

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

III JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO
“ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS”

LOS EFECTOS Y LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

2ª Edición
Corregida y ampliada

CARACAS, 2005

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE

Belén Ramírez Landaeta

VICE-PRESIDENTE

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA

Norka Moncada Redondo

© *Copyrigh* 2005 *Ediciones Funeda*

Hecho el depósito de Ley

Depósito legal: lf 5562005340394

IBSN 980-6373-96-0

EDICIONES FUNEDA

*Av. Tamanaco, Edif. Impres, El Rosal,
Caracas - Venezuela*

Teléfonos: 953-19-95 953-26-65

e-mail: funeda@etheron.net



ALLAN RANDOLPH BREWER -CARIAS

INDICE

Nota Biobibliográfica.....	7
Efectos de los Actos Administrativos y su clasificación según sus efectos ALLAN R. BREWER-CARÍAS.....	19
Contra las Teorías al uso: Una propuesta de Renovación ALEJANDRO NIETO.....	43
Eficacia de los Actos Administrativos. Obligación de la Administración de comunicarlos: Publicación y Notificación RENE HOSTIOU.....	61
RENE HOSTIOU (Español).....	79
Comentarista: MARÍA AMPARO GRAU.....	97
Los Actos Administrativos en el tiempo: irretroactividad y sometimiento a condiciones PIERRE SUBRA DE BIEUSSES.....	117
PIERRE SUBRA DE BIEUSSES (Español).....	137
Comentarista: LUIS FRAGA PITTALUGA.....	159
Ejecutividad de los Actos Administrativos: La presunción de legalidad y legitimidad JAIME VIDAL PERDOMO.....	199
Materialización documental de los Actos Administrativos. Documento público y documento administrativo CONSUELO SARRIA.....	213
Ejecutoriedad de los Actos Administrativos y los medios de ejecución forzosa. Ejecución Judicial de los Actos Administrativos JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ.....	231

La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales	
RAFAEL BADELL.....	259
Sobre la necesidad de una renovación de la construcción dogmática del Derecho Administrativo a propósito de la Actividad y el Acto Administrativo	
LUCIANO PAREJO ALFONSO.....	283
Suspensión de los Efectos de los Actos Administrativos en Vía Administrativa y en la Vía Contencioso-Administrativa	
JOHANN-CHRISTIAN PIELOW.....	307
Cosa Juzgada Administrativa	
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ	337
Comentarista: JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS.....	363
Revocación de los Actos Administrativos	
RAÚL BOCANEGRA SIERRA.....	389
Anexos.....	461

NOTA BIOBIBLIOGRÁFICA SOBRE ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS

1939 Nace en Caracas, el 13 de noviembre.

BIOGRAFÍA ACADÉMICA

- 1960 Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1962 Abogado, Universidad Central de Venezuela, Diploma Summa Cum Laude, otorgado por la misma Universidad.
- 1962-63 Estudios de Postgrado (Derecho Administrativo), Universidad de París.
- 1963 Profesor de Derecho Administrativo por concurso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Ha sido Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo y Jefe del Departamento de Derecho Público en la Escuela de Derecho de la misma Facultad. Desde 1984 es Profesor Titular.
- 1964 Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- 1967 Asistencia al Seminario para Profesores de Derecho sobre Aspectos Jurídicos de Integración Latinoamericana, INTAL, Buenos Aires. Profesor del Seminario de Derecho Público, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas hasta 1979.
- 1968-71 Organizó y dirigió los Cursos de Derecho Comparado en Caracas, de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo. (Caracas)

