarse, tienen el carácter de normas secundarias respecto a las de la Ley, que son en este caso, las primarias. O sea, que cada reglamento es el complemento de la determinada Ley, cuya finalidad es facilitar la ejecución de ésta[18].

De lo anterior resulta, por otra parte, que no todo acto administrativo general es un reglamento, lo que permite distinguir entre "actos de efectos generales" como los reglamentos, y "actos generales"; es decir, entre actos normativos, por una parte, y por la otra, los actos generales no normativos[19]. Es decir, el reglamento, es siempre "de efectos generales", pero hay actos administrativos generales que aún cuando tienen como destinatarios a un grupo de personas, no son con carácter normativo, es decir, no son de efectos generales, sino particulares.

En otra sentencia, la antigua Corte Suprema de Justicia destacó la "generalidad e impersonalidad" como las características propias del reglamento señalado:

> El reglamento como todos los actos de efectos generales, va dirigido a un indeterminado número de personas, por lo cual se hace imposible nombrarlas a todas. En cambio, la Resolución impugnada va dirigida a cierto número de personas, perfectamente identificables, ya que ellas han celebrado un contrato previamente con el Ejecutivo Nacional, pues todas y cada unas, son concesionarias de hidrocarburos. Por lo tanto, el contenido de la Resolución citada debe tomarse como un conjunto de decisiones individuales que se han condensado en un solo texto legal, en forma aparentemente colectiva, pero que en realidad no lo es, en virtud de la peculiaridad anteriormente anotada.

---

[16] Véase sobre la distinción BREWER-CARÍAS, A. R.: *El control de la constitucionalidad de los actos estadales, op. cit.,* págs. 8 y sigs.

[17] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27-05-68, en *Gaceta Forense,* Nº 60, Caracas 1968, págs. 115 a 118.

[18] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65, en *Gaceta Forense,* Nº 48, Caracas 1968, págs. 122 a 123.

[19] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 02-11-67 en *Gaceta Forense* Nº 57, Caracas 1967, págs. 38 y 39.

> La Ley y el Reglamento ejecutivo, no son, como parece creerlo la impugnante, la única fuente de los actos administrativos de efectos generales, ya que éstos pueden provenir, además, de disposiciones de otros órganos del poder público: nacionales, estadales, municipales y aun de entes autónomos y descentralizados[20].

B. La consulta previa obligatoria no vinculante de las normas reglamentarias

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como antes se ha dicho, ha introducido una novedad en cuanto al régimen de emisión de actos normativos por los órganos ejecutivos, en particular, de los reglamentos, como mecanismo para promover la participación ciudadana. Se ha regulado, así, un procedimiento de consulta obligatorio, aunque no vinculante previo a la emisión de reglamentos o actos administrativos normativos por cualquier autoridad ejecutiva.

En efecto, el artículo 136 de dicha Ley Orgánica dispone que los órganos ejecutivos, sea el Presidente de la República u otro órgano, que se propongan adoptar un reglamento o cualquier acto administrativo de efectos generales, deben realizar previamente una consulta obligatoria del anteproyecto normativo, así:

Primero, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro de dichas entidades que debe llevar el órgano emisor. En dicho oficio, se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones; lapso que no comenzará a correr antes de los 10 días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Segundo, paralelamente el órgano que proyecte adoptar el reglamento o acto administrativo de efectos generales, debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración; e informar a través de la página en el internet que tiene que tener conforme a dicha ley orgánica, en la cual se expondrá el proyecto de reglamento o acto administrativo de efectos generales sobre la cual verse la consulta. Durante este proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro indicado.

[20] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 07-11-73, en *Gaceta Oficial* Nº 1.643 Extra. de 21-03-74, pág. 13.

Tercero, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano respectivo debe fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

Cuarto, el resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. Sin embargo, en virtud del carácter obligatorio de la consulta pública respecto de los actos administrativos reglamentarios o normativos, el órgano ejecutivo respectivo no puede adoptar normas que no hayan sido consultadas conforme se indica anteriormente, al punto de que la ley orgánica considera nulas de nulidad absoluta, las normas que sean aprobadas sin haber sido consultadas conforme al procedimiento antes indicado.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además, establece particularmente un procedimiento para la elaboración de los reglamentos, con la obligación de una consulta pública previa respecto de los mismos. El artículo 88 de dicha ley, en efecto, dispone que la elaboración de los reglamentos de leyes se debe ajustar al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el Ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria;

2. A lo largo del proceso de elaboración del proyecto de reglamento, debe recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen conveniente para garantizar la eficacia y la legalidad del texto;

3. Elaborado el texto, se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la misma ley orgánica, según se ha indicado anteriormente.

Durante el proceso de consultas las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

La emisión de un reglamento sin que se haya sometido a consulta pública, conforme al artículo 137 de la Ley Orgánica, lo vicia de nulidad absoluta.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el mismo sólo puede entrar en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 89 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional debe aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes, dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación.

IV. Los límites a la potestad reglamentaria y su control judicial

Tratándose de actos administrativos de efectos generales, los reglamentos son siempre de carácter sublegal, es decir, sometidos a la ley, por lo que su límite esencial deriva de la reserva legal, sobre la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dicho que

> viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal[21].

Es decir, los reglamentos no pueden regular materias reservadas al legislador en la Constitución, y esas son fundamentalmente, el establecimiento de delitos, faltas e infracciones y las penas y sanciones correspondientes; la regulación y limitación a los derechos y garantías constitucionales; y el establecimiento de tributos.

Estos límites a la potestad reglamentaria derivados de la reserva legal, por otra parte, están expresamente establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública,[22] cuyo artículo 86 establece que:

> Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva legal, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

[21] Sentencia No 2338 (Caso José Muci-abraham y otros), de fecha 21-11-2001, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2338-211101-00-1455.htm

[22] *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31 de julio de 2008. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en BREWER-CARÍAS, A. R. ET AL.: *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.

Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que en virtud de lo previsto en el artículo 236, 10 de la Constitución:

> el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, incluso cuando tengan carácter de leyes orgánicas; lo que permite la participación del Poder Ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no altere su espíritu, propósito y razón, y sin que ello pueda significar, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia o materias específicas que estén delimitadas por la Ley.
>
> Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones "genéricas" que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos "delegados"[23].

Por otra parte, todos los reglamentos dictados por cualquier autoridad pública, e, incluso, en algunos casos por entidades privadas en ejercicio de autoridad, están sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejercen los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los "reglamentos ejecutivos" dictados por el Presidente de la República, los mismos están sometidos, como todos los actos administrativos del Ejecutivo Nacional (Administración Pública Nacional Centralizada) al control de la Jurisdicción Contencioso administrativa (art. 259) que se atribuye a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 266,5 C) que constituye la instancia de mayor grado en el ámbito de dicha jurisdicción.

Ese control judicial tiene por objeto verificar el sometimiento al derecho por parte los Reglamentos ya que, conforme lo ha dicho la antigua Corte Suprema:

> La actividad reglamentaria está... limitada y encauzada por la norma legal, y de ahí que toda disposición reglamentaria que viole la Constitución o las leyes es susceptible de anulación o de inaplicación en los casos concretos[24].

[23] Sentencia No 2338 (Caso José Muci-abraham y otros), de fecha 21-11-2001, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2338-211101-00-1455.htm

[24] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense* Nº 48, Caracas, 1965, págs. 122 y 123.

Además, en particular, respecto de los Reglamentos Ejecutivos, la Constitución exige en particular, que deben respetar el "espíritu, propósito y razón de la Ley", y "se altera el espíritu de la Ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador"[25].

Esta sujeción la precisó la Corte Suprema en los siguientes términos:

> El decreto reglamentario o Reglamento Ejecutivo, tomado en su acepción estricta –que es el que interesa en este caso-, tiene como antecesor a la Ley, de la cual es derivación, efecto y corolario. Esta sienta el principio, aquél, prevé y desarrolla sus consecuencias, facilita su aplicación a los pormenores y determina las medidas necesarias para su aplicación. De ahí que cuando el reglamento ejecutivo se propasa y se ocupa de reparar las diferencias de la Ley, regula cuestiones no comprendidas en ella, o se aparta del espíritu, propósito y razón que lógicamente han debido guiar al Legislador en su elaboración, se está en presencia de una extralimitación de atribuciones, en el primer caso, y de una violación del texto constitucional en el segundo; y en uno y otro, de un reglamento ejecutivo viciado, en todo o en parte, de ilegalidad por violatorio de expresas normas de la Ley Fundamental[26].

Sin embargo, el hecho de que el Reglamento Ejecutivo esté sometido a la ley que ejecuta, no significa que la actividad reglamentaria se convierta en una mera ejecución mecánica de la Ley. En efecto, la propia Corte Suprema de Justicia ha señalado en este sentido lo siguiente:

> Sin embargo, dentro de estas limitaciones se reconoce a los reglamentos un campo de acción relativamente amplio en cuanto tienden al desarrollo del texto legal, especialmente cuando la ley sólo consagra normas fundamentales. Se admite así, que por vía reglamentaria, puedan establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento, o definirse palabras usadas por el legislador y cuyo alcance conviene precisar a fin de evitar dudas. Pero en este último supuesto y, en general, cuando la administración interpreta el sentido de la ley por vía reglamentaria, insiste la doctrina en que ha de entenderse que la interpretación afirmativa es válida en cuanto esté conforme a la voluntad legislativa.[27].

Sobre esto, la antigua Corte Suprema, fue aún más clara en otra parte de esa misma sentencia de 10 de mayo de 1965, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de un reglamento de una Ley, indicando que:

[25] Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 04-06-52 en *Gaceta Forense* Nº 11, Caracas 1962, pág. 25.

[26] Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 24-09-52 en *Gaceta Forense*, Nº 1, Caracas, 1958, pág. 151.

[27] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65 en *Gaceta Forense*, Nº 48, Caracas, 1965, págs. 122 y 123.

> Considera la Corte que la mera circunstancia de que un Reglamento contemple alguna formalidad que no aparezca en la ley, no es razón suficiente para estimar alterada la relación de legalidad entre ambos estatutos. Lo contrario sería establecer que los Reglamentos deberían ser la reproducción fiel y exacta de la ley, y, por consiguiente, carentes de toda utilidad y objeto.
>
> Por tanto, pues, si puede y debe el Reglamento desarrollar las normas de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su intención, e, incluso, establecer formalidades o requisitos no previstos en el texto legal pero indispensables para asegurar su cumplimiento, según el criterio doctrinal ya expuesto[28].

Pero la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo tiene competencia para controlar la conformidad con el derecho de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales que emanen del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, de la Administración Central compuesta, básicamente, por la Presidencia de la República y la organización ministerial (art. 5, párrafo 1º,30 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo)[29].

En cambio, el conocimiento de los juicios de nulidad contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales emanados de los órganos desconcentrados de la Administración Central y de la Administración Pública Descentralizada, corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en primera instancia[30] y en segunda instancia, a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a los actos administrativos de efectos generales o reglamentos dictados por los órganos de los Estados y Municipios, la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra los mismos por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, corresponde a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo de las diversas circunscripciones judiciales, en primera instancia, correspondiendo la segunda instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo[31].

---

[28] *Idem*, págs. 123 y 124.
[29] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2004, págs. 152 y sigs.
[30] Así lo disponía el artículo 185,3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
[31] Así lo disponía el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO EN VENEZUELA

Armando Rodríguez García

I. Preliminar

El tema seleccionado para dar cumplimiento a la nueva reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo se inscribe en la planificación general que sirvió de base a su creación, como escenario de intercambio académico dispuesto para poner en práctica de las técnicas del Derecho Comparado mediante la revisión sistemática de las realidades presentes en los diferentes países iberoamericanos, que comparten múltiples puntos de coincidencia, susceptibles de ser enmarcados en el espectro científico del Derecho Administrativo, pero que, sin embargo, conservan perfiles, matices y particularidades derivadas de las circunstancias correspondientes a cada realidad doméstica.

En esta oportunidad específica, el Foro se dedica a explorar, evaluar y debatir, en concreto, un asunto impregnado de peculiaridades. En efecto, dentro del entorno general que ofrece la temática atinente al acto administrativo, como figura jurídica que –sin lugar a dudas– constituye una pieza clave dentro de la disciplina jurídico administrativa, se aborda la consideración de su posible cualidad de fuente de derecho, ejercicio éste, que obliga a la revisión y contraste de categorías fundamentales por el carácter de referente principista y básico que ostentan dentro de la estructura conceptual y el diseño lógico de sus componentes y contenidos.

En este orden de ideas, y atendiendo a razones de orden metodológico aplicables para la mejor construcción y sistematización del argumento para la necesaria reflexión y el correspondiente abordaje de la cuestión planteada, encontramos que debemos comenzar por reconocer e incorporar preliminarmente la consideración de una contingencia que se regularmente se presenta en cualquier evaluación sobre las instituciones que se ubican en la órbita epistemológica de las disciplinas sociales, cual es el hecho de resultar inscritas, inevitablemente, en un entorno temporal, espacial, político y cultural determinado o determinable, como ambiente del análisis.

Ello conduce a moldear, de alguna manera, esas particularidades que dentro del escenario cierto de la generalidad como categoría, permite poner de

relieve matices diferenciales, en obsequio al análisis comparado, al contraste susceptible de ofrecer no solamente oportunidades de comparación, sino lo que puede ser más enriquecedor, criterios de interpretación en la comprensión de un fenómeno, capaces de ampliar su utilidad o de orientar la inclusión de cambios en su futura concepción.

Entendemos, entonces, que debemos conocer el factor de apreciación que aporta ese entorno complejo, para el conocimiento más adecuado y la caracterización cabal de la institución sometida a estudio, con lo cual comenzamos por admitir la probabilidad de un cierto grado de relatividad en las fórmulas, que se pone de manifiesto de diferente manera, bien sea con la aparición de situaciones o supuestos singulares que dentro del ordenamiento jurídico positivo constituyen excepción al postulado fundamental y primario, bien por la producción de ejercicios interpretativos con rigor argumental que, basados en los espacios que permiten las disposiciones normativas, puedan advertir una posición especulativa sobre la existencia de expresiones vigentes y formales que escapan al cuadro definido por la consagración teórica o dogmática; o en fin, por las posibles mutaciones o cambios en el alcance formal o la intensidad de los postulados que derivan de la dinámica social y la práctica forense en determinadas coyunturas de alcance temporal limitado.

Todo esto pone de relieve la cualidad de particularismos dentro de la generalidad conceptual antes aludida, y que hace de la oportunidad un espacio consistente y absolutamente válido para el análisis crítico y el ejercicio de la evaluación comparada, para lo cual se hace imprescindible el rigor lógico que impone la referencia constante a los postulados fundamentales, no tanto como un dogma respetable a ciegas, sino como un punto de referencia necesario, frente al cual poder producir el contraste y la comparación.

II. Las *fuentes* en la teoría general del derecho y en el derecho administrativo

Una aproximación primaria a la noción de fuente en el campo del derecho, nos pone en contacto con la idea del origen, el punto de partida o el elemento generador de lo que le sucede o se deriva de su existencia. Pero también es común la aplicación del término *fuente* para la identificación del lugar en el cual se ubica o de donde emana o se origina el conocimiento sobre una cuestión determinada.

Mas técnicamente se emplea el vocablo para designar hechos, figuras o formas mediante los cuales la sociedad establece o exterioriza sus *normas jurídicas*, lo que alude, de manera primaria y básicamente al contenido formal del concepto, en cuanto a los actos que generan las normas jurídicas, los agentes

orgánicos que las producen, así como los cauces o modos de producción de las mismas. Pero junto a esta posible acepción, con el término también se identifica un contenido sustantivo o material, que viene dado por los factores o elementos de todo orden (político, económico, cultural, social), que contribuyen a determinar el contenido de las normas, en razón de los cuales se produce la juridificación de un fenómeno o hecho dado, que no tiene, en su origen, una causa jurídica.

En ese sentido, partimos de la consideración general de la noción de fuente de derecho, y con un mayor nivel de aproximación, la noción de fuente en el derecho administrativo, entendiendo que se trata de una construcción doctrinaria, cuyo alcance puede variar en intensidad y extensión, según se trate de una u otra rama o disciplina de la ciencia jurídica, desde luego, según resulte en el terreno de la práctica, el resultado que pueda arrojar en un momento determinado, la aplicación de tales categorías conceptuales a un entorno concreto determinado, dado por la especificidad de un ordenamiento jurídico.

Y precisamente, debemos tomar como dato de orden primordial, la aceptación del Derecho administrativo como un ordenamiento jurídico que, formando parte del ordenamiento jurídico general , está referido a un objeto, concreto, cual es la Administración Pública, lo que genera su particularidad, y con ello, la posibilidad de considerarlo bajo la categoría de rama del derecho, tanto en su expresión jurídico positiva, como en la vertiente que corresponde a la construcción científica, esto es, como disciplina del conocimiento.

Pero la noción de ordenamiento no se reduce, en su correcto entendimiento, a un mero agregado de normas, susceptibles de ser agrupadas bajo criterios más o menos estables o sólidos en su configuración. Se trata, más bien, de una categoría previa a la norma, que la precede y le otorga el carácter de fuente, tal como expresan GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, apoyándose en SANTI ROMANO[1].

Con ello, queda claro que corresponde comenzar por precisar el alcance del concepto *fuente de derecho* en el ámbito propio o particular que representa el Derecho administrativo, para luego evaluar la posibilidad de categorizar dentro de tales parámetros a la figura del acto administrativo, todo ello, en el escenario que aporta la realidad jurídica venezolana, tanto en su enfoque conceptual como positivo.

[1] Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Editorial Civitas. 2º edición, Madrid, 1975, págs. 52 y sigs.

Claro está, que un trayecto como el que ahora se emprende, no pude escapar al trasfondo de la contradicción presente entre los dos preceptos lógicos que soportan el tema de las *fuentes del derecho*, en cuanto al valor formal de las normas y la validez real, empírica, de los asuntos a los cuales están referidas.