- 1968-73 Profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo con cursos dictados en París y Madrid (Problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana), y Beirut (Las empresas públicas en el derecho comparado).
- 1970 Profesor del Curso de Derecho Público en la Escuela de Administración Pública, Comisión de Administración Pública, Caracas. Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas.
- 1972-74 Visiting Fellow, Clare Hall y Center of Latin American Studies, Cambridge UK, y miembro de la Facultad de Derecho, Universidad de Cambridge, UK.
- 1973-81 Profesor del Seminario sobre Reforma Administrativa en América Latina en el Instituto Internacional de Administración Pública, París.
- 1974 Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
- 1975 Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 1976 Profesor de Fundamentos de la Administración Pública hasta 1980, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ha sido Jefe de la Cátedra de Fundamentos de la Administración Pública y Jefe del Departamento de Administración Pública en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la misma Facultad.
- 1977 Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Argentina. Distinción, con su nombre, de la Promoción de Abogados, Universidad Central de Venezuela.
- 1979 Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1980 Distinción con su nombre de la Promoción de Licenciados en Ciencias Políticas, Mención Administración Pública.
- 1981 Premio Nacional de Ciencias, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de la materia

- Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Postgrado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982 Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
- 1982-84 Profesor de Derecho Público de la Economía, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas.
- 1984 Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal.
- 1985-86 Profesor Simón Bolívar de la Cátedra de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Cambridge, Fellow del Trinity College y Profesor del Curso sobre "Control Judicial de la constitucionalidad en el Derecho Comparado" en el Curso de Postgrado (L.L.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge UK.
- 1986 Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España.
- 1987 Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- 1987-89 Profesor de Derecho Administrativo en los Cursos de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 1989-90 Profesor Asociado en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Universidad París 2) donde dictó el curso sobre "Principios del Procedimiento Administrativo" en el curso de postgrado de Derecho Administrativo.
- 1991 Distinción, con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- 1992 Profesor del seminario sobre "Justicia Constitucional y Poder Judicial" en el V Curso Internacional de Justicia Constitucional, Universidad de Aix-en-Provence, Francia, Septiembre.
 Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica del Táchira.
 Distinción con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 1995 Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- 1996 Doctor Honoris Causa, Universidad Carlos III de Madrid.

- 1998 Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá
- 2000 Profesor de Postgrado, Universidad del Rosario, Bogotá
 Profesor Asociado, Universidad de Paris X, Nanterre
- 2002 Visiting Scholar, Universidad de Columbia, New York

ACADEMIAS, INSTITUTOS Y ASOCIACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

- 1966 Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.
- 1971 Vicepresidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1971-1977).
- 1972 Fundador y Secretario Organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública y miembro del Directorio desde 1981. Organizador y primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
- 1975 Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas hasta 1989.
- 1978 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (sillón N° 10), electo en 1978, Caracas.
 Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, hasta 1987.
- 1981 Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, París, desde 1981. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- 1982 Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.
 Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
 Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, hasta 1985.
- 1985 Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- 1992 Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1996 Miembro Honorario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (O.I.C.I.), España.
- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- 1997 Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- 1998 Miembro Asociado Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Miembro Honorario de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos.
- 1999 Miembro de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia.

FUNDACIONES

- 1988 Presidente de la Fundación de Derecho Público desde 1988.
- 1990 Presidente de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana desde 1996.

FUNCIONES PUBLICAS

Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia (1963-1964).

Contralor Delegado en la Contraloría General de la República (1964).

Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1965-1969).

Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972).

Miembro de la Delegación de Venezuela a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá Cartagena (1969) y Observador Venezolano a la Primera Reunión de Cancilleres del Grupo Andino, Lima, 1969.

Consejero Científico (ad-honoren), Embajada de Venezuela en Inglaterra (1972-1974).

Conjuez de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Conjuez del Tribunal de la Carrera Administrativa (1976-1970).

Senador Suplente por el Distrito Federal (1978-1984), (1984-1989). (Incorporado el 14-07-82 al 10-08-83; 28-02-84 al 02-03-84; 15-12-87 al 16-12-87 y 17-02-88 al 24-02-88).

Magistrado Suplente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979-1984).

Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral desde 1979 hasta 1994.

Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994).

Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999)

ACTIVIDAD PROFESIONAL

Desde 1965, Abogado Asesor de numerosas instituciones públicas y entre ellas, de la Procuraduría General de la República; Contraloría General de la República; Ministerio de Hacienda; Comisión del Plan Nacional para el Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos; Oficina de Planeamiento Urbano del Distrito Federal; Gobernación del Distrito Federal; Ministerio de Obras Públicas; Consejo Supremo Electoral; Petróleos de Venezuela S.A.; Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas; Instituto Postal Telegráfico; Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Congreso de la República.

Corredactor de las más importantes leyes administrativas del país, y entre ellas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Área Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

Corredactor de la Constitución del Estado Aragua y del Estado Yaracuy (1979-1980) y de otras Leyes y Constituciones de diversos Estados de la República.

Ejercicio libre de la profesión de Abogado desde 1975 Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, dedicado a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal.

PREMIOS POR PUBLICACIONES

"La más alta mención honorífica que conceden los Reglamentos Universitarios" de la Universidad Central de Venezuela, concedida a la Tesis del Doctorado *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, según veredicto inscrito en el Libro de Actas de Examen de Tesis de Doctorado, No. 72 de fecha 24-04-64, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Premio Luis Sanojo 1963-1964, concedido por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal a la obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisdicción Venezolana*.

Primer Premio en el Concurso Abierto por la Contraloría General de la República de Venezuela en América Latina, en 1968, para estudios sobre Control Fiscal, otorgado al estudio *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano*. (1968).

Premio Anual a la Investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1975), y Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1976, otorgado al libro *Cambio Político y Reforma de Estado en Venezuela*.

Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, otorgado al libro *Derecho Administrativo, Tomo 1*. (1979).

LIBROS

1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio "Luis Sanojo 1963-1964", Caracas.

- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*, Caracas.
Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre, Caracas.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*, Caracas.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*, Caracas.
Les Entreprises Publiques en Droit Comparé, París.
Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana, Caracas.
- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en el Derecho Venezolano*, Caracas.
- 1970 *Una Revolución para el desarrollo*, Caracas
- 1971 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.
El proceso de regionalización y la reforma administrativa en los Estados y Municipios, Caracas.
Derecho y desarrollo
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas
- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid.
Derecho Administrativo Tomo I, Caracas.
Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado. (Maracaibo)
- 1975-1979 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1970 y Estudios de Derecho Administrativo*, 6 Tomos, Caracas.
- 1976 *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*.
Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre
- 1977 *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales*.
- 1978 *Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana*.
La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo, Caracas.

- 1979 *Política, Estado y Administración Pública*, Caracas.
- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas*, Caracas.
Estudios sobre la Reforma Administrativa, Caracas.
Urbanismo y Propiedad Privada, Caracas.
Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I, Caracas.
Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979, Valencia.
- 1982 *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*.
La Defensa de la Constitución, Caracas.
Instituciones Políticas y Constitucionales. (1ª Edición), Caracas.
El Estado. Crisis y Reforma, Caracas.
- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello*, Madrid.
La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela, Caracas.
Sumario de la Constitución de 1961, Caracas.
- 1983-1990 *Estudios de Derecho Público*, Tomo 1, 3 Tomos.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas N° 1 y 2*, Caracas.
El Régimen Municipal en Venezuela, Caracas.
- 1985 *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas.
Las Constituciones de Venezuela, Madrid.
El Estado Incomprendido, Caracas.
Instituciones Políticas y Constitucionales; 2da. Edición, 2 Vols., Caracas.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo* (Bogotá).
- 1987 *Estado de Derecho y Control judicial (Justicia Constitucional, Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela)*, Madrid.
Reflexiones en España, Caracas.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Caracas.
- 1989 *Judicial Review in comparative law*, Cambridge
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, Caracas.
Principios del Procedimiento Administrativo, Madrid.
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas*, Caracas.

- Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas.
- 1992 *Les Príncipes de la Procedure Administrative non Contentieuse*, París.
Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno, Caracas.
Contratos Administrativos, Caracas.
- 1993 *El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas.
Ley Orgánica del Sufragio, Caracas
Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela, Caracas.
- 1994 *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*, Caracas.
Régimen Cambiarlo, Tomo I, Caracas.
- 1995 *El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá.
- 1996-1998 *Instituciones Políticas y Constitucionales*, 7 Tomos, Caracas.
- 1997 *La Ciudad Ordenada*, Madrid
Reflexiones sobre la Organización Territorial del Estado en Venezuela y la América Colonial, Caracas.
Las Constituciones de Venezuela, Caracas.
- 1998 *Cinco Siglos de Historia y un país en crisis (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela)*, Caracas
Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional, Caracas.
- 1999 *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas
Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, Caracas
Debate Constituyente, 3 Tomos, Caracas
- 2000 *La Constitución de 1999*, Caracas.
El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999, Caracas