Es la cuestión nuclear que VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA plantan como punto de partida para el tratamiento de la temática, en los términos que siguen:

> El problema de las fuentes del Derecho implica, para su comprensión, una serie de deslindes previos. El primero de ellos es el que atañe al dualismo entre la esfera de *realidad* y la de *validez*, lo cual producirá una serie de antinomias, ya que requerirá que el Derecho sea concebido, simultáneamente, en el mundo de los hechos y en el ámbito de los valores, como norma vinculante. La norma tendrá así, un sentido ambivalente, físico y metafísico, con lo cual se aludirá a la necesidad de que se configure, al tiempo, como *fenómeno* (ligado a la esfera de lo real) y como *proposición* (incluida en la esfera de los juicios axiológicos).
>
> Elegir una sola de estas dos perspectivas producirá, además, mayores errores de los que se pretenden evitar, ya que las soluciones parciales son, por ese solo hecho, falsas. Existe una fusión íntima entre realidad y validez que es preciso entender no como antinomia o contraposición, sino como un complemento...[2].

Precisamente, el valor nuclear que tiene el punto para el enfoque general del tema, invita a mantenerlo como referencia permanente a lo largo del discurso, por lo que volveremos a mirarlo, en las diferentes oportunidades que la expresión argumental convoque a su planteamiento como parámetro de contraste con los resultados concretos que desde el punto de vista de las aproximaciones progresivas arroje el tránsito de las reflexiones en el camino emprendido.

Claro está que lo antes dicho se dirige precisar que no está dentro de nuestros objetivos inmediatos, el análisis detenido del asunto relativo a la concepción de las fuentes, lo que requeriría un espacio no disponible para cumplir el actual ejercicio; sin embargo, resulta imprescindible advertir el trasfondo esencial del asunto, para la mejor comprensión de lo que en definitiva no puede ir más allá de una revisión general, superficial, y por ello, necesariamente incompleta, de una realidad concreta, con el natural carácter de relatividad que se estima conveniente destacar, precisamente, como efecto deseado del estudio, dentro de la óptica comparativa que le sirve de marco.

[2] VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho Administrativo* I, Universidad Complutense de Madrid, 3a edición, Madrid, 1992, pág. 61.

En este contexto, el momento parece oportuno para dar comienzo, entonces, a una brevísima muestra panorámica de la apreciación que la doctrina jurídico administrativa iberoamericana emplea para aproximarse a la sistematización del tema de las fuentes del derecho.

En líneas generales se puede afirmar que en el espectro iberoamericano la doctrina jurídico administrativa es coincidente en considerar como *fuente* de derecho, a los llamados medios o instrumentos de producción del derecho, es decir, los *actos normativos*, las *normas jurídicas*.

Sin embargo, junto a esta consideración de partida, también aparece como una apreciación común o generalizada, la referencia que en este punto, se cuidan en presentar mucho autores, en cuanto a las diferentes acepciones del término *fuente*, que permite su empleo para lograr distintos alcances conceptuales, tanto en su intensidad como en su extensión, lo que –es forzoso acotar–, se dirige primordialmente a la expresión didáctica básica o introductoria de la materia, como parte de una asignatura integrante del plan general de estudios de la licenciatura.

Es usual, entonces, encontrar una referencia a la distinción entre *fuentes de producción* del derecho, en la que se ubica – y a la cual prácticamente se reduce – la categoría de instrumento normativo, y *fuentes de conocimiento*, dentro de las que comúnmente se agregan la doctrina y la jurisprudencia, en tanto son considerados como instrumentos generadores de conocimiento científico, susceptible de investigación, evaluación crítica, sistematización y transferencia, dentro del campo de interés de la disciplina del conocimiento; pero también, como referente útil y eficiente para la resolución práctica de los asuntos derivados de las relaciones jurídico administrativas, desde la óptica de la presencia viva, de la realidad empírica del derecho administrativo, como instrumento operativo dentro de la dinámica de las relaciones sociales.

Así, por ejemplo, podemos comenzar citando al ilustre Profesor SAYAGUÉS LASO, quien expresa sobre el tema, lo siguiente:

> ... no procede entrar a considerara los distintos significados de la palabra *fuente*. Puntualizaremos simplemente que en este capítulo se utiliza el término para indicar los diversos orígenes posibles de las normas que interesan al derecho administrativo. Con este alcance son fuentes todos los elementos formales o no formales, de los cuales surgen normas de derecho administrativo.
>
> Es un concepto genérico, que abarca las diversas fuentes escritas y no escritas; las que tienen una eficacia normativa expresamente establecida, como la

> constitución, la ley, los reglamentos, etc., y las que no tienen igual eficacia obligatoria, como la doctrina, la jurisprudencia, etc.[3]

Y en este punto, el Profesor SAYAGUÉS remite al artículo 16 del Código Civil uruguayo, citando el siguiente texto: "...cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas, y si todavía subsistiera la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso", y seguidamente precia el autor, en la misma nota, que: "Generalmente se ha considerado que este artículo, aunque incluido en el Código Civil y aludiendo a los "negocios civiles", constituye un principio general y se extiende a todas las ramas del derecho".

En este punto es oportuno acotar, dentro de la perspectiva comparada que nos orienta, y para facilitar el análisis, sobre la marcha, que el artículo 4 del Código Civil venezolano guarda estrecha semejanza con el texto uruguayo, al punto de podamos considerarlas como reglas similares, a los fines que ahora nos ocupa[4].

De su parte, dentro del amplio y robusto espectro que proporciona la doctrina española, podemos comenzar citando al Profesor FERNANDO GARRIDO FALLA, quien afirma:

> ...Entendemos por fuentes del Derecho administrativo aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho administrativo se manifiesta en su vigencia. Con esto queda limitada la referencia a los actos y hechos de producción normativa, es decir, a aquellos que producen proposiciones que un determinado ordenamiento cualifica como normas jurídicas. Quedan excluidos así: 1º Los hechos y actos que crean o disciplinan situaciones jurídicas concretas. 2º Las llamadas fuentes de conocimiento, que no producen disposiciones, pero descubren su existencia. 3º Los actos individuales que aparecen como resultado de la producción normativa en que la fuente consiste (por ejemplo, la ley de Montes, de Aguas o de Minas)...[5]

De su parte, el Profesor RAMÓN MARTÍN MATEO distingue entre "...Fuentes primarias: las que nos dan un derecho directamente aplicable *per se*, Fuentes complementarias: cuya vigencia se deriva de los propios pronunciamientos de las fuentes primarias, Fuentes aclaratorias: que orientan sobre el auténtico sentido y alcance de lo querido por el legislador..."[6]

[3] SAYAGUÉS LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1986, Tomo I, pág. 87.
[4] Código Civil venezolano. Artículo 4: "...Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley , se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho".
[5] GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de derecho Administrativo*, Vol. I, 11a. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs.169 y sigs.
[6] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970, pág. 113.

Tal perspectiva, que podríamos llamar convencionalmente formalista, ya se planteaba desde etapas anteriores. Así, Don SABINO ALVAREZ-GENDÍN, Catedrático de Derecho Administrativo y Rector de la Universidad de Oviedo, en su Manual de Derecho Administrativo enseñaba que: "Las fuentes del Derecho se pueden distinguir según la forma como se manifiestan; y así serán fuentes de Derecho escrito y fuentes de Derecho no escrito (costumbre), y según del órgano de donde dimanen: constitución, ley, reglamento, costumbre, etc."[7]

En una óptica ampliada, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ proponen la incorporación del análisis integral, dispuesto a considerar el *sentido unitario del ordenamiento* jurídico, lo que en consecuencia lleva a entender que éste "...se expresa, antes que en el agregado de normas casuísticas que en él se integran, en un conjunto de principios estructurales que no siempre, ni la más de las veces, están formulados expresamente como tales...", para luego complementar la formulación, precisando que: "...Así entendido el ordenamiento jurídico, como una realidad dinámica, es como pueden comprenderse las mutaciones que en él se producen. Las normas cambian, pero el ordenamiento jurídico permanece, en tanto permanecen sus principios (...) Dentro de esa unidad estructural que es el ordenamiento coexisten una serie de distintas *fuentes del Derecho*. Definir cuales sean es una función primaria del ordenamiento; pero el sentido de éste como expresión social determinada y el dato obvio de que, en todos los casos esa organización no es una creación abstracta y racional, sino un resultado de múltiples fuerzas, racionales e irracionales, formalizadas e informales, de tendencias autoritarias y de libertades, de presiones y de resistencias abiertas o larvadas, todo esto hace que la definición de los centros donde se crean normas no sea tampoco abstracta y racional..."[8]

Otras expresiones de la doctrina europea formulan aproximaciones menos extensas o abiertas, pero no por ello contradictorias. Sí, MARCELLO CAETANO, al comenzar a tratar el tema de las fuentes se centra en afirmar que "Los modos de formación de las normas jurídicas son la ley y la costumbre", luego añade, "...Puede, con todo, afirmarse que la única fuente principal de nuestro Derecho Administrativo es la "ley", tomada esta palabra de su acepción más amplia, es decir, significando cualquier norma general definida y declarada obligatoria para todos los ciudadanos por mandato conocido de un Poder que es acatado...", añadiendo a modo de comentario que: "...La tendencia de los regímenes absolutos a permitir a los órganos de la autoridad pública todo lo que la "razón de estado" parezca exigir o aconsejar (tendencia también de los

[7] ALVAREZ-GENDÍN, S.: *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Librería General, Zaragoza, 1941.
[8] Op. cit., págs. 52 y 53.

regímenes totalitarios en los que ningún interés individual o sociales considera extraño al Estado, identificándose esos intereses con la comunidad política,) es contraria al llamado "*régimen de legalidad*" o de *"Administración legal*"..." [9].

En Venezuela, el Profesor LARES MARTÍNEZ en la obra didáctica de mayor difusión para el estudio general y básico de la asignatura, indica que: "... Entendemos por "fuentes del derecho" los diferentes medios, maneras o procedimientos por los cuales se elaboran las reglas de derecho positivo" (...) "Estos diversos modos de manifestación de la voluntad social predominante contribuyen a la formación del ordenamiento jurídico .Las fuentes del derecho son casi siempre las mismas para todas las disciplinas jurídicas; pero entre esas fuentes, algunas tienen mayor importancia en determinada rama del derecho, y otras en una rama distinta. Así, en el campo del derecho constitucional, la fuente por excelencia es la Constitución. En el derecho civil, en el derecho mercantil, en el derecho penal, e igualmente en el derecho procesal civil y en el derecho procesal penal, las fuentes de las normas jurídicas son de modo preponderante los respectivos Códigos. En el derecho administrativo, las fuentes de más frecuente aplicación son las leyes y los reglamentos...." [10]

Otra aproximación al tema de las fuentes del Derecho administrativo, dentro de la doctrina venezolana señala: "... Si se ha definido el Derecho Administrativo como " un sistema de normas", resulta obvio examinar enseguida sus distintas especies y las particularidades propias de cada una de ellas. Tal es lo que se propone el estudio de las Fuentes del Derecho Administrativo" (...) "La fuente jurídica – términos un tanto equívoco – expresa, en puridad, las distintas formas que pueden adoptar las normas o actos de formación, comprendiendo así todos los actos creadores de derecho objetivo. La teoría jurídica distingue, por su índole, las fuentes directas e indirectas, primarias, subprimarias y secundarias...., etc., más ahora tan solo interesa considerarlas en la medida que constituye el presupuesto de la actividad administrativa; es decir, dejando circunscrito el examen a las fuentes específicas del Derecho Administrativo.."[11].

---

[9] *Tratado Elemental de Derecho Administrativo (Teoría General).* Editorial Sucesores de Gali. Santiago de Compostela, 1946, págs. 70-73.- Es oportuno observar que el autor añade, de inmediato, un detenido análisis sobre la necesidad de la interpretación para hacer efectivo el sentido de las fuentes: "... No basta saber que hay leyes administrativas y cuales son: lo más importante para el jurista es conocer el modo de captar el contenido de esas leyes para utilizarlo en la construcciones teóricas o en las aflicciones prácticas...". Pág.74

[10] LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo*, 13ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pág 49.

[11] Cfr. MOLES CAUBET, A.: "Lecciones de Derecho Administrativo", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, págs. 158-159.

El conjunto de referencias doctrinarias antes consignado, que solo significa un incompleto y brevísimo recorrido por la consistente e igualmente abundante producción intelectual sobre el tema objeto de las presentes notas, no pretende más que dejar presente un punto de contacto necesario, desde el punto de vista metodológico, como presupuesto teórico para evaluar la eventual procedencia y, en su caso, el alcance que podría tener en el entorno venezolano, predicar la cualidad de fuente de derecho, respecto de los actos administrativos, lo que conduce a la delimitación del concepto en ese escenario, a lo que se pasa de seguidas.

III. El acto administrativo como fuente en el derecho venezolano

Como síntesis de lo antes visto, y por tanto, como consecuencial punto de partida a lo que ahora debemos entrar a discutir, aparece una constante dada por la consideración como fuentes del derecho, de aquellos elementos primarios, objetivos, que sustentan la producción de los instrumentos expresivos del ámbito jurídico específico al cual se haga referencia en determinadas circunstancias. De allí, la mención constante y uniforme que hacen los más diversos autores a las *normas jurídicas*, en la oportunidad de tratar el tema de las fuentes, si bien en algunos casos, se hace explicita y destacada la alusión a un espectro más amplio – y anterior – a la norma, constituido por *el ordenamiento*, cuyo perfil conceptual, junto a su expresión fáctica, contribuyen de manera decisiva, a la construcción, tanto del contexto específico del propio ordenamiento administrativo, como, en consecuencia, de la posibilidad de identificación de las categorías que pueden ostentar, dentro de un discurso lógico y coherente la cualidad de fuentes de derecho administrativo.

En este momento la perspectiva apunta a conocer la estructura concreta del sistema de las fuentes en el derecho venezolano, partiendo, desde luego, de una plataforma teórica que apunta a la comprensión de la mayor o menor amplitud de ese espectro de fuentes, para descubrir la presencia o no, de lo que se cataloga como acto administrativo, lo que tiene que sustentarse, para ser científicamente válido, en disposiciones formales respetuosas del ordenamiento en el cual se insertan, además de una coherencia argumental suficiente.

En tal sentido resulta ilustrativo tener presente, con Joseph Aguiló, que "Constituye una obviedad afirmar que la expresión "norma jurídica" es ambigua, que puede asumir diversos significados....antes que nada conviene aclarar una cuestión: es obvio que existe una vinculación entre el concepto de fuentes del Derecho y el de Derecho objetivo. Esta vinculación se traduce en que una modificación del concepto de Derecho objetivo conlleva una modificación

correspondiente del concepto de fuentes del Derecho. En particular, la intensión y la extensión de la noción de fuentes del Derecho variarán según que consideremos al derecho como un conjunto formado sólo por normas generales o como un conjunto formado por normas generales y particulares. Por ejemplo, los contratos serán fuentes del Derecho o no en función de que los incluyamos dentro de la noción de Derecho objetivo. Generalmente, la teoría de las fuentes del Derecho ha operado con un concepto del Derecho objetivo que incluye sólo las normas generales"[12].

De este modo, la estructura de la ecuación está dada partiendo de la posibilidad de considerar o no el acto administrativo como un acto de contenido normativo; esto es, si la figura normativa típica de la función administrativa, cual es el reglamento, encaja en la calificación de acto administrativo, o si por el contrario, constituyen figuras jurídicas diferentes. La cuestión ha sido objeto de atención por la doctrina, generando posiciones diversas.

Así, para algunos autores patrios, la noción de acto administrativo comprende en su alcance a la figura del reglamento, por lo que la conclusión tendría que ser la de considerar que al acto administrativo comporta el carácter de fuente, con todas las consecuencias que ello conlleva.

En esa posición se ubica el Profesor MOLES CAUBET, quién entiende que: "El Reglamento se caracteriza por ser un acto normativo emanado en el ejercicio de funciones administrativas. La nota definitoria se encuentra en su contenido normativo. Constituye una norma y por ello integra, al mismo título que la ley, el ordenamiento jurídico general. Mas, y ésta es la diferencia, el Reglamento, en virtud del principio de legalidad, está condicionado por la ley, siendo entonces una fuente jurídica secundaria o terciaria"; y de inmediato añade, "... Como producto de la función administrativa el Reglamento es un acto administrativo por oposición a la ley. Punto a destacar, pues al tener el reglamento los caracteres de generalidad y de abstracción, y lo que es aún más importante, de formación, se le ha vendo confundiendo hasta principios de siglo con un acto de contenido legislativo, una ley material, inclusive por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ..."[13]

De inmediato, el autor citado reconoce la posición que en sentido contrario sostienen en la doctrina, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, destacando dentro de sus argumentos, los referidos al hecho de que el reglamento forma parte del ordenamiento, en tanto el acto es

[12] AGUILÓ REGLA, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel. Barcelona, 2000, pág. 64.
[13] MOLES CAUBET, A.: " La potestad reglamentaria y sus modalidades"; en *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pág. 2084.

algo *ordenado*, así como que en tanto el reglamento innova el ordenamiento jurídico, el acto se limita a aplicar dicho ordenamiento a la resolución de un supuesto dado, previsto por ese ordenamiento; y frente a esos argumentos, Moles expresa: "...La distinción es oportuna, pero solamente para destacar que se trata de dos especies distintas – una normativa y otra no normativa–, si bien con un género común por ser ambas producto de una misma función, la función administrativa..."[14]

El punto es clave para el tratamiento de la cuestión que nos ocupa. En lo particular, he estimado no solo oportuna, sino adecuada, necesaria y coherente la distinción entre norma y acto administrativo[15], por cuanto afina el punto de mira sobre las instituciones fundamentales de la disciplina y permite definir un perfil más preciso de las mismas, con las consecuentes precisiones que proyectan el nivel de conocimiento sobre los fenómenos objeto de estudio.

En efecto, a nuestro juicio, no resulta suficiente afirmar que "... para la LOPA (*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*) el concepto de acto administrativo es restringido aún cuando en él se incluyen los reglamentos, se excluyen los actos contractuales y se trata en forma especial la ejecución forzosa de los actos administrativos como una de las formas de coacción administrativa..."[16]

Ciertamente, estimamos que el texto de esa Ley no conduce a la conclusión precitada:

> Artículo 7.- Se entiende por acto administrativo, a los fines e esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos e la administración pública.