- 2001 *El régimen legal de la Ofertas Públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas.
Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999, Caracas
Etudes de Droit Public Comparé, Bruselas
Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Caracas.
- 2002 *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, México
La crisis de la democracia en Venezuela. La Carta Interamericana y los sucesos de abril de 2002, Caracas.
- 2003 *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá.

Es coautor en las siguientes publicaciones de Leyes, editadas por la Editorial Jurídica Venezolana: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (1982), *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (1988), *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* (1988), *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (1989), *Ley Orgánica del Régimen Municipal 1989* (1990), *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* (1990); *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (1996), *Ley Orgánica de la Administración Pública* (2002), *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*.

INFORMES

En la función pública ha presentado y editado los siguientes Informes Oficiales, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, 2 Tomos, 1972; *Informe sobre la Descentralización en Venezuela* 1993, Memoria de Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización, 1994.

REVISTAS

Es Director-Fundador de la Revista de Derecho Público (Trimestral), Editorial Jurídica Venezolana, desde 1980.

SOBRE LA IMPORTANCIA PARA EL
DERECHO ADMINISTRATIVO,
DE LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO
Y DE SUS EFECTOS

SOBRE LA IMPORTANCIA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO, DE LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO Y DE SUS EFECTOS*

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

El año pasado, al inicio de las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que versaron sobre las formas de la actividad administrativa, comencé mi exposición introductoria señalando que:

El derecho administrativo puede considerarse, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, y en este contexto y convencionalmente, podemos entender por Administración Pública, en primer lugar, desde el punto de vista orgánico, el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento; y en segundo lugar, desde el punto de vista material, el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa.¹

Pero decir que el derecho administrativo es el derecho de la Administración Pública no es otra cosa que decir, en definitiva, que el derecho administrativo es el derecho de los actos administrativos, pues la Administración no es un fin en sí misma, sino que tiene una tarea o misión específica que, en el mundo del derecho, en definitiva, concluye en la emisión de dichos actos.

*. Conferencia introductoria en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA, Caracas, noviembre 1997.

1. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", en FUNEDA, Las formas de la actividad administrativa, II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Caracas 1996, página 23.

I

El acto administrativo, así, sin duda, es la noción más importante del derecho administrativo; es más, sin acto administrativo éste, simplemente, no existiría ni tendría razón de ser. Por ello, podemos decir sin temor a equivocarnos que todo el derecho administrativo gira en torno a este concepto fundamental; y podemos decir, además, que el derecho administrativo, como el derecho que regula la actividad administrativa, siempre se traduce o tiene como presupuesto un acto administrativo.

Para constatar esta estrecha relación entre el derecho administrativo y el acto administrativo, basta que analicemos un poco más detenidamente el objeto de nuestra disciplina, y que hemos plasmado hace años en la siguiente definición del derecho administrativo, por su objeto, que no es más que una pequeña ampliación de la que antes formulamos:

Hemos dicho que el derecho administrativo es aquella rama del derecho que regula a la Administración Pública como complejo orgánico del Estado, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado, aún los que no forman parte del Ejecutivo ni de la Administración; que regula la actividad administrativa del Estado; y que norma las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales y no estatales que actúan como Administración Pública y los particulares, tanto con motivo del ejercicio de la función administrativa como de la realización de alguna actividad administrativa.²

Es esta definición del derecho administrativo, por su objeto, la que nos confirma la estrecha relación que toda nuestra disciplina tiene con el acto administrativo, y que resulta de los siete grandes bloques de regulación que contiene.

En efecto, en primer lugar, la definición comprende el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado, personificado en diversos sujetos de derecho a los cuales está atribuido,

2. Véase Allan R. Brewer-Carías "El concepto del derecho administrativo" en Revista de Administración Pública, N° 100-102, Vol. I, Enero-Diciembre, Madrid 1983, página 686.



en general, el ejercicio del Poder Ejecutivo como rama del Poder Público. La Administración Pública, así concebida, existe para cumplir determinados fines, los cuales sólo puede alcanzar desarrollando una actividad, de manera que si no tuviese actividad no tendría razón de ser. Ello se confirma si tenemos en cuenta que el conjunto de órganos del Estado que conforman la Administración Pública, para actuar, tienen que formar parte de un sujeto de derecho, es decir, de una persona jurídica estatal que ejerce el Poder Público.

En este sentido también tenemos que decir que las personas jurídicas estatales, como cualquier sujeto de derecho, sólo se conciben para actuar en el mundo del derecho, es decir, para realizar una actividad, en este caso, administrativa, que siempre está vinculada a un acto administrativo; actuación que, además, como todo sujeto de derecho, realizan porque están habilitadas para ello, en este caso, porque tienen la potestad necesaria para incidir en las situaciones jurídicas de los administrados o formar parte de relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho. Esta potestad, en el campo del derecho público, no es otra que el Poder Público que es la potestad constitucional que habilita a los sujetos de derecho estatales para actuar como Estado, como titulares de derechos (poderes) y de obligaciones (deberes). El Poder Público, por tanto, como tal, no tiene otro sentido que habilitar a un sujeto de derecho para que actúe en nombre del Estado, actuación que en el mundo de las relaciones jurídicas con los particulares, cuando el Estado actúa como sujeto de derecho en las relaciones jurídicas, se traduce siempre en actos administrativos.

En efecto, en general, es mediante el ejercicio del Poder Ejecutivo, como rama del Poder Público, que se dictan los actos administrativos; pero también pueden emanar de otros órganos del Estado en ejercicio de otras ramas del Poder Público (Legislativa y Judicial) en ejercicio de funciones administrativas. En consecuencia, tanto las nociones mismas de personas jurídicas de derecho público o de personas estatales, como las del Poder Público y, en particular, del Poder Ejecutivo, están estrechamente vinculadas a los actos administrativos, a través de los cuales tienen presencia en el mundo de las situaciones y relaciones jurídico-administrativas.

En consecuencia, en cuanto al primero de los objetos que derivan de la definición del derecho administrativo, el relativo al régimen de la

Administración Pública como complejo orgánico del Estado, personificado en diversos sujetos de derecho público o estatales que ejercen el Poder Público, su relación esencial con el acto administrativo es evidente. Simplemente, aquellos no se conciben sino para desarrollar una actividad que, en general, se traduce en dictar actos administrativos, prepararlos o ejecutarlos.

En segundo lugar, hemos dicho que el derecho administrativo tiene por objeto regular el funcionamiento de la Administración Pública, particularmente en cuanto concierne a los recursos humanos, materiales y financieros que le están asignados para actuar, y que confirman que ese es su objetivo. Las personas jurídicas que manifiestan la voluntad del Estado, como Administración Pública, además de órganos, tienen que tener titulares de dichos órganos, que no son otros que los funcionarios públicos, que son las personas naturales que materializan y concretizan la actuación administrativa. Por ello, los funcionarios o empleados públicos no tienen otra misión que actuar por cuenta de la Administración Pública, sea dictando actos administrativos, sea preparándolos o ejecutándolos, pero siempre vinculados a actos administrativos.

Esto tiene particular importancia en relación a la definición misma de los actos administrativos, pues como es sabido, estos son, ante todo y por sobre todo, la voluntad manifestada de la Administración Pública; y la única forma como ésta puede manifestar su voluntad, es mediante la actuación de una persona natural que la exprese como titular de un órgano de aquélla. Esos son los funcionarios públicos y para eso es que existen: para ser el vehículo para la manifestación de voluntad de la Administración Pública, de manera que su decisión se impute a la persona moral de cuyo órgano son titulares.