De una parte, es claro que no se puede derivar de la *generalidad* del acto –que se refiere a su aplicabilidad a un numero amplio o indeterminado de destinatarios–, con la *abstracción*, propia de las normas jurídicas, consistente en la regulación –como contenido del acto–, de un supuesto abstracto, de una hipótesis, para que surta efecto en la oportunidad de operar en la realidad fáctica la ocurrencia de aquel supuesto. Por ello, por ser abstracto, el acto

[14] *Ibídem*.

[15] Además del desarrollo argumental que ofrecen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su *Curso...*, cit., es una referencia imprescindible en el tema, el contundente estudio (*La distinción entre norma y acto administrativo*) que ofreció el Profesor J. L. MEILÁN GIL, en 1967, mediante publicación de la Escuela Nacional de Administración Pública, por cuya reedición mantiene saldo deudor con quienes somos *interesados legítimos* en el conocimiento y la reflexión sobre las categorías del Derecho en general y del Derecho administrativo, en particular.

[16] Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. E.: "Los actos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, Nº 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pág. 43.

normativo va regularmente acompañado de la generalidad (salvo en algunos casos como el de las normas medida, etc.), pues se dirige a regular un supuesto que no ha ocurrido, con lo cual se aplica a cualquier sujeto que se ubique en esa previsión.

De su parte, el acto administrativo es esencialmente una *acto concreto*, que resuelve un hecho ya ocurrido, mediante la aplicación de una norma que forma parte del ordenamiento y resulta compatible con el supuesto de hecho que se presenta a resolución, con la destacable nota adicional que subordina la decisión concreta a la regla, que se convierte, entonces en medida de la licitud o ilicitud de tal decisión concreta.

Pero parece que la LOPA no deja espacio a los reglamentos en su regulación. En efecto, si de acuerdo al artículo 7, son actos administrativos las declaraciones emitidas "de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley", basta dar lectura al artículo 18, que establece tales requisitos, para entender que algunos de ellos excluyen a los reglamentos[17].

De otra parte, cabría preguntar en sentido contrario, por qué, desde esa perspectiva de evaluación, se consideran excluidos los contratos, tratándose igualmente de actos dictados en ejecución de la función administrativa que pueden cumplir con los requisitos formales que la Ley establece.

Mas recientemente, la Ley Orgánica de la Administración Pública (cuya última modificación se produjo mediante Decreto-Ley (Gaceta Oficial Nº 5.890 del 31 de julio de 2008), hace mención expresa a "*actos administrativos de carácter normativo*" (artículo 4), como parte del grupo de actos normativos, integrado, además, por la Constitución y las leyes, al cual se sujeta la asignación, distribución y ejercicio de las competencias de la Administración Pública.

Esta misma Ley establece disposiciones sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y fija unas pautas de procedimiento para la elaboración de reglamentos (artículos 88 y 89).

[17] "Artículo 18.- Todo acto administrativo deberá contener:
1.Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto;
2.Nombre del órgano que emite el acto;
3.Lugar y fecha donde el acto es dictado;
4.Nombre de la persona u órgano a quién va dirigido;
5.Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes;
6.La decisión respectiva, si fuere el caso;
7.Nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia;
8.El sello de la oficina..."

En resumen, en el sistema jurídico venezolano existen al menos dos categorías de actos jurídicos producidos por la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa, que son perfectamente diferenciables en cuanto a su naturaleza. Una de esas categorías es la de los reglamentos, en tanto actos normativos –y por ello generales y abstractos–, que en razón de su carácter se integran al ordenamiento jurídico, y en consecuencia, no hay duda en considerarlos como fuente del Derecho administrativo.

En cuanto a los actos concretos, no normativos, para los cuales reservamos la denominación de actos administrativos, en principio no tendrían tal carácter de fuente, por ser actos ordenados, concretos, consumibles, que se extinguen y desaparecen, como tales, del mundo del Derecho, con el cumplimiento de su objeto. Por ello, los mecanismos y principios procesales para el control de la legalidad de cada una de estas categorías son diferentes, particularmente por lo que respecta a la caducidad del recurso.

Sin embargo, entendemos que existen supuestos particularmente significativos, en los cuales, determinados actos administrativos pueden gozar de la cualidad de fuente de derecho, en atención a la posibilidad de actuar como referente para la producción de efectos jurídicos, tal es el caso de los planes urbanísticos, o tal vez el acto de afectación a expropiación, o la calificación de patrimonio cultural sobre inmuebles.

En estos casos, el acto administrativo "sui generis" se ubica en el límite entre norma y acto concreto, y sirve como soporte o fuente de derecho, en tanto determina las condiciones, límites y alcance de otros actos que conducen a la concreción de sus determinaciones o resultan de alguna manera delimitados en su alcance por aquellos, tal como sucede con las autorizaciones, determinación de tipos fiscales, e incluso, posibilidad de determinar supuestos sancionatorios.

Todo ello reafirma la dinámica que impregna inevitablemente al Derecho administrativo.

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Víctor Rafael Hernández-Mendible

I. Introducción

La continuación del estudio del sistema nacional de fuentes del Derecho Administrativo, nos convoca en esta oportunidad a analizar el acto administrativo como fuente de nuestra disciplina jurídica.

El acto administrativo constituye una institución del Derecho Administrativo que ha sido objeto de análisis desde la perspectiva constitucional, legal, de la jurisprudencia y de la doctrina científica nacional.

No obstante, tal como se va a apreciar a lo largo de la exposición, la precisión de la noción de acto administrativo no es un concepto jurídico pacífico, por el contrario la misma atiende a la evolución del pensamiento científico jurídico contemporáneo, lo que conduce a comprender que se trata de una noción dinámica, inacabada, en pleno desarrollo y transformación.

De allí que el camino recorrido no haya sido fácil y el diálogo de los jueces que hacen la jurisprudencia, con la doctrina científica no haya permitido formular una definición única y definitiva en el ordenamiento jurídico venezolano, lo que lejos de parecer inadecuado, sin duda alguna ha sido muy enriquecedor.

Es así como luce pertinente mencionar, que tal como lo ha destacado la doctrina científica[1], la expresión "acto administrativo" recién apareció con rango constitucional en el derecho positivo, en la Constitución de 1931[2]

[1] LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo,* 13ª ed., Caracas, 2008, pág. 663; G. PÉREZ LUCIANI, en su discurso de incorporación a la Academia, titulado *La noción del acto administrativo.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2009. pág. 98.

[2] El artículo 120 de la Constitución de 9 de julio de 1931, dispone que "Son atribuciones de la Corte Federal y de Casación: ... 12. Declarar la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes, cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas, y en general, declarar, cuando sea procedente, la nulidad de todos los actos a que se refieren los artículos 42 y 43 de esta Constitución, siempre que emanen de autoridad nacional o del Distrito Federal, o de los altos funcionarios de los Estados.
La acción de declaración de nulidad de un *acto administrativo* por ilegalidad o abuso de poder caduca a los trece meses, contados desde la fecha de la publicación de dicho acto. La ilegalidad, como excepción, puede oponerse siempre.

Cont.

–aunque con anterioridad existían otras expresiones para referirse a lo que se conoce como la actividad administrativa–, sin que para ese momento existiese una definición sobre lo que se entendía por tal. La lectura de la disposición constitucional que la contiene, permite apreciar su empleo con una finalidad eminentemente procesal, determinar el lapso de caducidad que tenía el destinatario del acto para formular su pretensión de anulación ante el órgano jurisdiccional.

Solo fue hasta 1937, cuando la doctrina científica formuló su aproximación inicial, aunque de manera descriptiva, en el primer libro general de Derecho Administrativo en el país[3], al que luego de 25 años, lo sucedieron otros dos autores cuya influencia en la formación del Derecho Administrativo nacional resulta actualmente incuestionable[4].

Por su parte, las primeras sentencias que abordan una definición de acto administrativo se producen a finales de la década de los cincuenta del siglo XX, escaso tiempo antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1961, que contemplaba varias disposiciones que hacían alusión a los actos administrativos, pero sin duda el gran debate doctrinal se va a producir en la década de los setenta, previo a la expedición de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que surgió a comienzos de la década de los ochenta, la cual estableció la definición legal de acto administrativo actualmente existente.

Ahora bien, el presente trabajo no pretende limitarse a abordar la evolución del concepto de acto administrativo y a precisar su distinción con otros actos jurídicos que tienen identidad propia en la realidad nacional, sino que persigue determinar en qué términos se puede considerar que el acto administrativo integra parte del sistema de fuentes del Derecho Administrativo.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes temas: La conceptuación de acto administrativo y su distinción de otras categorías jurídicas (II); la clasificación de los actos administrativos (III); los actos jurídicos de los entes reguladores (IV); el alcance de la presunción de legalidad o juridicidad (V); la estabilidad de

Cuando el acto tachado de nulidad fuere una Resolución Ministerial relativa a la ejecución o caducidad de algún contrato celebrado por el Ejecutivo Federal, la Corte no podrá decidir sino mediante el procedimiento pautado en el número que sigue".

[3] HERNÁNDEZ-RON, J. M.: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo,* Tomo I, Caracas, 1937, págs. 111-112.

[4] LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo,* 1ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963; y, BREWER-CARÍAS, A.: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

los actos administrativos creadores de derechos (VI); y las consideraciones finales (VII).

II. La conceptuación de acto administrativo y su distinción de otras categorías jurídicas

Los actos jurídicos estatales constituyen la exteriorización de una actividad jurídica formal, que en el caso de los órganos del Poder Público y en el marco de su vinculación con el Derecho, se clasifican en actos jurídicos parlamentarios con forma de ley (leyes orgánicas, ordinarias o reglamento de interior y debates[5]), actos parlamentarios sin forma de ley (acuerdos); actos de gobierno; decretos con rango, fuerza y valor de ley (decretos-leyes); actos jurídicos que dirimen conflictos (sentencias, autos y laudos); actos jurídicos administrativos, que se expresan en actos jurídicos unilaterales (actos administrativos individuales o generales) o en actos jurídicos bilaterales (contratos).

El interés de este trabajo se centrará en el análisis de los actos jurídicos unilaterales, denominados actos administrativos y su diferenciación de los otros actos jurídicos unilaterales con los que guardan cierta similitud.

A. Los criterios utilizados para la definición de acto administrativo

Este análisis debe realizarse a partir de los distintos criterios que han sido utilizados en la elaboración de la noción de acto administrativo, lo que se hará seguidamente. En la construcción de la definición de acto administrativo se han empleado tres criterios fundamentales:

1. El criterio subjetivo u orgánico

Este lleva a considerar como acto administrativo aquella expresión formal de los órganos y entes de la Administración Pública. En la realidad jurídica venezolana, la Administración Pública se encuentra integrada tanto por los órganos de la rama Ejecutiva del Poder Público que ejecutan la función administrativa y que conforman la Administración Central, como por los entes ajenos de aquella, que comprenden la Administración Descentralizada funcionalmente.

[5] El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia 1950 de 7 de septiembre de 2004, ratificada en sentencia 1123 de 8 de junio de 2006 y posteriormente en sentencia 1416, de 19 de julio de 2006, ha sostenido al analizar la naturaleza jurídica del "Reglamento de Interior y Debates", que más allá de la calificación nominal de "reglamento", al ser dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, tener un contenido normativo dirigido a regular el procedimiento legislativo de formación de las leyes y como finalidad pretende la regulación de la organización y funcionamiento del Poder Legislativo, posee la naturaleza de una auténtica ley.

Esta modalidad de distribución de la Administración Pública se replica en las entidades territoriales denominadas estados y en las entidades locales, conocidas como municipios. Es así como se entiende la existencia de la Administración Pública estadal central (gobernadores y secretarios de gobierno) y una Administración Pública municipal central (alcaldes y directores generales) e igualmente existe la Administración Pública estadal o municipal descentralizada funcionalmente (institutos autónomos, sociedades mercantiles, asociaciones civiles y fundaciones).

En atención al criterio orgánico o subjetivo se deduce que, en principio, los órganos y entes que conforman la Administración Pública siempre se expresan jurídicamente a través de actos administrativos y que por argumento en contrario, las demás autoridades públicas, al no integrar tal Administración Pública no pueden expedir actos jurídicos de naturaleza administrativa[6].

No obstante, como acertadamente destaca la doctrina científica[7], tal criterio parte de una presunción que no es absoluta, por lo que admite prueba en contrario. Gracias a ello se ha podido concluir, que existen supuestos en los cuales la Administración Pública se expresa a través de la emisión de actos administrativos y casos en que actúa mediante actos jurídicos de naturaleza privada.

2. El criterio objetivo o material

Se considera acto administrativo aquel acto jurídico expedido en ejercicio de la función administrativa[8], lo que excluye los actos jurídicos dictados en ejercicio de la función gubernamental, de la función legislativa y de la función jurisdiccional.

Ahora bien, en ejercicio de la función administrativa se debe servir a los intereses generales, se debe actuar para servir a los ciudadanos, con el objeto

[6] J. GUILLERMO ANDUEZA, cuando se refiere a la importancia que se le ha atribuido al criterio orgánico para la determinación de la presencia de un acto administrativo, señala que se ha requerido como condición esencial, que él mismo emane de un órgano de la Administración Pública, por lo que no se considerarían como tales actos administrativos a los emitidos por el Poder Legislativo o por el Poder Judicial, aún cuando actúen en ejercicio de la función administrativa. El objeto del recurso contencioso-administrativo de anulación. Especial referencia al silencio administrativo. *Tendencias de la Jurisprudencia en materia Contencioso Administrativa,* Universidad Central de Venezuela-Corte Suprema de Justicia-Colegios de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 1986, pág. 209.

[7] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 464.

[8] Al referirse al criterio material, J. GUILLERMO ANDUEZA recuerda, que se ha destacado que lo decisivo para que la actividad estatal sea considerada como acto administrativo, es que el órgano que la realiza haya ejercido o no una función administrativa, Ob. cit., pág. 209.

de satisfacer sus necesidades básicas tanto de manera individual como colectiva.

En tales términos, se considera como acto administrativo aquel dictado con sujeción a los principios de eficiencia, eficacia, economía, celeridad, responsabilidad, transparencia, objetividad e imparcialidad, destinados a realizar la finalidad que justifica el ejercicio de la función administrativa, que no es otra que la tutela y protección de los intereses generales, mediante el servicio a los ciudadanos.

3. El criterio formal

El criterio formal lleva a considerar como acto administrativo, al acto jurídico dictado en ejecución de la ley, es decir, jerárquicamente de rango sublegal, que exterioriza una declaración expresa de la autoridad pública, la cual se expide una vez que se han cumplido los procedimientos y requisitos contemplados en las disposiciones jurídicas.

Este criterio exige el cumplimiento de unas formas, trámites y procedimientos, siempre que éstos sean esenciales para lograr el fin del acto jurídico y que no afecten derechos o garantías de los destinatarios, es decir, que no sean requisitos inútiles, engorrosos e innecesarios para el cumplimiento del objeto del acto.

Ello así, tal como ha destacado la doctrina científica, estos criterios analizados aisladamente no son suficientes para establecer un concepto contemporáneo de acto administrativo. Esto lleva a analizar la evolución experimentada en la doctrina científica venezolana.

B. El concepto de acto administrativo en la doctrina científica

Al igual que ha sucedido en la mayoría de los países que tienen una disciplina de Derecho Administrativo tributaria del modelo clásico, la doctrina científica no siempre ha sido pacífica respecto al concepto de acto administrativo en Venezuela. Ésta ha tenido posturas distintas en atención a la época en que asumieron el concepto, conforme al ordenamiento jurídico vigente en ese momento.

En atención a ello, teniendo presente las enseñanzas de los tres maestros contemporáneos, se procederán a analizar las distintas opiniones sobre la noción de acto administrativo.

1. La tesis de LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA

Originalmente LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA al analizar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, hacía mención a un fallo que asumió el criterio material para determinar la presencia de un acto administrativo, en lugar del criterio orgánico[9].

Luego de denunciar la contradicción subyacente en la motivación del fallo, sostiene que

> este predominio de lo material sobre lo orgánico no es evidente en la doctrina –al contrario se piensa que lo que podría reconducir a unidad la teoría del acto administrativo es la observación de que los sometidos al régimen administrativo son solamente los dictados por la Administración–, ella se encuentra contradicha, como lo hemos dejado expuesto, por el texto constitucional que la misma sentencia cita, y, si esto fuera, poco, aun por la norma de rango legal: la atribución 9ª del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, que somete al control contencioso de la Corte, no los actos administrativos sino, más explícitamente, los '*actos de la autoridad administrativa*' en cualquiera de sus ramas[10].

Por tanto, concluía sosteniendo que la referencia al criterio orgánico para identificar a los actos administrativos es demasiado evidente, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de la Corte Federal, para que pueda ser sustituido por otro.

Como se puede apreciar, la posición inicial de FARIAS MATA fue advertir sobre la inconveniencia de la utilización del criterio material, para determinar la naturaleza del acto administrativo, en el sistema jurídico positivo venezolano. Es así como sostenía que tal concepción le resultaba extraña en atención a lo dispuesto en el artículo 7.9 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, que le atribuía a ésta, competencia para conocer de los procesos contencioso-administrativos de los actos "emanados de autoridad administrativa", lo que le llevaba a considerar que existía un franco predominio del criterio orgánico en la determinación del acto administrativo[11].

[9] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 18 de julio de 1963, sostenía que "La acción fue intentada con base en el ordinal 7º del artículo 215 de la Constitución Nacional vigente, que confiere a la Corte Suprema de Justicia competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos del *Ejecutivo Nacional* cuando sea procedente ...Prevalece en la doctrina el criterio de que tratándose de actos del Poder Público, la condición del acto administrativo no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza, sino de la *función o facultad* que éste ejerce al realizarlo ...".

[10] FARÍAS MATA, L. H.: "La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. I (1968-1969)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971, págs. 334-335.

[11] FARÍAS MATA, L. H.: "Los procedimientos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", *Cont.*

Pero FARÍAS MATA luego cambiaría de criterio, al entrar en vigor la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues al desaparecer aquella norma, considera que entonces "cobra fundamento esa tesis de la globalidad como criterio de interpretación de los actos administrativos", a la cual le agrega la nota procesal.

Según ello, lo que interesa de la determinación de lo que se entiende por acto administrativo es precisar si pueden ser sometidos al régimen de impugnación contencioso administrativa, dirigida a enmendar las actuaciones administrativas. Si ello no fuese posible, carecería de sentido calificar de acto administrativo conforme a la tesis de globalidad –asumida en Venezuela por ALLAN BREWER-CARÍAS– una actuación realizada por el Poder Legislativo o por el Poder Judicial[12].

2. La tesis de ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Por su parte, ALLAN BREWER-CARÍAS había sostenido que se considerará acto administrativo a aquella declaración de voluntad realizada por la autoridad pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, con el objeto de producir determinados efectos jurídicos[13]. Esta tesis guardaba consonancia con las sentencias precedentes y llegó a recibir acogida incluso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[14].

Luego de lo que FARÍAS MATA calificara como una rectificación impresionante por valiente y sincera[15], ALLAN R. BREWER-CARÍAS propone un concepto de acto administrativo que sea omnicomprensivo de los distintos criterios, es decir, que abarque el criterio orgánico, el criterio material y el criterio formal. Es así como propone que se:

> debe considerar como acto administrativo toda manifestación de voluntad de carácter sublegal (criterio formal), realizada por los órganos del Poder Ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función normativa y de la función jurisdiccional (criterio orgánico); por los órganos

en *El Control Jurisdiccional de los Poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, págs. 209-210.

[12] FARÍAS MATA, Ob. cit., pág. 209.

[13] BREWER-CARÍAS, A.: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, págs. 99-100.

[14] Como antecedentes se tiene que la Corte Federal y de Casación, en Sala Político Administrativa, en sentencias de 5 de agosto de 1958 y de 3 de junio de 1959, había desarrollado una definición similar a la expuesta por ALLAN BREWER-CARÍAS en 1964 y que mantendría posteriormente la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencias de 11 de agosto de 1965 y 2 de noviembre de 1967, entre otras.

[15] FARÍAS MATA, Ob. cit., pág. 209.

> del Poder Legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sublegal (criterio material), y por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función normativa (criterio material), con el objeto de producir efectos jurídicos que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho, de una situación jurídica general[16].

3. La tesis de JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

Tal como se ha expuesto en otra oportunidad, JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ conoce las tesis de sus predecesores, pero no se limita a repetirlos, sino a buscar las raíces de los mismos para exponer sus propias definiciones[17]. Es así como advierte que la noción de acto administrativo no puede ser determinada con independencia de toda consideración contenciosa, dado que su importancia viene dada fundamentalmente por la posibilidad de control jurisdiccional de la actividad de la Administración Pública, de donde se evidencia su coincidencia con lo que Farías Mata ha denominado la nota procesal.

No obstante, luego del correspondiente análisis sobre los distintos criterios presentes en la definición de acto administrativo, llega a la siguiente definición:

> El acto administrativo, en principio, debe ser un acto jurídico emanado de la Administración Pública nacional, la Administración Pública estadal y la Administración Pública municipal, así como de los entes descentralizados funcionalmente. Con esto pues, se debe acoger el criterio orgánico o subjetivo para determinar el acto administrativo, pero no es suficiente, es necesario entonces, ya hemos dicho que no todos los actos que emanan de una Administración Pública son actos administrativos y entonces hay que completar el criterio orgánico con el criterio material. Sólo así cabe diferenciar entonces, la categoría jurídica de los actos administrativos de los otros actos jurídicos emanados de la Administración Pública[18].

---

[16] BREWER-CARÍAS, A. R.: *Derecho Administrativo. Tomo I.* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, págs. 393-394; "El objeto del control contencioso-administrativo", en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pág. 171; "El problema de la definición del acto administrativo", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez. Tomo I,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, págs. 31-38; "Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial", en *Acto Administrativo y Reglamento,* Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 560-561.

[17] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: Presentación. *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela,* Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pág. 16.

[18] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, págs. 468-469.

Cabe destacar que en esta definición ARAUJO-JUÁREZ menciona el criterio orgánico o subjetivo y el material u objetivo, pero no hace una mención expresa al criterio formal, lo que podría llevar inadvertidamente a pensar que éste carece de relevancia para él, a los fines de la determinación del acto administrativo. No obstante, tal apreciación sería incorrecta porque ha sido el propio Araujo-Juárez, quien ha dedicado buena parte de su trayectoria científica a destacar la importancia del *Derecho Administrativo Formal* y la trascendencia que tienen las formas en la expresión de los actos jurídicos de la Administración Pública, lo que sin duda le otorga un espacio propio al criterio formal, en la construcción del concepto de acto administrativo[19].

Es por ello que hay que señalar que el hecho de no resaltar expresamente el criterio formal en la definición, no es porque lo considere improcedente o irrelevante, sino que lo considera implícito al sostener que se trata de un "acto jurídico" –pues todo acto jurídico necesita de la forma, que lo distingue de los hechos, las actuaciones o las omisiones– y como tal constituye la exteriorización formal de la actividad administrativa de las autoridades públicas[20].

C. El concepto de acto administrativo en la legislación

Tal como fue expuesto anteriormente, la doctrina científica ha presentado distintas posiciones en la construcción del concepto de acto administrativo, tesis que se veían avivadas por la carencia de una ley que regulase el procedimiento administrativo.

No obstante, cabe destacar que si bien es cierto, que con la aparición de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se introdujo una definición de acto administrativo, ello no ha contribuido en absoluto para apaciguar la polémica, por el contrario, le ha dado nuevos matices.

En efecto, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos estableció lo siguiente:

---

[19] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Tratado de Derecho Administrativo Formal,* 3ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 1998, págs. 253.

[20] En este sentido sostiene J. ARAUJO-JUÁREZ, que el "acto administrativo necesita de la forma. El acto administrativo, como toda declaración, necesita de una forma externa de manifestarse. Esta forma del acto administrativo, suele estar predeterminada por la ley, y en este sentido, la forma del acto administrativo se diferencia de los actos de Derecho privado, donde el principio es más bien la libertad de forma; los particulares deciden en general, cuál es la forma que prefieren para hacer sus contratos o para manifestar su voluntad. En cambio, en el Derecho administrativo, el principio es el inverso, en razón del denominado principio de la tipicidad del acto administrativo; cada acto debe tener la forma prevista en la ley". *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, págs. 490-491.

> Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública.

Un sector de la doctrina científica –entre quienes figuran FARÍAS MATA[21], IRIBARREN MONTEVERDE[22] y ARAUJO-JUÁREZ[23]– considera que en el estado actual del derecho positivo venezolano, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene una definición sincrética de acto administrativo, que comprende los criterios orgánico, formal y material. En tal sentido señalan que:

a) El criterio material se ubica en la frase "toda declaración de carácter general o particular".

b) El criterio orgánico se observa, al atribuir dicha declaración a "los órganos de la Administración Pública".

c) El criterio formal se hace presente, al exigir que como declaración sublegal, sea "emitida de acuerdo a las formalidades y requisitos establecidos en la Ley".

Por su parte, otro sector de la doctrina científica –liderada por BREWER-CARÍAS[24]– ha recibido con gran reserva esta definición de acto administrativo establecida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, llegando incluso a formularle una dura crítica, por considerar que constituye una mala técnica legislativa establecer el concepto de acto administrativo en la norma legal, porque así se le restringe y no se le deja evolucionar.

Esto lo lleva a sostener que el artículo 7 de la Ley contiene un concepto mediatizado en lo que respecta al criterio formal, porque no contiene el carácter sublegal, sino que hace referencia meramente a las formalidades; en lo relacionado con el criterio orgánico lo contiene plenamente[25]; y en lo

[21] FARÍAS MATA, L. H.: "Introducción General", en *Tendencias de la Jurisprudencia en materia Contencioso Administrativa,* Universidad Central de Venezuela-Corte Suprema de Justicia-Colegios de Abogados del Estado Lara, 1986, pág. 61.

[22] IRIBARREN MONTEVERDE, H.: *Apuntes de clases del curso Derecho Administrativo II*, dictadas en la Universidad Católica Andrés Bello, en el período lectivo 1987-1988.

[23] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 462.

[24] BREWER-CARÍAS, A. R.: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo,* 7ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, págs. 137-139.

[25] En el sentido expresado por A. BREWER-CARÍAS, puede observarse que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dispone que "Los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones ***dictadas por los órganos y autoridades administrativas***".

concerniente al criterio material, carece absolutamente de él. Por ello concluye que la definición es inútil, incompleta, imprecisa y errada.

D. Los argumentos para la re-construcción del concepto de acto administrativo

Lo primero que cabe mencionar es que el concepto de acto administrativo es producto de la evolución del pensamiento científico jurídico contemporáneo, lo que ha permitido apreciar cómo la mejor doctrina ha ido construyendo tal noción por grados de aproximación.

Es por ello que no se ha tenido un criterio único para definir el acto administrativo e incluso, la jurisprudencia ha efectuado su aporte en lo atinente a la determinación no tanto del concepto, como de la precisión de aquellos actos administrativos que son susceptibles de ser sometidos al control del orden jurisdiccional administrativo, como categoría de actos estatales diferenciables de otros, que no son susceptibles de ser sometidos al control del orden jurisdiccional administrativo, pero que sí se encuentran sometidos al control del orden jurisdiccional constitucional.

No obstante, el interés de este epígrafe no consiste en determinar cuáles son los actos jurídicos estatales sometidos a uno u otro orden jurisdiccional, sino en proponer una definición lo más acertada posible, de lo que se entiende por acto administrativo en el estado actual del Derecho Administrativo de Venezuela.

Es en tal escenario que se puede considerar como acto administrativo, a todo acto jurídico que contiene una declaración o manifestación unilateral de voluntad, conocimiento, juicio o certeza, de carácter sublegal, producida en cumplimiento de los procedimientos, las formalidades y los requisitos establecidos en la ley, por los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa o de los entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, en ejercicio de sus competencias, que produce efectos creando, reconociendo, modificando, limitando, restringiendo o extinguiendo una situación determinada, en la esfera jurídica de sus destinatarios.

La anterior definición sin duda comprende el criterio mixto, global, omnicomprensivo o sincrético, pues hace alusión tanto al elemento material, al elemento orgánico y al elemento formal de manera concurrente, no dejando resquicio de actuación realizada en función administrativa que exteriorice la tramitación y/o terminación de un procedimiento, capaz de producir efectos jurídicos en la esfera de los sujetos a los que va dirigido, que no pueda ser subsumida en dicha definición.

E. El concepto venezolano de acto de gobierno

Con el análisis que se efectuará en el presente subepígrafe, no se persigue desconocer la afirmación efectuada por Vedel según la cual "parece que, efectivamente, los actos de gobierno no existen"[26] y menos aún lo expresado por Lares Martínez, quien considera que no existe ni en la Constitución, ni en las leyes, disposiciones que incorporen la noción de acto de gobierno, por lo que ésta resulta inútil y sin asidero en la realidad jurídica de Venezuela[27].

Sin embargo, debe también tenerse presente que tanto la doctrina científica como algunas decisiones jurisdiccionales han ensayado una aproximación a esta noción jurídica. Es por ello que se harán ciertas referencias a la teoría del acto de gobierno, utilizando los mismos criterios que se mencionaron respecto a los actos administrativos.

a) El criterio subjetivo u orgánico, conduce a considerar que siendo el Presidente de la República el Jefe del Estado y el Jefe del Ejecutivo Nacional, en cuyo carácter dirige la función de gobierno[28], es la autoridad pública competente que puede adoptar los actos de gobierno.

b) El criterio objetivo o material, lleva a sostener que los actos de gobierno son aquellos actos dictados en ejercicio de las funciones de gobierno o de la también denominada función política[29].

c) El criterio formal, permite apreciar que los actos de gobierno se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que tanto intrínseca como extrínsecamente deben cumplir con las disposiciones, los

[26] G. VEDEL sostenía que "En su forma clásica, la teoría del acto de gobierno se limita a dar un nombre a una aparente anomalía del contencioso-administrativo ... Sin embargo, como los juristas tratan de explicarlo todo, aun lo inexplicable diferentes justificaciones de la teoría de los actos de gobierno se han intentado". *Derecho Administrativo.* Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1980.

[27] LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo,* 13ª ed., Caracas, 2008, págs. 187-188. Incluso señala que la teoría de los actos de gobierno en su versión venezolana resulta inútil, desde el momento que se admite que tales actos se encuentran sometidos al control jurisdiccional de la constitucionalidad. Él considera que no "existen en nuestro derecho decisiones del Poder Ejecutivo que escapen de modo absoluto al control de la legalidad" y concluye que la teoría de los actos de gobierno no tiene asidero alguno en la realidad venezolana y que se encuentra agonizante en el ámbito universal.

[28] Artículo 226 de la Constitución.

[29] Sostiene A. BREWER-CARÍAS, que "La función de gobierno, como función estrictamente política del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, sin condicionamiento legal alguno. El legislador, es esta forma, no puede limitar las facultades políticas del Jefe de Estado. La función de gobierno, por tanto, es de rango legal, en cambio que la función administrativa es de carácter sublegal". *Derecho Administrativo. Tomo I,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pág. 397.

procedimientos y las formalidades que ella establece y jerárquicamente se encuentran ubicados dentro del sistema de fuentes, en el mismo rango que las disposiciones legales[30].

En consecuencia, el acto de gobierno, también denominado acto político permite identificar un acto jurídico distinto de los actos administrativos, dado que no se encuentran sujetos en su expedición y ejecución a la ley, ni en lo que respecta a su control, al orden jurisdiccional administrativo.

En efecto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos donde los actos de gobierno, se encontraban absolutamente excluidos de todo control jurisdiccional, en principio, en la realidad jurídica venezolana desde el punto de vista constitucional, todos los actos de los poderes públicos se encuentran sometidos al control jurisdiccional, lo que implica que la tesis que se ha elaborado de los actos de gobierno como categoría de actos estatales diferentes a los actos administrativos, no ha tenido por objeto excluir a aquellos de todo control jurisdiccional[31], pues tales actos se encuentran sometidos al control de la constitucionalidad por el Máximo Tribunal de Justicia[32].

De allí que cuando se produjo la sentencia que declaró la existencia de unos actos estatales de índole eminentemente política[33], que por tal razón se

[30] Este criterio lo ha asumido A. BREWER-CARÍAS, al considerar como tales actos de gobierno aquellos "actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución de la Constitución y por tanto, sometidos directamente a ella y con el mismo rango jurídico que la ley". *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 323; *Derecho Administrativo. Tomo I,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pág. 391; Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial. *Acto Administrativo y Reglamento,* Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 551.

[31] Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 11 de mayo de 1981, al analizar la posibilidad de exclusión del control jurisdiccional de la actividad administrativa, sentó el criterio siguiente: "... hoy en día tal tesis resulta definitivamente superada: primero porque de acuerdo con la letra constitucional no puede discutirse que ningún acto administrativo está exento del control jurisdiccional, y segundo, porque tampoco puede ponerse en duda en la concepción actual de nuestro Derecho Administrativo, que los recursos jurisdiccionales contra los actos administrativos sólo pueden versar en razones de ilegalidad del acto, y no del mérito u oportunidad de la actuación administrativa".

[32] ANDUEZA, J. G.: *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano,* 2ª ed., Caracas, 1974, Pág. 88.

[33] Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia 29 de abril de 1965, estableció que "en lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado Venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, ***están excluidos de control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política o actos de gobierno***, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional. Entre tales actos encuéntrense según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: Fijar el contingente de las Fuerzas

Cont.

encontraban excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad, la misma fue cuestionada porque abrió una brecha inadmisible al control jurisdiccional de los actos estatales[34]. Esta sentencia ponía de relieve una involución en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales[35] y pasó a convertirse en una decisión aislada en el marco de la Constitución vigente en aquel momento, pues posteriormente se ratificó la plena aplicación del principio de la universalidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre todos los actos estatales[36].

Sin embargo, durante el proceso de reforma constitucional, el órgano del Poder Público creado por la ley constitucional que contenía las Bases Comiciales, denominado Asamblea Nacional Constituyente, dictó sendos decretos de regulación-intervención del Poder Judicial y del Poder Legislativo. El último de ellos fue impugnado por el Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso, por considerarlo inconstitucional al contravenir el principio de separación del Poder Público. La Corte Suprema de Justicia, luego de reconocer el rango constitucional de las Bases Comiciales que establecieron las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual debían someterse todos los actos de ésta, asume la competencia del control jurisdiccional de la

Armadas Nacionales; convocar al Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los gobernantes de las Entidades Federales". (negrillas y cursivas mías).

[34] BREWER-CARÍAS, A. R.: "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales", en *Revista de Derecho Público Nº 26*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pág. 68.

[35] Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 15 de marzo de 1962, señaló que "... la existencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Público por parte del más Alto Tribunal de la República ha sido tradicional en Venezuela, y es indispensable en todo régimen que pretenda subsistir como Estado de Derecho. Porque la inconstitucionalidad es siempre antijurídica y contraria al principio que ordena al Poder Público, en todas sus ramas, sujetarse a las normas constitucionales y legales que definen sus atribuciones. Lo inconstitucional es un atropello al derecho de los ciudadanos y al orden jurídico general, que tiene su garantía suprema en la Ley Fundamental. En los países libremente regidos, toda actividad, individual o gubernativa, ha de mantenerse necesariamente circunscrita a los límites que le señala la Carta Fundamental, cuyas prescripciones, como expresión solemne de la voluntad popular en la esfera del Derecho Público, son normas de ineludible observancia para gobernantes y gobernados, desde el más humilde de los ciudadanos hasta los más altos Poderes del Estado. De los principios consignados en la Constitución, de las normas por ella trazadas, así en su parte dogmática como de su parte orgánica, deben ser simple desarrollo las leyes y disposiciones que con posterioridad a la misma se dicten; y tan inconstitucionales, y por consiguiente abusivas serían éstas si tal misión excedieran, como inconstitucionales y también abusivos lo serían cualesquiera otros actos de los Poderes Públicos que abiertamente contraviniesen lo estatuido en la Ley Fundamental ...".