Pero para que la actividad administrativa pueda realizarse, por supuesto, además de recursos humanos, la Administración Pública tiene que disponer de recursos materiales, bienes y de recursos financieros; todos ellos para que pueda actuar, es decir, desplegar su actividad siempre vinculada a los actos administrativos.

Por ello, en consecuencia, en cuanto al segundo de los bloques que conforman el objeto del derecho administrativo, el relativo al funcionamiento de la Administración Pública, los recursos humanos,



materiales y financieros que se le asignan sólo tienen sentido si se considera que son para que aquella pueda desplegar su actividad que, en general, se traduce en dictar actos administrativos, prepararlos o ejecutarlos.

En tercer lugar, también hemos señalado que forma parte del objeto del derecho administrativo, el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de la Administración Pública, es decir, de las funciones normativa, política, jurisdiccional y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y normativa por órganos distintos de la Administración Pública e, incluso, por organizaciones particulares a las cuales la ley les atribuye tal potestad. La vinculación del régimen de la función administrativa y de las otras funciones del Estado con los actos administrativos no puede ser más estrecha, pues a lo que tiende la precisión de ese régimen es a identificar, precisamente, a los actos administrativos.

En efecto, estos se pueden identificar, ante todo, mediante un concepto orgánico, como los emanados de los órganos de la Administración Pública. Por ello decimos que el derecho administrativo tiene por objeto el régimen del ejercicio de cualesquiera de las funciones del Estado por la Administración Pública, es decir, del ejercicio de la función administrativa que es propia de los órganos ejecutivos, traducida siempre en actos administrativos; del ejercicio de la función normativa, que cuando tiene carácter sub-legal es también propia de los órganos ejecutivos, traducida siempre en Reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales; del ejercicio de la función política, que cuando tiene carácter sub-legal, es también propia de los órganos ejecutivos, traducida siempre en actos administrativos; y del ejercicio de la función jurisdiccional, que no es exclusiva de los órganos del Poder Judicial, sino que cada vez más se concibe también como función consustancial con la Administración Pública, y que se traduce siempre en actos administrativos. Estos, en nuestro criterio, son los mal llamados "actos cuasi jurisdiccionales", porque en estos temas de la actividad administrativa, o estamos en presencia de un acto administrativo o no lo estamos; o el acto es administrativo o no lo es; lo que nunca puede suceder es que sea "medio" o "cuasi" administrativo.

Por tanto, decir que el derecho administrativo tiene por objeto el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por la Administración

Pública, no tiene otro sentido que el identificar a los actos administrativos emanados de ella, aún cuando no sean en ejercicio de la función administrativa, sino de las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales. Se trata, por tanto, en definitiva, de un mecanismo para identificar con precisión a los actos administrativos, aún cuando sean dictados en ejercicio de funciones normativas, disipando así toda idea o intento derivada de alguna lectura trasnochada de viejos textos españoles, de considerar que los reglamentos no serían actos administrativos. En nuestro derecho lo son, y por excelencia.

También se trata de un mecanismo para identificar, también con toda precisión, como acto administrativo, a los emanados de órganos de la Administración Pública (que no son, por tanto, del Poder Judicial) en ejercicio de la función jurisdiccional. Son actos administrativos plenos, completos, ni "cuasi" administrativos ni "cuasi" jurisdiccionales. Y es que el ejercicio de la función jurisdiccional es de la esencia de la Administración Pública y siempre lo ha sido. Basta un vistazo a los llamados Administrative Tribunals de la Administración Pública inglesa y norteamericana³ para constatarlo, que de tribunales sólo tienen el nombre y lo que se quiere denotar con esa denominación es la penetración de las funciones jurisdiccionales en la Administración Pública, es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional por sus órganos, como la que ejercen el ejército de entidades de nuestra Administración Pública, que resuelven conflictos inter partes, con imparcialidad.

Por último, también se trata de identificar los actos administrativos dictados en ejercicio de la función política, que lo único que significa es que su motivación constitucional y legal está en el campo de la conducción política de la sociedad y nada más, siendo actos administrativos plenos.