[36] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 31 de octubre de 1972 y posteriormente la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 13 de marzo de 1993, en cuyo fallo concluye que " ... al examinar la constitucionalidad de un Decreto de Suspensión de Garantías, a pesar de tratarse de un acto de gobierno y de naturaleza discrecional, puede el juez, sin embargo, conocer no sólo de los aspectos formales que rodearon la emisión del mismo, sino también revisar, la 'veracidad y congruencia' de los hechos que constituyen la fundamentación fáctica".

constitucionalidad del decreto impugnado, para posteriormente argumentar sofísticamente, en una especie de reingeniería constitucional que las bases eran supraconstitucionales y que la Asamblea Nacional Constituyente constituía un poder autónomo, ilimitado e indivisible, por lo que sus actos escapaban al control jurisdiccional de la constitucionalidad[37].

Semejante explicación resulta inaceptable desde el punto de vista de la Teoría de la argumentación, porque si efectivamente las Bases Comiciales son de similar rango y naturaleza que la Constitución, tenían rango de ley constitucional y por ende, todos los actos jurídicos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente se encontraban sometidos al control jurisdiccional de la constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia.

En cambio, de admitirse la tesis de que las Bases Comiciales eran supraconstitucionales y que en consecuencia los actos jurídicos dictados por

[37] No puede soslayarse que la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 14 de octubre de 1999, al resolver la improcedencia de la pretensión de inconstitucionalidad contra el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, que regulaba las funciones del Poder Legislativo, expresó: "La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum de 25 de abril de 1999. Estas Bases, por ***haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de similar rango y naturaleza que la Constitución***. Por consiguiente, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ejercer el control jurisdiccional. ... (omissis) ... En el caso objeto de estudio, el control de la Corte, en Pleno, está fundamentado en el Referéndum Consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, que fijó el marco jurídico político dentro del cual debe actuar la Asamblea. Es decir, en dicho Referéndum, el pueblo le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión siendo ésta 'transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico' e igualmente, le indicó límite a su actuación consagrado en la Base Comicial Octava del señalado Referéndum.
Como puede apreciarse, la pregunta Nº 1 del Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, consagra ***la supraconstitucionalidad de sus prescripciones, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961*** ... es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del Poder Constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente.
Si el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho Referendo, y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del Poder Constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los ***Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supra constitucionales***, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes.
Cuando la demanda de nulidad objeta la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, para ser 'órgano de ejecución o de gobierno' o 'sustituirse en los órganos del Poder Público' y 'transgredir el principio de división del poder', el solicitante ignora que el **Poder Constituyente es autónomo, ilimitado e indivisible**, lo que significa que, en su caso, presupone, como dice la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999 '... La vida nacional como unidad de existencia y decisión' **a diferencia del Poder Constituido, cuya condición de poder ordinario exige la distribución en las tres ramas que determinan en su funcionamiento**".

la Asamblea Nacional Constituyente escapaban del control jurisdiccional de la constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, entonces la pretensión formulada no debió haber sido declarada improcedente, pues tal declaración implicaba una valoración sobre el mérito de la pretensión por parte del tribunal competente, cuando lo que debió haber declarado la Corte Suprema de Justicia era la inadmisibilidad de la pretensión, por carecer ella de competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos jurídicos que tenían una fuente superior a la Constitución, teniendo presente que en su condición de poder constituido, todas las competencias de este órgano jurisdiccional emergen de la Constitución.

Esta sentencia supuso la resurrección de los actos estatales, calificados por ella de "ejecución o de gobierno", que quedaban exentos del control jurisdiccional de la constitucionalidad[38].

Aunque luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, se ratifica que los actos de gobierno, dictados en función gubernamental y en ejecución directa de la Constitución son actos de indudable naturaleza política, que se encuentran sometidos al control jurisdiccional de la constitucionalidad[39], se va a producir una sentencia que viene a generar más confusión, pues no distingue claramente los elementos que integran los actos administrativos (elementos jurídicos y de mérito) y los actos de gobierno (elementos jurídicos, políticos, así como de oportunidad y conveniencia), en la cual se sostiene que tanto en los actos administrativos como en los actos de gobierno existen elementos políticos, que escapan al control de los órganos jurisdiccionales[40].

[38] En su momento sostuve "que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de octubre de 1999, no sólo constituye una lamentable resurrección de los actos excluidos del control jurisdiccional, sino que además supone un desconocimiento del Estado de Derecho, una negación de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, defensa, debido proceso, participación política y una regresión del sistema político democrático, al habilitar a un órgano determinado, la Asamblea Nacional Constituyente, para que concentre las funciones del poder legislativo y judicial, sin control posterior alguno". HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho", en *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, UCAB, Caracas, 2000, págs. 105-106.

[39] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 1 de agosto de 2000.

[40] El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 26 de mayo de 2004, resucita el fantasma de los actos excluidos del control jurisdiccional, aunque consciente de la gravedad de sus afirmaciones niega expresamente tal posibilidad, señalando lo siguiente: "En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (Vid. Sent. Nº 1393/2001 SC/TSJ). De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que están las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio –ya se verá que esta exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través

Teniendo en consideración todas las dificultades jurídicas expuestas, para alcanzar una noción diáfana de acto de gobierno, se pueden realizar las siguientes precisiones.

Los actos dictados en función de gobierno tienen una eminente naturaleza política, aunque siempre se encuentran revestidos de formas jurídicas, tienen una motivación de carácter político, pero que debe ajustarse a la Constitución[41]; en tanto que los actos dictados en función administrativa tienen una naturaleza administrativa, sujeta a la legalidad, es decir, se encuentran absolutamente sometidos a la Ley y al Derecho.

Los actos de gobierno son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución[42] –que los ubica en el mismo rango dentro del sistema de fuentes, de la ley, los decretos con rango, fuerza y valor de ley, los actos parlamentarios sin forma de ley–, lo que permite distinguirlos de los actos administrativos que son dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Los actos de gobierno son considerados como una especie de actos discrecionales, siempre en ejecución y cumplimiento de la Constitución; en tanto que en los actos administrativos preeminentemente discrecionales[43], siempre se estará en ejecución de la norma jurídica infraconstitucional que otorgará la potestad discrecional.

Los aspectos mencionados llevan a ALFONSO PARADISI a considerar que existen elementos suficientes para elaborar un concepto venezolano de acto

de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen ... (omissis) ... , lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, ...".

[41] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21 de noviembre de 1988 y posteriormente la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 11 de marzo de 1993.

[42] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21 de noviembre de 1988.

[43] Como apunta con absoluto acierto Luis Henrique Farías Mata, "la teoría jurídico-administrativa ha puesto de relieve cómo no existen actos discrecionales ni reglados en su forma pura: todos los actos administrativos son más o menos discrecionales o más o menos reglados. Por otra parte, si bien la posibilidad de que una jurisdicción revise la actuación administrativa, puede detenerse ante una cierta libertad de apreciación, por el agente administrativo, de las circunstancias de lugar y de tiempo que lo llevaron a adoptar la decisión, no puede, empero, extenderse esta inhibición jurisdiccional frente a la demostración de la falsedad de los hechos, ni mucho menos podría extenderse al fuero, a favor de la administración, respecto de la incompetencia del agente, o del contenido ilícito, imposible, indeterminado o indeterminable del acto, ni ante la desviación de poder o los vicios de procedimiento en que hubiere incurrido el funcionario". La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. I (1968-1969).* Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1971. Pág. 330. Esta posición fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 2 de noviembre de 1982 y ratificada en sentencia de 21 de noviembre de 1988.

de gobierno, en los siguientes términos: "Es aquel que dicta el Presidente de la República como órgano supremo del Poder Ejecutivo, en su carácter de Jefe de Estado, en ejecución directa de la Constitución y en ejercicio de la función de gobierno", agregando que se pueden clasificar según sus efectos en generales y particulares[44].

F. El concepto venezolano de acto de autoridad

Más allá de la tradicional distinción entre actos de autoridad y actos de gestión elaborada en el Derecho Administrativo francés[45] y conocida por toda la doctrina científica venezolana, los órganos jurisdiccionales nacionales han planteado una teoría propia del acto de autoridad.

La teoría del acto de autoridad constituye una creación pretoriana de la jurisprudencia del orden jurisdiccional administrativo, dirigida a asumir dentro de sus competencias el control de una categoría de actos jurídicos, que por sus características, en principio escapaban del mismo.

Las razones que motivan esta construcción no son de carácter meramente teórica, no son producto de una especulación intelectual o de una discusión académica científica encaminada a promover un nuevo tema de estudio, sino que tiene un fuerte anclaje constitucional, en el principio de la plenitud del control jurisdiccional y su proyección en el Derecho Procesal.

En efecto, la exquisita teoría de los actos de autoridad elaborada por el orden jurisdiccional administrativo[46], se sustenta en buena medida en la redacción que tenía el artículo 185.3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que disponía la competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad, respecto a los actos de aquellas "autoridades" diferentes de las que ejercían el Poder Público Nacional[47].

Fue así como se estableció que tales "autoridades" no eran calificadas en la ley como "públicas", porque se entendía que la ley había producido una

[44] ALFONSO PARADISI, J. D.: "Los Actos de Gobierno", en *Revista de Derecho Público Nº 52*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pág. 22.

[45] JULIEN LAFERRIÈRE, E. L.: *Traité de la jurisdiction administrative*, París, 1887.

[46] Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia de 21 de marzo de 1990.

[47] El artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa será competente para conocer: ... (omissis) ... 3. De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal".

ampliación del control jurisdiccional administrativo, que no se limita a los actos administrativos de la Administración Pública, "sino que se extiende a los actos emanados de las organizaciones dotadas de autonomía y autarquía, es decir, del poder de emanar actos válidos para el ordenamiento jurídico del Estado (autonomía) y el poder de dictar actos individuales constitutivos de situaciones jurídicas subjetivas (autarquía)". Esto condujo a la Corte a concluir que "... por cuanto el acto que se impugna de dicho organismo es un acto 'de autoridad' por cuanto tiene las características que precedentemente se señalaron, está sometido a su competencia..."[48,49].

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que "...la figura de los actos de autoridad es uno de los grandes aportes de la jurisprudencia al Derecho Administrativo moderno, constituye una solución racional a la situación de ciertos entes que si bien, se crean bajo forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas, por disposición de una norma. ... La consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. No pareciera justo que los actos de los Entes Públicos estén sometidos al control de tribunales especiales, como son los contencioso-administrativos por el hecho de que los

[48] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 15 de marzo de 1984; y posteriormente en sentencias de 13 de febrero de 1986, de 18 de febrero de 1986, de 24 de noviembre de 1986.

[49] La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 16 de diciembre de 1987, al analizar su competencia para conocer de los "actos de autoridad", lo hace dando los siguientes argumentos: "Al disociarse la noción orgánica de servicio público y su concepción material o funcional, ya no es extraño en el Derecho Público y en el Derecho Administrativo, que los particulares participen en la actividad administrativa. Al lado de este hecho innegable, existe la circunstancia que en la sociedad surgen grupos que dirigen sus propios asuntos, y que por eso se autodeterminan, lo cual les permite ejercer poderes o potestades sobre los sujetos que están unidos a ellos por un vínculo específico que puede ser disciplinario, científico, económico, deontológico, profesional, deportivo u organizativo. En base a estos vínculos, de donde se derivan aquellos poderes o potestades, se establece una supremacía de naturaleza unilateral, que según el autor italiano ZANOBINI, es una autarquía, que consiste en 'la capacidad propia de administrar sus intereses desarrollando una actividad que tiene las mismas características y la misma eficacia jurídica de la actividad administrativa del Estado'. Es así, entonces, como aparecen en la sociedad entes privados, o integrados por particulares, a quienes se les encarga la organización de algunos servicios públicos, como el profesional, el científico, el cultural o el deportivo. Han surgido en la práctica, por ejemplo, entes que en lo atinente a su constitución y funcionamiento están sujetos al Derecho Privado, pero en lo relativo a la organización del servicio o de la actividad que le ha sido encomendada, quedan sometidos al Derecho Público y en concreto al Derecho Administrativo, en lo referente a la sumisión al principio de legalidad; al carácter obligatorio de sus decisiones y a su integración a la competencia de los Jueces Contencioso Administrativos. Así lo ha admitido esta Corte en repetidas decisiones, en donde ha considerado como 'autoridades', por la actividad que realizan, de particular en la gestión u organización de un servicio público, o de una actividad declarada de utilidad pública, a entes de derecho privado, como la Asociación de Autores y Compositores, las Universidades Privadas y las Federaciones Deportivas".

mismos estén dotados de fuerza ejecutoria y de una presunción de legitimidad y son capaces de incidir sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y, otros con iguales características, pero dictados por sujetos originalmente constituidos bajo la forma de derecho privado, no puedan ser objeto de tal control" [50].

Se trata de supuestos donde sujetos constituidos legal y estatutariamente bajo formas de derecho privado, ejercen funciones públicas administrativas y aplican disposiciones de Derecho Público, produciendo actos jurídicos que son denominados actos de autoridad, que inciden en la esfera jurídica de sus destinatarios y que si bien no son actos administrativos propiamente dichos por no ser expedidos por autoridades públicas en función administrativa, son equivalentes o equiparables a ellos, tanto en lo concerniente al ordenamiento jurídico aplicable, como a los órganos jurisdiccionales a cuyo control jurisdiccional quedan sometidos[51].

Lo anterior permite apreciar que de los tres elementos que se han utilizado como eje de análisis para identificar los actos administrativos, se evidencia que en los actos de autoridad se encuentran presentes tanto el elemento material como el elemento formal, pero lo que distingue a ambos actos jurídicos es el elemento orgánico o subjetivo, que es donde se pone el acento para diferenciarlos.

Es así como los actos administrativos siempre son emitidos por autoridades públicas, en ejercicio de la función administrativa, con sujeción a los requisitos y formalidades contemplados en la ley; en tanto que los actos de autoridad son emitidos por autoridades privadas, que por habilitación jurídica ejercen función administrativa, en cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en la ley.

En razón de lo anterior, se debe rechazar la tesis incorrectamente formulada por la Defensoría del Pueblo, de calificar los actos jurídicos de una empresa privada dirigidos al cobro del servicio eléctrico[52], como "actos administrativos

[50] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 14 de mayo de 1998, confirmada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 9 de mayo de 2002.

[51] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 13 de junio de 2000, ratificada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias de 13 de abril de 2005 y de 17 de mayo de 2006.

[52] El acto jurídico mediante el cual la empresa operadora del servicio eléctrico o un tercero administrador –como era el caso planteado– pretende el pago del consumo efectuado por los usuarios, es una factura de naturaleza mercantil y no un acto administrativo o un acto de autoridad. Entre la factura comercial y los actos administrativos o los actos de autoridad existen evidentes diferencias jurídicas, que hacen incomprensible la confusión planteada por la Defensoría del

Cont.

de autoridad". Este planteamiento constituye un desconocimiento de la evolución jurisprudencial y de la construcción doctrinal que se ha hecho eco de ella, sobre los elementos que distinguen a ambas categorías jurídicas.

No obstante debe advertirse, que la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –autora intelectual de la tesis de los actos de autoridad– al conocer del asunto planteado por la Defensoría del Pueblo, hizo caso omiso de dicha calificación y se limitó a resaltar tal expresión[53], para luego ratificar que corresponde a los órganos jurisdiccionales administrativos, la competencia para conocer de "los actos administrativos de autoridad dictados por entes privados en materia de servicios públicos"[54] y en la sentencia que resuelve la controversia sostiene lo siguiente: "... efectivamente, fue utilizado en el escrito de interposición del presente recurso, por parte de la Defensoría del Pueblo, el concepto de actos de autoridad, para calificar las actuaciones llevadas a cabo por las empresas prestatarias del servicio eléctrico ... . Tal calificación resulta natural, en tanto la presente demanda, si bien es considerada por la Defensoría del Pueblo como un reclamo por la prestación de servicios públicos, es formalmente interpuesta como un recurso contencioso administrativo de anulación, el cual tiene siempre como objeto una actividad administrativa, bien sea un acto administrativo típico, una vía de hecho o un acto de autoridad"[55].

Sin embargo, a pesar de esta aparente confusión, no debe existir duda alguna que los particulares pueden ejecutar la función administrativa en los casos contemplados en el ordenamiento jurídico y si bien es cierto que al no ser autoridades públicas no emiten actos administrativos, por estar ello

Pueblo y no aclarada por la propia Corte. A título de ejemplo se pueden enumerar algunas de esas diferencias:

a) La factura aceptada es un título ejecutivo mercantil; en tanto que el acto administrativo aceptado o no por su destinatario es un título ejecutivo de carácter administrativo y el acto de autoridad es equiparable en este aspecto al acto administrativo.

b) La factura debe llenar todos los requisitos contemplados en el Código de Comercio; en tanto que los actos administrativos deben sujetarse a los extremos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Esto último también resulta aplicable a los actos de autoridad.

c) La factura debe cumplir con todas la normativa formal tributaria; mientras que los actos administrativos o los actos de autoridad, no se encuentran sometidos a formalidad tributaria alguna.

d) La factura no requiere estar firmada para su validez; en tanto que los actos administrativos o los actos de autoridad, requieren para su validez la firma de su autor.

e) La factura puede ser impugnada tanto en el contenido como en su forma, mediante la tacha de falsedad, el desconocimiento o el rechazo; en tanto que el acto administrativo o el acto de autoridad deben ser impugnados mediante la pretensión de anulación por contrariedad a Derecho.

f) El conflicto relacionado con una factura debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales mercantiles; en tanto que los conflictos surgidos de la expedición de los actos administrativos o de los actos de autoridad, corresponde a la competencia del orden jurisdiccional administrativo.

[53] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 6 de julio de 2001.

[54] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 3 de abril de 2002.

[55] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 14 de noviembre de 2007.

expresamente reservado a éstas, si pueden expedir actos jurídicos equiparables a los actos administrativos, que tanto la jurisprudencia como la doctrina científica son contestes en denominar actos de autoridad.

Dicho esto luce pertinente señalar, que se entiende por acto de autoridad, el acto jurídico que contiene una declaración efectuada por una persona de naturaleza privada, en aplicación de disposiciones de Derecho Público, que se encuentra en una situación de supremacía frente a una o varias personas con quienes interactúa y con las cuales se ha generado un vínculo de autoridad, producto del ejercicio de una potestad pública o de la gestión de un servicio público, que realiza por atribución o delegación de un título jurídico habilitante y que produce efectos en la esfera jurídica de sus destinatarios.

Son estos atributos los que constituyen a tal declaración en un acto jurídico equiparable a un acto administrativo, tanto a los fines de la aplicación del régimen jurídico como del control jurisdiccional pleno, al que queda sometido.

G. El acto administrativo y el silencio administrativo

El ordenamiento jurídico exige que los actos administrativos deben expresarse formalmente de manera escrita[56], dando una justificación racional, proporcional y adecuada a través de la respectiva motivación[57], sin embargo, ello no ha impedido que se produzca el silencio administrativo.

El silencio administrativo como manifestación del incumplimiento de un deber constitucional y legal, constituye una anomalía en el actuar administrativo, que ha sido objeto de importantes estudios en lo que concierne a su naturaleza y efectos, lo que condujo a la doctrina científica a proponer tres posible tesis: La primera que considera el silencio como un hecho jurídico; la segunda que considera el silencio como un acto jurídico; y la tercera que considera al silencio como una ficción legal[58].

a) El silencio como hecho jurídico se sustenta en el criterio, que al no producirse declaración de la autoridad administrativa, únicamente existe un hecho al que la ley le otorga consecuencia jurídica.

b) El silencio como acto jurídico ha sido considerado en distintas formas: Una como acto tácito, una como acto implícito y otra como acto presunto[59].

[56] Artículos 18, 72 y 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[57] Artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[58] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 972.
[59] J. G. ANDUEZA señala que se ha considerado que un acto administrativo es presunto "cuando la ley atribuye efectos jurídicos (positivos o negativos) a la inactividad, pasividad u omisión de

Cont.

c) El silencio como ficción legal, permite inferir que luego de transcurrido el plazo establecido en la ley, sin que se haya producido la decisión expresa, los interesados quedan habilitados, –sin que ello les implique una obligación o carga, sino al contrario, un beneficio o una garantía–, para formular sus pretensiones, ante las instancias correspondientes[60].

En este sentido se ha señalado que cuando la Administración Pública incurre en inactividad formal, es decir, no resuelve expresamente y por escrito, no luce correcto hablar de una negación tácita o presunta, ni de una estimación

la Administración Pública". No obstante, él mismo aclara que en realidad no existe acto, sino ausencia del mismo, una abstención de pronunciamiento y que tal silencio no es más que una ficción legal, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia. El objeto del recurso contencioso-administrativo de anulación. Especial referencia al silencio administrativo. *Tendencias de la Jurisprudencia en materia Contencioso Administrativa*. Universidad Central de Venezuela-Corte Suprema de Justicia-Colegios de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 1986. Pág. 209.

[60] En una sentencia de principio que es considerada un auténtico *leading cases* se ha precisado la naturaleza del silencio administrativo. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 22 de junio de 1982, estableció:

1º Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados.

2º Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer, como se quiso, al administrado, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.

3º Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que pongan fin a la vía administrativa.

4º Que el transcurso del lapso del silencio sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo, no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse.

5º Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación.

6º Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.

7º Que es el administrado quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa: durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134, o posteriormente, cuando la Administración le resuelve expresamente el recurso administrativo después de transcurridos los lapsos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

8º Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

9º Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y,

10º Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso-administrativo, pasados los nueve meses a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J., invocando el silencio administrativo".

Este fallo fue ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 16 de noviembre de 2001 y por el mismo Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 22 de febrero de 2006.

tácita o presunta. En tal supuesto, lo único realmente cierto es el efecto que la norma jurídica le otorga al silencio de la autoridad administrativa[61].

En realidad, en lugar de un acto administrativo, lo que se produce es una ausencia de acto o más propiamente, el silencio no constituye una declaración expresa, formal e inequívoca de voluntad, conocimiento, juicio o certeza, sino una carencia de tal declaración[62] y el legislador asume que este comportamiento de la Administración Pública, tiene un efecto jurídico, estimatorio o desestimatorio de lo pretendido, se trata de una inferencia que el legislador deduce de la inactividad de la Administración, siempre que los interesados hayan cumplido con determinadas exigencias contempladas en la norma jurídica.

Estos efectos que el legislador le otorga al silencio administrativo, se han clasificado en dos categorías: El silencio negativo y el silencio positivo.

a) El silencio administrativo negativo, supone que el legislador cree la ficción legal que la ausencia de decisión en el plazo jurídicamente establecido, implica un rechazo o una negación de lo solicitado, que habilita al interesado a acudir a las instancias correspondientes[63]. Si bien se trata de una ficción legal de naturaleza procesal en beneficio de los interesados, ésta no produce derecho sustantivo alguno en su favor.

b) El silencio administrativo positivo crea la ficción legal, conforme a la cual, transcurrido el tiempo que tiene la autoridad administrativa para resolver un asunto de su competencia, sin que se haya emitido la oportuna y adecuada respuesta, se presume que la petición o instancia ha sido aprobada o autorizada, siempre que la misma haya sido realizada conforme a los presupuestos de procedencia, a saber: i) Que el efecto positivo del silencio se encuentre expresamente contemplado en una norma jurídica[64], dado que este no se puede aplicar por vía de inferencia, analogía o interpretación[65]; ii) Que se trate de una solicitud que haya cumplido con todos los requisitos contemplados en la norma jurídica; iii) Que lo pretendido sea una habilitación administrativa preeminentemente reglada; iv) Que haya transcurrido el

[61] ARAUJO-JUÁREZ, Ob. cit. pág. 476.
[62] GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I,* 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 628.
[63] Artículos 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 255, 259.2 y 261 del Código Orgánico Tributario.
[64] Artículos 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, 27.5 de la Ley de Banco Industrial de Venezuela, 13 y 21 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, 87 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.
[65] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencias de 13 de diciembre de 1999, de 21 de diciembre de 2000 y 2 de octubre de 2001.

lapso para decidir, sin que se haya producido respuesta oportuna; v) Que lo solicitado sea conforme al ordenamiento jurídico, pues no se puede obtener por vía de silencio administrativo, aquello que no se puede obtener mediante acto administrativo expreso por ser contrario a Derecho[66].

Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, que no puede ser desconocida por autoridad alguna, sin cumplir con los procedimientos establecidos en la ley para su anulación o revocación, en cuyo caso se deberá actuar motivadamente[67]. El silencio administrativo positivo produce una presunción que puede crear derechos en favor del solicitante.

III. La clasificación de los actos administrativos

Los actos administrativos pueden ser clasificados en atención a distintos criterios. Estos pueden ser de origen constitucional, legal, jurisprudencial o doctrinal.

En efecto, los actos administrativos se suelen clasificar de diversa manera, con el objeto de realizar una comprensible explicación pedagógica. Así se habla de actos simples y complejos[68], en actos de trámite, actos finales o definitivos y actos de ejecución[69], en actos firmes, actos definitivamente firmes y actos que causan estado[70], en actos de efectos particulares y actos de efectos generales[71], en actos discrecionales y actos reglados[72] o en actos generales y actos individuales[73].

[66] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "Balance y perspectivas de la justicia administrativa (Año y medio de la Constitución de 1999)", en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. LaRoche, Vol. 1,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, págs. 422-424.

[67] GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos,* Civitas, Madrid, 1986, pág. 165.

[68] LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo,* 13ª ed., Caracas, 2008, págs. 147-148.

[69] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Tratado de Derecho Administrativo Formal,* 3ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 1998, págs. 247-255.

[70] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 10 de enero de 1980.

[71] Sobre esta distinción pueden consultarse ANDUEZA, J. G.: "Actos recurribles por inconstitucionalidad en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, págs. 51-63; BREWER-CARÍAS, A. R.: "El objeto del control contencioso-administrativo", en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, págs. 171-174; PÉREZ LUCIANI, G.: *La noción del acto administrativo,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pág. 105, realiza severas críticas a esta clasificación por considerarla errónea.

[72] Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa, en sentencia de 6 de noviembre de 1958 y Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 2 de noviembre de 1982.

[73] Artículos 206 y 215.7 de la Constitución de 1961.

A los fines del presente trabajo, el análisis se circunscribirá a las clasificaciones, contempladas en la Constitución y en las leyes.

Así se tiene que siguiendo la distinción contemplada en su predecesora, el artículo 259 de la Constitución establece que el orden jurisdiccional administrativo, le otorga competencia a los tribunales que lo integran para anular los "actos administrativos generales o individuales", en tanto que el artículo 266.5 de la norma suprema, al definir las competencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que le corresponde declarar la nulidad total o parcial de "los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales" del Ejecutivo Nacional.

Son estas las únicas alusiones a una clasificación de actos administrativos contemplada en las disposiciones constitucionales y que permite distinguir dos categorías: Los actos administrativos generales, entre los cuales se encuentran los reglamentos[74], según se aprecia del uso de la conjunción copulativa "y", en

[74] Existe una discusión histórica sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos, que partiendo de los criterios orgánico, formal y material llevan a sostener que éstos son expedidos en ejercicio de la función administrativa o de la función legislativa, tanto del Poder Ejecutivo como por los órganos y entes de la Administración Pública. En esta polémica, se había pronunciado E. SAYAGUÉS LASO sosteniendo que "no puede dudarse que el reglamento es un acto administrativo y que su régimen jurídico es el que corresponde a los actos administrativos". *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Montevideo, 1953, pág. 43. En un sector de la doctrina científica venezolana, la calificación de los reglamentos como actividad típica administrativa de efectos generales, la sostenía J. G. ANDUEZA, Ob. cit., págs. 59, 61-63; A. MOLES CAUBET, consideraba que "como producto de la función administrativa el Reglamento es un acto administrativo por oposición a la Ley". "La Potestad Reglamentaria y sus modalidades", en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera,*Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, págs. 2081-2104; G. PÉREZ LUCIANI, destacando esta línea de pensamiento señalaba, "que hoy tiende a tener absoluta prevalencia en la doctrina, la definición del Reglamento equiparándolo a los actos administrativos, por las siguientes razones: a) proveniencia de órganos del aparato ejecutivo; b) forma o apariencia exterior del Reglamento igual a la de otros actos administrativos; c) por tener el Reglamento idéntico vínculo de dependencia de la ley que cualquier otro acto administrativo. Se diferencia el Reglamento de los demás actos administrativos, por su contenido objetivo o material; de modo, que la nota distintiva viene dada por el contenido general y abstracto". "La actividad normativa de la Administración", en *Revista de Derecho Público Nº 1,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, págs. 36-37; este mismo autor, más recientemente ratifica que los reglamentos son actos administrativos normativos, *El principio de legalidad,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pág. 140; E. LARES MARTÍNEZ, considera que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales, que tienen carácter normativo. *Manual de Derecho Administrativo,* 13ª ed., Caracas, 2008, pág. 85; en igual sentido BREWER-CARÍAS, A.: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 119, y más reciente, en Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial. *Acto Administrativo y Reglamento,* Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 555, en el cual sostiene "... que en Venezuela, los reglamentos son y siempre han sido considerados como actos administrativos, en el sentido que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos. La única peculiaridad que tienen es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter normativo. Se distinguen,

la segunda norma constitucional citada, lo que permite considerar que entre éstos y aquéllos, existe una relación de contenido a continente o si se prefiere de especie a género; y los actos administrativos individuales.

Esta clasificación no fue respetada por el legislador, al menos desde el punto de vista nominal, pues se introdujo en una ley, las categorías de "actos de efectos generales"[75] y de "actos administrativos de efectos particulares"[76] y luego se produjo su reforma pero sin modificar tal clasificación[77]. En otra ley, se hace referencia a las categorías de "actos administrativos de carácter particular" y "actos administrativos de carácter general"[78,79].

Tratando de ajustar las clasificaciones legales a las disposiciones de la Constitución, fue que en el texto del proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso administrativo que elaboré, hice referencia únicamente –tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la misma–, a los actos administrativos generales y a los actos administrativos individuales[80].

así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares".
A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 22 de junio de 1971, ratificada por las sentencias de 31 de julio de 1980 y de 5 de agosto de 1980, ha reconocido que los reglamentos son actos administrativos generales y en sentido similar la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desde sus primeras sentencias, de 10 de junio de 1981, reconoció que: "El principio de legalidad es el marco de actuación de la Administración Nacional, y, a él están sujetos los reglamentos por ser actos administrativos".
En contra otro sector de la doctrina científica ha señalado, que los reglamentos son actos jurídicos normativos de naturaleza administrativa, pero que no deben ser calificados de actos administrativos, pues tal denominación se encuentra reservada a los actos administrativos individuales o de efectos particulares. ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 210; en sentido similar se ha pronunciado RODRÍGUEZ GARCÍA, A.: "La Ley y el Reglamento. Referencias al Derecho Venezolano", en *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 643.

[75] La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la sección segunda, Capítulo II, del Título V, lo denomina "De los juicios de nulidad de los actos de efectos generales" e igualmente se utiliza la expresión en el artículo 112 de dicha ley.

[76] La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la sección tercera, Capítulo II, del Título V, lo denomina "De los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares", expresión que se repite en los artículos 121 referido a la legitimación activa en el proceso administrativo; 132 que permitía la acumulación de las pretensiones en un mismo escrito y ante la misma Sala, en los casos de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares y del "acto general" que le sirve de fundamento; 136 que admitía únicamente la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares.

[77] Artículo 21, párrafo octavo, décimo y veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

[78] Artículos 7, 9, 13, 15, 72 y 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

[79] PÉREZ LUCIANI, G.: *La noción del acto administrativo,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, págs. 117-118, en particular nota ad calsen 153.

[80] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Revista de Derecho Nº 2,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, págs. 282-340.

No obstante la propuesta para una futura reforma legal que se adapte a la terminología constitucional, es pertinente analizar qué se entiende por ambas categorías de actos administrativos.

a) El acto administrativo individual es aquel cuyo destinatario es una persona, respecto a quien se van concretar de manera específica, los efectos de la ejecución de la decisión.

b) El acto administrativo general es aquel cuyos destinatarios son una pluralidad de personas determinadas o determinables, así como un número indeterminado o indefinido de personas, respecto de los cuales su ejecución pueden producir efectos en su esfera jurídica.

Estos actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: los decretos[81], las resoluciones[82], los órdenes, las providencias y las otras decisiones administrativas, que pueden adoptar además las formas de instrucciones o circulares[83].

Lo expuesto lleva a concluir que sin perjuicio de las distintas clasificaciones elaboradas, de la jerarquía que estipula la ley y de las posibles formas de expresión, constitucionalmente sólo existe una distinción entre los actos administrativos: generales e individuales.

IV. Los actos jurídicos de los entes reguladores

Constituyendo una de las funciones del Estado la regulación de la vida social y económica, ésta es llevada a cabo por una diversidad de órganos y entes públicos, bajo distintas modalidades.

Sin dejar de reconocer la distribución de las competencias de las autoridades públicas para realizar la regulación, lo que ha sido objeto de análisis en

[81] El artículo 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que "Los Decretos son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República y, en su caso, serán refrendados por aquél o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia, o por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros. En el primer caso, el Presidente de la República, cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado, además, por otros Ministros".

[82] El artículo 16 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que "Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular, adoptadas por los Ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la Ley.
Las resoluciones deben ser suscritas por el Ministro respectivo.
Cuando la materia de una resolución corresponda a más de un Ministro, deberá ser suscrita por aquellos a quienes concierne el asunto".

[83] El artículo 17 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

otras oportunidades[84], este estudio se centrará en los actos jurídicos de las autoridades administrativas reguladoras que inciden en la vida económica[85] o la vida social[86].

Las competencias de los entes reguladores se materializan fundamentalmente mediante la realización de tres tipos de actos: Los actos administrativos individuales de ejecución de la ley, los actos administrativos generales normativos de desarrollo o complemento de la ley y los actos de resolución de conflictos.

A. Los actos administrativos individuales de ejecución de la ley

Los entes reguladores al actuar en ejecución de la ley que les atribuye competencia, deben hacerlo conforme a los fines establecidos en la norma, para lograr la satisfacción del interés general, a través de la expedición de actos jurídicos de naturaleza eminentemente administrativa. Es así como se admite que las autoridades administrativas reguladoras, en ejecución de la ley emiten actos administrativos individuales.

Uno de los rasgos típicos de la actividad reguladora es la existencia de una relación jurídica plurilateral, en la cual intervienen personas que tienen intereses contrapuestos y el ente regulador. Esto conduce a un procedimiento administrativo de naturaleza triangular en el cual se deducen pretensiones antagónicas ante el ente regulador.

El acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo regulatorio no es producto de una imposición unilateral del ente regulador, sino una especie de transacción en sede administrativa, en el cual los intereses involucrados que se encuentran en pugna, ceden en algunas de sus pretensiones originales, con la finalidad de lograr una decisión que permita

[84] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La Regulación de los Servicios Públicos Competitivos", en *Actualidad en el Derecho Público Nº 21-23*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, págs. 229-258; y, "La Regulación Económica", en *Estudios de Derecho Público,* Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, págs. 691-746.

[85] Se entiende que la regulación económica constituye una forma de intervención del Estado, respecto al ejercicio de los derechos y libertades públicas de naturaleza económica y tiene como finalidad: a) incrementar la eficiencia económica mediante la corrección de las fallas del mercado, b) mejorar la equidad en la distribución de los recursos, y c) garantizar la satisfacción del interés general.

[86] La regulación social constituye una forma de intervención del Estado, respecto al ejercicio de los derechos y libertades públicas de naturaleza social y tiene como finalidad: a) solucionar los conflictos sociales en el ámbito laboral, b) garantizar el acceso universal a la prestación de los servicios de seguridad social, sanitarios y educativos, c) promover la cohesión social.

conciliar los intereses aparentemente antagónicos y garantizar la satisfacción del interés general[87].