Por tanto, al decir que el derecho administrativo tiene por objeto el régimen del ejercicio de cualesquiera de las funciones del Estado por la Administración Pública, no tiene otro sentido que identificar a los actos administrativos con criterio orgánico, dictados aún en ejercicio de funciones estatales distintas a la función administrativa, con rango sublegal. Pero también, al decir que el derecho administrativo tiene por objeto el régimen

3. Jorge Velez García, Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado, Santa Fe de Bogotá, 1994, págs. 114 y sigts.



del ejercicio de la función administrativa y normativa por otros órganos del Estado distintos de la Administración Pública e, incluso, por organizaciones particulares a las cuales la Ley le atribuye tal potestad; ello no tiene otro sentido, de nuevo, que identificar a los actos administrativos emanados de órganos o sujetos distintos de la Administración Pública y que no tendrían tal carácter si se optara por la definición orgánica de los mismos.

De nuevo, aquí, por ejemplo, el objeto del derecho administrativo está en función de identificar actos administrativos dictados por los órganos legislativos en ejercicio de la función administrativa, de rango sub-legal, como es el caso del nombramiento de un funcionario de los Cuerpos Legislativos o el acto de rescisión de un contrato celebrado por éstos. Está también en función de identificar actos administrativos dictados por los órganos judiciales en ejercicio de la función administrativa, similares a los antes indicados, y además en ejercicio de la función normativa, como serían los reglamentos dictados por la Corte Suprema de Justicia y otros órganos judiciales.

Este objeto del derecho administrativo relativo al régimen del ejercicio de las funciones administrativa y normativa de rango sub-legal por los órganos legislativos y judiciales, por tanto, no tiene otro sentido que contribuir a la definición del acto administrativo, también, mediante el aporte del criterio material, que se acumula al orgánico antes indicado.

Pero por último, también en este aspecto del ejercicio de las funciones estatales administrativas, normativas y jurisdiccionales, se consideran como objeto del derecho administrativo el ejercicio de las mismas por organizaciones particulares no estatales a las cuales la Ley les atribuye tal potestad. Este objeto de nuestra disciplina, de nuevo, no tiene ninguna otra razón de ser que la de identificar actos administrativos emanados de entidades privadas o no estatales, a las cuales la Ley les ha otorgado una prerrogativa o potestad para ejercer aquellas funciones estatales. Son los famosos "actos de autoridad", noción que ha venido elaborando la jurisprudencia contencioso administrativa⁴, a veces con cierto temor a denominarlos por su nombre, que no es otro que actos

4. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas 1993, págs. 39 y 40; y Rafael J. Chavero Gazdik, *Los Actos de Autoridad*, Caracas 1996.

administrativos emanados de particulares que, por lo demás, existen en casi todos los Estados de régimen administrativo⁵.

Por tanto, en definitiva, el tercero de los bloques de regulación que configuran al derecho administrativo, vinculado a las funciones del Estado, no tiene otra misión que identificar a los actos administrativos.

En cuarto lugar, también hemos señalado como objeto del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las funciones estatales, como antes hemos indicado, y que se traduce siempre en la emisión de actos administrativos, o en su preparación o en su ejecución. Incluso, si se tratase de actos bilaterales del Estado como los contratos administrativos, estos tienen a su alrededor, ineludiblemente, antes, durante y después de su conclusión, actos administrativos, como los actos que deciden la contratación o seleccionan al contratista; que aprueban por ejemplo, las garantías y fianzas, o que sancionan o vigilan la ejecución del contrato.

Toda la actividad administrativa, por tanto, cualquiera sea la forma que tenga: de fomento, de servicio público, de policía administrativa o de gestión económica, como lo analizamos el año pasado en las II Jornadas Internacionales, se reconduce, en definitiva, a actos administrativos.

Ello, por otra parte, es esencial para distinguir los actos administrativos que son el objeto propio del derecho administrativo, de los otros actos estatales como los actos legislativos, los actos de gobierno y los actos judiciales. Los actos administrativos son, por esencia, actos de rango sub-legal, es decir, de ejecución directa de la legislación y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Ningún acto administrativo puede ser dictado sólo en ejercicio directo de la Constitución, y esto es lo que lo distingue de los actos legislativos y de los actos de gobierno.