En razón de lo anterior, resulta imprescindible que los entes reguladores den adecuada justificación de las razones que tuvieron para adoptar sus decisiones, lo que se traduce en la obligación de motivar los actos administrativos regulatorios, en dictar una decisión especialmente argumentada, que garantice a los interesados conocer si la misma es conforme al ordenamiento jurídico[88].

Es así como el acto administrativo individual permite realizar la regulación mediante la solución concreta de casos particulares, resolviendo asuntos puntuales, en los cuales están presentes conflictos entre los agentes económicos o sociales. Esta formulación permite construir una política reguladora progresivamente, mediante la producción coherente, sistemática y consecutiva de un conjunto de actos administrativos de contenido específico, parecidos e incluso idénticos, que permiten a los interesados inferir el desarrollo de la política reguladora que se encuentra ejecutando el ente regulador, aun cuando ésta no esté recogida en un acto administrativo general[89].

B. Los actos administrativos generales normativos de desarrollo o complemento de la ley

La potestad normativa de los entes reguladores debe ser ejercitada con estricta sujeción al Principio de Legalidad[90], en consecuencia, solo se tiene competencia normativa en los casos expresamente establecidos en la Ley[91], tal como lo señala la doctrina científica al precisar que "la dotación de las Administraciones independientes con poder normativo precisa inexcusablemente una habilitación legal (formal) expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa)"[92]. Además se deben respetar los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, responsabilidad, objetividad y contradicción, que informan la actividad administrativa, reconocidos en la Constitución[93].

[87] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La Regulación Económica", en *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pág. 732.

[88] ARIÑO ORTIZ, G.: *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 49 y 51; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Ob. cit., pág. 733.

[89] AGUILAR VALDEZ, O.: "Entes reguladores de servicios públicos. Apuntes sobre su funcionamiento", en *El Nuevo Servicio Público. Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2002, págs. 198-200; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Ob. cit. pág. 735.

[90] Artículos 137 y 141 de la Constitución, 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

[91] Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

[92] PAREJO ALFONSO, L.: "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración Instrumental Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1994, pág. 651.

[93] Artículos 141 y 143 de la Constitución.

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento administrativo que comprende dos fases: Una, de consultas públicas previas –en principio–, de la cual se dará oportuna información a los interesados y se garantizará la posibilidad de aportar propuestas, opiniones, sugerencias o recomendaciones, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública[94] (garantía de la participación en los asuntos públicos); y la otra, consiste en la expedición de actos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas mediante actos administrativos, los cuales deberán ser publicados en la Gaceta Oficial[95] (garantía del conocimiento de las decisiones).

Estas dos garantías, llevan a que las autoridades administrativas adopten una forma de actuación, distinta de la tradicional, pues éstas no actúan imponiendo su voluntad de manera unilateral, en ejercicio de la potestad de imperio; sino que convocan a los agentes económicos, a los operadores interesados, a las personas individualmente consideradas y a la comunidad organizada para que realicen propuestas, hagan observaciones, expongan sus argumentos, en fin, los entes reguladores actúan con ánimo de concertación, con la finalidad de lograr que las decisiones que se adopten, sean el producto del consenso entre el regulador y los regulados.

Esto lo ha sostenido la doctrina científica al expresar que la autoridad administrativa reguladora "no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende sólo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder", lo que permite apreciar que "tras la ardua literatura legal que aparece en los Boletines Oficiales, subyace una compleja urdimbre de actos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire"[96].

Conforme a ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha reconocido que los actos administrativos generales tienen valor normativo supletorio ante la ausencia de una disposición legal expresa[97], es decir, son

[94] Artículos 138 al 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. La consulta pública en principio debe ser previa, sin embargo hay que tener presente que de manera excepcional, en casos de urgencia declarada por la autoridad competente, la consulta pública puede ser posterior.
[95] Artículos 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
[96] MARTÍN MATEO, R.: *Derecho Público de la Economía*, Ceura, Madrid, 1985, pág. 24.
[97] El caso analizado en la sentencia de 21 de febrero de 2002, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, trataba sobre actos administrativos generales denominados circulares, expedidos por el ente regulador de la actividad económica bancaria.

actos que contienen disposiciones e instrucciones de cumplimiento obligatorio, por parte de todos aquellos sujetos a los cuales van dirigidas y como todo acto administrativo, se encuentran amparados por la presunción de legalidad.

Se trata de actos administrativos que en algunos casos son aplicadores, complementarios o desarrolladores de la respectiva ley y en otros casos innovativos, pues regulan situaciones nuevas, no previstas expresamente en la ley, pero que requieren medidas concretas que sean suficientes e idóneas para normarlas[98]. Por supuesto, los actos administrativos en ningún supuesto podrán invadir los asuntos que son materia de reserva legal[99].

Estos criterios jurisprudenciales llevan a asumir que los actos administrativos generales dictados por los entes reguladores tienen un contenido regulatorio general, pues a través de ellos se dictan normas que complementan el ordenamiento jurídico e inciden en la esfera jurídica de los interesados, ampliando, modificando, limitando o restringiendo el desarrollo de una actividad económica o social, debiendo sus destinatarios cumplirlas inexorablemente. Se trata de normas de alcance o contenido general, que establecen criterios, parámetros, estándares a los cuales quedan sujetos todos los agentes económicos o sociales, que deberán ser precisados en cada caso particular, cuando se le otorgue efectiva singularidad en su aplicación[100].

Lo anterior permite afirmar, que las autoridades reguladoras tienen competencia normativa para crear preceptos de derecho objetivo, sin invadir aquellas materias que son de reserva legal[101], mediante la expedición de actos administrativos generales, dentro del sector económico o social regulado, siendo éstos válidos y productores de plenos efectos jurídicos, en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado.

C. Los actos jurídicos de resolución de conflictos

El ordenamiento jurídico le atribuye competencia a la Administración Pública en determinados casos, para intervenir en la resolución de los conflictos que surjan entre operadores económicos o entre agentes sociales.

Aunque es común calificar a tal competencia de resolución de conflictos como actividad arbitral de la Administración Pública, la doctrina científica ha distinguido, la actividad de resolución de conflictos, del arbitraje propiamente

[98] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 22 de mayo de 2002.
[99] Artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
[100] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La Regulación Económica", en *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pág. 735.
[101] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 28 de noviembre de 2006.

tal. Seguidamente se hará una sucinta mención de ellos, a los fines de determinar la naturaleza de los actos jurídicos que se producen en cada caso.

1. Los actos administrativos de resolución unilateral de conflictos

Existen supuestos en los cuales, las leyes les atribuyen competencia a las autoridades administrativas reguladoras, para actuar en ejercicio de potestades típicamente administrativas, resolviendo conflictos en lo que se encuentra presente un interés general, cuya tutela tiene encomendada.

En tales casos, las autoridades administrativas reguladoras deben actuar de manera imperativa, obligatoria, incluso de oficio, no con la finalidad de darle la razón a uno u otro de los operadores o agentes en conflicto, sino para expedir un acto administrativo acorde con el interés general.

El acto administrativo no se limita a resolver un conflicto decidiendo quién tiene la razón, a quién asiste el derecho en una disputa, sino que también puede imponer órdenes, incluso bajo apercibimiento y establece prohibiciones dirigidas a sujetos determinados.

Tal resolución de conflictos implica el ejercicio de la función propiamente administrativa, que debe realizarse en cumplimiento del procedimiento administrativo legalmente establecido y finalmente la decisión que se emita tiene la naturaleza de un acto administrativo, que debe ajustarse estrictamente a la Ley y al Derecho[102], quedando por ende sometida al control jurisdiccional administrativo.

2. Los laudos arbitrales

Técnicamente se considera que el arbitraje constituye la posibilidad de que las personas sometan a la decisión de terceros, las cuestiones litigiosas o asuntos contenciosos que surjan o que puedan surgir entre ellos, respecto a aquellos bienes o derechos que perteneciendo a su esfera jurídica subjetiva, gozan de libre disposición.

[102] En la doctrina científica se ha sostenido que "...las nuevas Leyes sectoriales otorgan a las correspondientes autoridades reguladoras la potestad de resolver los conflictos que se planteen entre los operadores de los distintos servicios y, en algunas ocasiones entre los operadores y los usuarios, aun tratándose de controversias *inter privatos* y referidas a relaciones jurídicas derivadas de contratos privados. Esta intervención administrativa no requiere el consentimiento de las dos partes enfrentadas. La resolución que se dicte para resolver el conflicto se considera un acto administrativo y sólo puede ser impugnada en vía contencioso administrativa". HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo,* Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pág. 247.

Para que las autoridades administrativas reguladoras puedan actuar para intervenir y dirimir o resolver los conflictos, que los operadores económicos o agentes sociales libremente le sometan a arbitraje, se requiere que una norma legal le atribuya tal competencia. Las notas que caracterizan la función arbitral son las siguientes[103]:

En primer lugar, la función arbitral la ejerce el ente regulador de la misma manera que cualquier otro árbitro privado, es decir, el sometimiento al arbitraje por las personas en conflicto, implica la sustitución de la jurisdicción del Estado, lo que supone que la controversia no será sometida al conocimiento de los jueces, sino del árbitro que elijan las partes, entre las cuales pueden optar por designar a un ente regulador administrativo.

En segundo lugar, se requiere la libre voluntad de las personas que admiten el arbitrio del ente regulador, quienes de manera expresa e inequívoca declaran someter la resolución del conflicto al árbitro, así como la aceptación del laudo y su compromiso de cumplirlo.

En tercer lugar, la función arbitral no tiene carácter público administrativo. La naturaleza de la decisión que resuelve la controversia no es un acto administrativo, sino un verdadero y auténtico laudo arbitral, razón por la cual no se encuentra sometido a reglas de Derecho Público y no es susceptible de impugnación en el orden jurisdiccional administrativo.

El laudo únicamente será recurrible en vía jurisdiccional civil y su ejecución forzosa debe solicitarse ante estos órganos jurisdiccionales, pues la decisión resolutoria del conflicto no se encuentra investida del privilegio de ejecutoriedad que favorece a los actos administrativos, por lo que no puede ser ejecutada de manera forzosa por la propia autoridad reguladora. El laudo una vez firme, tiene la misma fuerza de la cosa juzgada que una sentencia.

D. El contenido de los actos administrativos regulatorios

Los actos administrativos dictados por los entes reguladores tienen un contenido material diverso, en virtud de lo cual éstos expiden actos generales de contenido normativo o decisiones individuales, destinadas a otorgar o extinguir títulos habilitantes, requerir información, dirigir órdenes, adoptar medidas para proteger a los posibles afectados por una actividad o inactividad específica, intervenir cautelar o provisionalmente, imponer sanciones o resolver conflictos unilateralmente, siempre conforme a las atribuciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

[103] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "Los Principios Intervencionistas en las Telecomunicaciones", en *Derecho de las Redes y Servicios de Telecomunicaciones*, Ediciones Paredes, Caracas, 2005, págs. 302-303.

V. El alcance de la presunción de legalidad o juridicidad

Si bien es cierto que la presunción de legalidad o juridicidad de los actos estatales no debe ser confundida con el principio de legalidad que exige a las autoridades públicas su sujeción al ordenamiento jurídico, para que se considere que ha actuado con plena validez jurídica, el análisis de aquella no puede efectuarse divorciado de ésta. Por tal razón, el presente epígrafe contiene en primer lugar, unas reflexiones sobre el principio de legalidad y en segundo lugar, se analizará la dimensión real de la presunción de legalidad en el derecho positivo.

A. El principio de legalidad o juridicidad

El principio de legalidad, –entendida esta expresión en el sentido expuesto por HAURIOU, de bloque de la legalidad[104]– o principio de juridicidad[105], postula que se exija que todas las funciones estatales deban ejercitarse con sujeción a la ley, entendida ésta en sentido amplio, es decir, que deben realizarse conforme a las reglas de Derecho[106].

En tales términos, se propone el principio de legalidad desde la teoría de la vinculación positiva, que reconoce que únicamente la norma jurídica habilita y condiciona a los órganos de los Poderes Públicos para que expidan actos jurídicos, tanto para alcanzar eficazmente sus cometidos, –la consecución del interés general–, como para regular, limitar o restringir los derechos y las libertades públicas, siempre que actúen con plena sujeción a la norma preexistente atributiva de competencia[107].

Es así como se puede considerar, en sentido amplio, que los actos jurídicos estatales dictados en ejercicio de la función legislativa, gubernativa, jurisdiccional o administrativa se presumen ajustados a Derecho.

---

[104] HAURIOU, M.: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public,* 12a. ed., Sirey, Paris, 1933, págs. 577-578.

[105] La expresión principio de juridicidad la empleó por vez primera MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo,* Comares, Granada, 2004.

[106] Se ha señalado que "... el término legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad; el 'bloque de legalidad' (HAURIOU) abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa". WEIL, P.: *Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1986, pág. 138.

[107] El Máximo Tribunal de la República, desde la sentencia de 17 de julio de 1953, de la Corte Federal ha sostenido que la autoridad administrativa debe "ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí que el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley".

Tal principio admite las siguientes manifestaciones: El principio de legalidad sancionatoria[108], el principio de legalidad tributaria[109], el principio de legalidad presupuestaria[110] y el principio de legalidad administrativa[111].

El principio de legalidad administrativa, –utilizada la expresión en sentido restringido–, se traduce en la subordinación de toda la función administrativa al Derecho y en lo que concierne a los actos jurídicos de las autoridades públicas, que actúan en ejercicio de la función administrativa, una de cuyas expresiones lo constituyen los actos administrativos, se requiere que sean conformes a la Ley y al Derecho –según la fórmula empleada en la Constitución[112]–, lo que supone la sujeción tanto en su expedición como en su ejecución a los principios generales y las normas jurídicas preexistentes, llevando a que se presuman válidos y productores de su natural eficacia jurídica, y por ende, que se consideren amparados por la presunción de legalidad[113].

B. La presunción de legalidad o juridicidad

En el Derecho Administrativo venezolano, la presunción de legalidad[114], también ha sido denominada en la jurisprudencia como presunción de legitimidad[115] o presunción de veracidad[116], expresión esta última menos afortunada, porque algo que sea verdad, no implica que sea conforme a Derecho.

La presunción de legalidad, es decir, de conformidad de los actos jurídicos al Derecho, no requiere que ésta sea reconocida o declarada por una autoridad pública, sino que consiste en que todo acto jurídico se presuma, que desde su expedición ha sido dictado con sujeción al Derecho y que por tanto es un acto jurídico válido.

Hay que señalar que en el ordenamiento jurídico venezolano, las presunciones comportan dos modalidades o manifestaciones: unas, son las presunciones

[108] Artículos 49.6 de la Constitución, 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[109] Artículos 317 de la Constitución, 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[110] Artículos 314 de la Constitución.
[111] Artículos 141 de la Constitución, 4 y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
[112] Esta expresión tiene como antecedentes, los artículos 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn y 103.1 de la Constitución Española.
[113] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 9 de noviembre de 1989.
[114] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 4 de febrero de 1980.
[115] Corte Federal, en sentencia de 9 de agosto de 1957; Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias de 4 de abril de 1963 y de 12 de agosto de 1971.
[116] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 4 de febrero de 1980.

absolutas o *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario; y las otras, son las presunciones relativas o *iuris tantum* que si admiten la posibilidad de producir frente a ellas una prueba en contra.

Esto sitúa el análisis en la necesidad de determinar si la presunción de legalidad ampara a todos los actos administrativos o únicamente a aquellos que han sido expedidos realmente con sujeción al Derecho.

En principio, todo acto administrativo general o individual debe producirse conforme a las normas jurídicas preexistentes que habilitan su expedición, es decir, con sujeción al principio de legalidad.

Según esto, los actos administrativos se presumen dictados en ejecución de las normas jurídicas existentes que habilitan el ejercicio de la función administrativa. No obstante, esta presunción puede ser desvirtuada por los interesados, a través del ejercicio del derecho a recurrir los actos que lesionen sus derechos e intereses.

En tal caso, es el interesado, destinatario y afectado por el acto administrativo quien tiene la carga de cuestionar su sujeción al Derecho, debiendo en tal supuesto intentar las pretensiones administrativas o jurisdiccionales, dirigidas a que la autoridad competente reconozca la infracción del principio de legalidad y en consecuencia, la invalidez del acto administrativo.

De poco serviría el principio de legalidad y la garantía del control jurisdiccional pleno o de la universidad del control jurisdiccional, si con independencia de su sujeción o no al Derecho, los actos administrativos siempre se considerasen conformes a Derecho.

En tal virtud, el alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos conduce a considerarlos conformes a Derecho y por ende a la posibilidad de proceder a su inmediata ejecución, aún en contra de la voluntad de su destinatario, mientras dicha presunción no sea destruida. Debe recordarse que la suspensión cautelar de la ejecución de los actos administrativos en sede administrativa o jurisdiccional, no desvirtúa la presunción de legalidad, únicamente implica diferir la eficacia del acto administrativo[117] hasta tanto se confirme o destruya la presunción de legalidad.

[117] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "Cuarenta años de historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano", en *Revista de Derecho Público Nº 30*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, págs. 153-183.

Esto ha llevado a que la doctrina científica sostenga que se trata de una presunción de naturaleza relativa, *iuris tantum*[118], por lo que puede ser desvirtuada por el interesado, tal como lo reconoce la jurisprudencia al sostener que "esta presunción de legalidad del acto administrativo se mantiene mientras el interesado no la deshaga, lo cual éste puede hacer utilizando las vías posibles de recursos establecidas en la ley, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional constituyéndose éstas en una doble garantía para el administrado, a utilizar cuando se encuentra lesionado por los actos administrativos, garantía que se traduce en la posibilidad de accionar contra éstos y, posiblemente hacer desaparecer el daño que soporta"[119].

Lo anterior permite concluir que corresponde al interesado, destinatario del acto administrativo, que considere que éste se produjo en contravención del Derecho, la carga de desvirtuar tal presunción de legalidad, exponiendo en qué consiste la violación de la legalidad (carga de la alegación) y produciendo los medios probatorios que lleven a la convicción de la autoridad competente, de la existencia de dicha contravención (carga de la prueba)[120], en cuyo caso ésta debe proceder a reconocer la invalidez del acto administrativo y las consecuencias que se derivan de tal reconocimiento.

VI. La estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos

En el Derecho Administrativo venezolano, se denomina de manera indiferenciada al principio de estabilidad, como principio de firmeza, inamovilidad, inmutabilidad, intangibilidad, irrevocabilidad, cosa juzgada o cosa decidida administrativa de los actos administrativos, que tiene por finalidad garantizar tanto la eficacia como la seguridad jurídica[121].

Tal estabilidad de los actos administrativos creadores de derechos, produce varias consecuencias jurídicas, que ameritan algunos comentarios relevantes, los cuales se efectuarán seguidamente.

A. El otorgamiento expreso de derechos por el acto administrativo

Tal como se señaló al analizar la definición de acto administrativo, una de las consecuencias que se pueden derivar de su expedición es la creación de derechos en la esfera jurídica de sus destinatarios.

[118] ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo. Parte General,* Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pág. 501.
[119] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 17 de junio de 1980.
[120] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 4 de febrero de 1980 y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 18 de enero de 1994.
[121] ARAUJO-JUÁREZ, Ob.cit., pág. 504.

Una vez que la autoridad pública emite un acto administrativo creador de derechos e intereses, se deriva como consecuencia que éste no puede ser revocado, salvo en los supuestos excepcionales permitidos por la ley. En tal sentido, se encuentra establecido que la eficacia jurídica del acto administrativo que se ha tornado firme, sólo puede ser extinguida en cualquier tiempo, siempre que éste no haya creado derechos o intereses[122], pero de haberse creado la apariencia de aquéllos o éstos, únicamente podrá ser extinguido si se presentan algunos de estos supuestos: Que exista una autorización expresa en la ley[123] o que el acto se encuentre viciado de nulidad absoluta[124], pues en tales supuestos se considera que no adquiere firmeza o que tampoco puede crear, ni producir derechos e intereses[125].

En conclusión, los actos administrativos susceptibles de producir efectos jurídicos creadores de derechos o intereses en la esfera jurídica subjetiva de sus destinatarios son aquellos que sean efectivamente válidos, pues no se pueden pretender deducir derechos o intereses de actos jurídicamente inválidos y en caso de producirse tales efectos favorables, los actos administrativos posteriores deberán respetarlos.

B. El otorgamiento presunto de derechos por silencio administrativo

Así como no existe duda que los actos administrativos válidos pueden crear derechos e intereses, no sucede lo mismo en los supuestos en los cuales opera la inactividad formal de la Administración, a la cual el ordenamiento jurídico le otorga efecto de silencio positivo.

Existe una doble dificultad para considerar que el silencio administrativo positivo puede producir derechos en los sujetos que formularon una pretensión a la Administración Pública, sin que ésta le haya dado oportuna respuesta.

La primera viene dada por la imposibilidad de conocer con certeza jurídica plena, cuál es la verdadera expresión de voluntad de la autoridad pública, pues el silencio no constituye una manifestación de voluntad, sino la carencia de ella. De allí que presumir que se ha autorizado, aprobado o habilitado a un interesado a través del silencio, no pasa de ser una especulación jurídica establecida en una disposición, pero carente de absoluta certeza para quien pretenda beneficiarse o sacar provecho de ella.

[122] Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[123] Artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[124] Artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[125] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 22 de julio de 1993 y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 22 de diciembre de 1993.

La segunda complicación se presenta al tratar de demostrar que el silencio administrativo efectivamente fue positivo, porque el sólo hecho de presentar la solicitud debidamente sellada por la autoridad pública, como muestra de su recepción, no constituye prueba alguna que se haya presentado ante la autoridad competente, que se hayan cumplido todos los requisitos legales o incluso que la petición o solicitud formulada sea procedente, lo único que sirve en para acreditar que ha transcurrido un tiempo desde que se presentó una instancia ante una autoridad pública y que ésta aparentemente no ha dado respuesta.

Es por tal razón que los supuestos beneficiarios del silencio administrativo positivo, terminan acudiendo al órgano jurisdiccional competente para efectuar el control de la legalidad de la actividad expresa de la autoridad administrativa, pero en este caso, para instarlo a declarar que ésta ha incurrido en trasgresión del ordenamiento jurídico con su inactividad y que de la misma se derivó como consecuencia jurídica, la aprobación, autorización o habilitación de lo solicitado.

En tal supuesto, será la declaración del órgano jurisdiccional lo que garantizará que el denominado silencio administrativo produjo efecto positivo, pues en caso contrario no existirá seguridad, certeza de la respuesta estimatoria o favorable a lo pretendido, únicamente una expectativa que deberá ser confirmada o ratificada por una autoridad pública competente.

Si se superan ambos escollos y se admite que producto del silencio administrativo positivo se han creado derechos a los interesados, entonces cabe concluir que estos no pueden ser desconocidos o extinguidos por autoridad alguna, al menos sin cumplir con los procedimientos y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, en cuyo supuesto siempre se deberá actuar motivadamente, con estricta sujeción a lo que dispongan la ley y el Derecho[126].

C. El principio de irretroactividad

Una situación consolidada, firme, en la esfera jurídica subjetiva de un sujeto de derecho, no puede ser afectada, alterada o modificada por actos jurídicos posteriores, que pretendan desconocerla, ignorarla o menoscabarla.

Es así como la jurisprudencia ha sido pacífica al reconocer respecto a los actos administrativos generales que sean creadores de situaciones jurídicas nuevas aplicables a todos sus destinatarios, que éstos no pueden tener efecto retroactivo, en virtud de lo dispuesto en el Principio general de Derecho de la

[126] GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*. Civitas, Madrid, 1986, pág. 165.

irretroactividad de los actos jurídicos, que además goza de reconocimiento en el ordenamiento jurídico[127].

De igual manera, al referirse a los actos administrativos individuales, la propia jurisprudencia ha invocado el Principio general de Derecho de la irretroactividad de los actos jurídicos para sostener que "... resulta compatible con ello que tanto los actos administrativos generales que están destinados a completar o desarrollar la ley, como los actos administrativos singulares que se dicten en ejecución de la misma, ante la ausencia de disposición expresa que así lo consagre, se sujeten también a tal principio habida cuenta, por lo demás, de que las disposiciones principistas son, la mayoría de las veces, ajenas al campo administrativo"[128].

En razón de lo anterior, pretendiendo la retroactividad de los actos administrativos otorgarles efectos hacia el pasado, sobre hechos ocurridos con anterioridad o situaciones jurídicas verificadas antes del momento de su expedición, el problema que se presenta tiene que ver con la eficacia de dichos actos administrativos, en razón de que éstos no pueden producir efectos jurídicos respecto a sus destinatarios, mientras los mismos no les sean comunicados a través de la publicación o de la notificación y es luego que ésta se produce, que rigen hacia el futuro.

Acorde a esta tesis, el legislador al regular la expedición de los actos administrativos ha señalado que "los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos administrativos definitivamente firmes"[129].

Al analizar esta disposición, la jurisprudencia ha sostenido que la Administración Pública no está sujeta a sus precedentes y puede modificar sus criterios, dentro de ciertos límites: uno, consiste en que la nueva interpretación no se aplique a situaciones jurídicas anteriores, lo que impide que el acto administrativo anterior pueda ser afectado por un acto administrativo posterior que se basa en un nuevo criterio (principio de *tempus regit actum*); y otro, que únicamente la nueva interpretación puede aplicarse a situaciones anteriores, siempre que fuese más favorable para los destinatarios del nuevo acto administrativo

[127] Corte Federal y de Casación, en sentencia de 9 de agosto de 1940, ratificada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 22 de junio de 1971.
[128] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias de 31 de julio de 1980 y de 5 de agosto de 1980.
[129] Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

y que el acto anterior no se encuentre definitivamente firme (principio de retroactividad de los criterios favorables)[130] y ambos son manifestación de la prohibición que tienen los órganos de los poderes públicos de incurrir en arbitrariedad con sus conductas o actuaciones jurídicas (principio de interdicción de la arbitrariedad)[131].

En consecuencia, conforme al principio de irretroactividad, los actos administrativos generales o individuales rigen desde el momento de su publicación o notificación hacia el futuro y salvo en los supuestos establecidos en el ordenamiento jurídico, no pueden afectar las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la buena fe en las relaciones entre los particulares y la Administración Pública, constituyéndose dicho principio en una garantía de seguridad jurídica.

D. La retroactividad y los derechos adquiridos

La garantía de la irretroactividad constituye una amplía protección a los derechos y libertades públicas que tienen los ciudadanos[132] y siendo la irretroactividad la regla, en los casos en que sea procedente la aplicación de manera extraordinaria de la retroactividad de un acto administrativo general o individual, ésta no puede afectar los derechos o intereses de los sujetos, en cuya esfera jurídica se han consolidado de manera definitiva y tampoco puede afectar los derechos de terceros.

En razón de ello, la jurisprudencia ha admitido de manera excepcional que los actos administrativos tuviesen efectos hacia el pasado, de manera retroactiva, en dos supuestos: uno, cuando la ley expresamente lo autoriza y el otro, cuando

[130] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias de 21 de febrero de 1991 y 18 de julio de 1995.

[131] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 23 de marzo de 2004.

[132] La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 24 de enero de 1997, al analizar el principio de irretroactividad frente a los derechos adquiridos señaló lo siguiente: “Al respecto puede afirmarse que el nacimiento de tales derechos puede derivar de la propia ley o reglamento como sería el caso de las pensiones por jubilación de los trabajadores, o podría originarse también de situaciones concretas como lo sería –entre otras- la designación o nombramiento de un individuo para el ejercicio de un cargo. En ambos casos habrá que verificar el momento en que efectivamente se origina el derecho, el cual será el primero de los supuestos narrados, cuando el particular cumpla con todo y cada uno de los requisitos exigidos por la norma para adquirir el derecho y, en el segundo de los casos, la fecha en la cual acontece el acto o negocio jurídico concreto que permite su nacimiento. Conviene precisar que, es usual que en ocasiones la ley disponga un momento para el nacimiento del derecho y otro tiempo distinto para el goce efectivo del mismo, como ocurre en el caso de las pensiones de jubilación, cuyo derecho a adquirirlas nace desde el momento en que se cumplen los requisitos que la ley consagra para ello, pero el derecho a su disfrute nace una vez que se produce la jubilación del trabajador”.

la retroactividad es el efecto natural del acto administrativo (convalidación, ratificación, conversión, revocación o anulación)[133].

Esta interpretación permite conectar el aludido principio de irretroactividad con el principio de seguridad jurídica, lo que conduce a que los sujetos titulares de derechos o intereses tengan la posibilidad de conocer a qué atenerse, lo que les genera certeza frente a las eventuales y futuras decisiones de la Administración Pública, en aquellos casos en que son titulares de derechos e intereses, que les han creado los actos administrativos generales o individuales.

Cuando se dicta un acto administrativo general como regla se aplica el principio de irretroactividad, salvo que éste resulte más favorable a los interesados y en el caso de la expedición de un acto administrativo individual, en ejercicio de una competencia preeminentemente discrecional y que beneficia al sujeto destinatario del mismo, rige el mencionado principio, pero éste podrá de manera excepcional tener efecto retroactivo, cuando el mismo constituye un efecto natural del acto[134].

VII. Consideraciones finales

Precedentemente ha quedado expuesto que los actos administrativos constituyen una categoría de actos jurídicos cuya naturaleza es notablemente distinta de los actos de gobierno, de los actos de autoridad y del silencio administrativo, por lo cual las reflexiones finales se van a circunscribir a determinar la trascendencia de aquéllos desde la perspectiva del sistema de las fuentes del Derecho Administrativo.

Al respecto cabe considerar que los actos administrativos generales tienen una función bifronte: Por una parte, son actos jurídicos que aunque se dictan en ejecución de normas superiores, pueden ser normativos (generales, abstractos e impersonales) o no y pueden crear Derecho aplicable en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado, lo que por sí sólo los constituye en fuente de Derecho Administrativo. Por la otra, estos actos jurídicos tienen la potencialidad de crear derechos subjetivos, exigibles por todas las personas que constituyen la pluralidad de destinatarios[135].

[133] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 5 de agosto de 1980.
[134] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias de 5 de agosto de 1980 y 11 de agosto de 1983.
[135] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 24 de enero de 1997.

Conforme a tales términos es posible considerar, que los actos administrativos generales integran el ordenamiento jurídico del Estado, constituyéndose en una auténtica fuente de Derecho Administrativo, aplicable tanto por los órganos y entes públicos, en virtud de su obligación constitucional de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho[136], como por los particulares que tienen el deber constitucional de cumplir y ejecutar los actos jurídicos que dicten los órganos de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias[137].

En lo que respecta a los actos administrativos individuales, éstos también se dictan en ejecución de disposiciones jerárquicamente superiores (bloque de la legalidad), por lo que aplican las normas de Derecho preexistentes y pueden crear o producir derechos subjetivos en la esfera jurídica de su destinatario.

Al analizar la transcendencia de los actos administrativos individuales en lo atinente a las fuentes del Derecho, debe mencionarse que en principio no crean Derecho de manera objetiva y aunque si lo hacen de manera subjetiva[138], éste no se incorpora con su expedición de manera inmediata al sistema de fuentes del Derecho Administrativo, lo que no impide que tales actos jurídicos, reiterados o repetidos de manera congruente y sucesiva, constituyan el desarrollo de una política pública determinada, que permita construir los precedentes administrativos que pueden invocar ante la autoridad pública que ejecuta la función administrativa, todas aquellas personas que se encuentren en similar situación jurídica, amparados para dicha pretensión en los principios de igualdad en la aplicación de la ley[139], seguridad jurídica[140], buena fe[141] y confianza legítima[142], en cuyo caso tales actos administrativos adquieren una connotación diferente, una calificación especial, en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo.

[136] Artículo 141 de la Constitución.
[137] Artículo 131 de la Constitución.
[138] Artículos 19.2 y 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
[139] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 17 de octubre de 2000.
[140] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 15 de febrero de 2005.
[141] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias de 6 de febrero de 2001, de 8 de abril de 2003, 14 de diciembre de 2004 y 27 de julio de 2005; en la Sala Político Administrativa, en sentencias de 11 de febrero de 2004, de 2 de junio de 2005, de 9 de noviembre de 2006 y de 26 de enero de 2008.
[142] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias de 8 de agosto de 2002 y 14 de febrero de 2004.

AUTORES

Alejandro Pérez Hualde
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza (República Argentina). Profesor Titular de Derecho Administrativo II de la Facultad Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y de Derecho Público Económico de la Universidad de Mendoza.

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Armando Rodríguez García
Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo.

Augusto Durán Martínez
Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Carlos E. Delpiazzo
Profesor de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Consuelo Sarria Olcos
Profesora de Derecho administrativo en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad de los Andes. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Universidad Externado de Colombia.

Enrique Rivero Ysern
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Salamanca.

Enrique Rojas Franco
Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Director Ejecutivo y Vicepresidente de la Asociación y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Prof. Jesús González Pérez".

Ernesto Jinesta Lobo
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD). Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Académico de Número y Secretario Academia Costarricense de Derecho.

Germán Cisneros Farías
Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Henry Alexander Mejía
Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador. Director del Departamento de Derecho Público de dicha Facultad.

Hugo Haroldo Calderón Morales
Magistrado del Tribunal Supremo Electoral. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de San Carlos de Guatemala

Ismael Mata
Perito jurídico designado por el Estado Nacional en causas promovidas ante el CIADI contra el Estado Argentino. Director de Postgrado de Derecho Administrativo en la Universidades Nacional de Rosario, Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo en las Universidades de Buenos Aires, Austral y Rosario.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente del Foro Iberoaméricano de Derecho administrativo.

Javier Robalino-Orellana
Socio de Pérez Bustamante & Ponce, Abogados. Profesor y Coordinador del Área y Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Javier Sheffer Tuñón
Docente en la Universidad del Istmo. Miembro fundador del "Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (FIDA). Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública de España.

Jorge Danós Ordóñez
Profesor categoría principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Socio Estudio Echecopar abogados

Jorge Enrique Romero-Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Jorge Fernández Ruiz
Profesor en el Sistema Escolarizado, en la División de Universidad Abierta y en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la FES Acatlán de la UNA. Investigador titular "C" definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático de Derecho Administrativo (acreditado) Universidad de Valladolid (España).

José Luis Benavides
Profesor de derecho administrativo y director del Doctorado en derecho. Universidad Externado de Colombia

José Luis Meilán Gil
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de A Coruña. Ex-Consejero de Estado.

José Mario Serrate Paz
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Boliviana en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Abogado, Titular del Estudio Serrate Paz & Asociados. Exsecretario de la Presidencia de la República.

Juan Carlos Cassagne
Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (de la cual actualmente es su Vicepresidente), de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Socio fundador del estudio Cassagne Abogados

Juan Pablo Cajarville Peluffo
Ex-Catedrático de Derecho Administrativo Facultad de Derecho. Universidad de la República. República Oriental del Uruguay.

Karlos Navarro Medal
Catedrático de derecho administrativo, en la Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua. Miembro de Número la Academia de Geografía e Historia de Nicaragua, y correspondiente de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala.

Libardo Rodríguez Rodríguez
Profesor de derecho administrativo. Ex-Consejero de Estado de Colombia.

Mariano R. Brito
Rector Emérito de la Universidad de Montevideo. Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente Adjunto para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Mário Aroso de Almeida
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Miguel Ángel Sendín García
Profesor agregado de la Universidad Europea Miguel de Cervantes. Coordinador de la Secretaría Jurídico-académica de dicha universidad.

Miriam Mabel Ivanega
Profesora Titular de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, Profesora Asociada de Derecho público provincial y municipal de la Facultad de Derecho de la UNLAM. Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho Administrativo y de la Especialización en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad Austral.

Pedro José Jorge Coviello
Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Profesor titular de Derecho Administrativo y Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Rogério Gesta Leal
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá.

Romeu Felipe Bacellar Filho
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular de Direto Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, da Associação de Direito Público do Mercosul, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Sandra Álvarez Torres
Profesora de la Universidad de Chile.

Victor Leonel Benavides Pinilla
Magistrado Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de Derecho Administrativo, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). I Premio Iberoamericano “Ángel Ballesteros” de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. 2006.