Un acto de ejecución directa de la Constitución es aquél, que para dictarlo, el órgano estatal sólo ejerce atribuciones establecidas

5. Véase por ejemplo Pierre Devolvé *L'acte administratif*, París 1983, pp. 61 y 102; José Antonio García Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, Madrid 1986, págs. 119 y sigs.



directamente en la Constitución, no pudiendo intercalarse entre la Constitución y el acto en cuestión, ninguna norma adicional del ordenamiento jurídico, no autorizada constitucionalmente. Por ello, por ejemplo, el acto de gobierno al ser un acto de ejecución directa de la Constitución, no es un acto administrativo, por cuanto al dictarlo, por ejemplo, cuando el Presidente de la República suspende o restringe las garantías constitucionales, ejecuta directamente la Constitución⁶, no pudiendo, por ejemplo, el Congreso, dictar una Ley que regule el modo y requisitos que el Presidente tendría que seguir para ejercer esa competencia constitucional en forma distinta o adicional a lo que la Constitución establece. Una Ley de esta naturaleza sería inconstitucional. Por ello, por ejemplo, algunas dudas de inconstitucionalidad podrían plantearse respecto de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, de 1995⁷.

De manera que entre los actos jurídicos del Ejecutivo Nacional, se distinguen claramente los actos de gobierno como actos dictados en ejecución directa de la Constitución⁸, de los actos administrativos, que siempre son de rango sublegal.

En cuanto a los actos legislativos, estos también son actos de ejecución directa de la Constitución, sea que se trate de las leyes (art. 162 de la Constitución) o de los actos parlamentarios sin forma de ley⁹; lo que los distingue de los actos administrativos dictados por las Cámaras Legislativas, y que son de rango sublegal, es decir, son dictados en ejecución indirecta del texto constitucional.

-
6. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto del Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales Nacionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Caracas 1986, pág. 68. El criterio allí sostenido fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 11-3-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, 1993, pág. 155.
 7. Véase art. 1° de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera de 29-6-95 (G.O. N° 4931 Extra. de 6-7-95).
 8. Véase la mencionada sentencia de la Corte Plena de 11-3-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas 1993, p. 135.
 9. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 25-1-94 en Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Alvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia contencioso-administrativa, 1961-1996*, Caracas 1996, págs. 472 y sigts.

Por último, los actos administrativos se distinguen de los actos judiciales, aún cuando sean dictados por los Tribunales¹⁰ y a pesar de que ambos son siempre de rango sub legal, porque los segundos son siempre el resultado de un proceso entre partes, dictados en función jurisdiccional por los Tribunales de la República y en ejercicio del Poder Judicial, lo que les da la fuerza de verdad legal que tienen.

En consecuencia, al señalar que el régimen de la actividad administrativa es uno de los objetos del derecho administrativo, en definitiva se está señalando que el objeto del mismo es el régimen de los actos administrativos dictados por todos los órganos del Estado; y, también, por supuesto, de los actos administrativos dictados por sujetos o entidades no estatales.

En quinto lugar, el derecho administrativo también regula la responsabilidad administrativa del Estado y de sus funcionarios, la cual puede originarse en actos administrativos o en actuaciones de la Administración que no llegan a materializarse como tales. En estos casos, sin embargo, por el principio del agotamiento de la vía administrativa, siempre debe producirse un acto administrativo expreso o tácito denegatorio, que reconozca o no la responsabilidad exigida, para que esta pueda ser exigida¹¹. Por ello, en definitiva, en último término, el régimen de la responsabilidad de la Administración está vinculado al acto administrativo.

Por último, en sexto lugar, también forma parte del régimen propio del derecho administrativo, el régimen del control de la Administración Pública el cual, evidentemente, también está indisolublemente unido al acto administrativo.

En efecto, el control parlamentario, a cargo de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones (art. 139 de la Constitución), se ejerce siempre en relación a actos administrativos; el control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República (art. 234 de la Constitución), incide, en definitiva, sobre actos administrativos u omisiones en dictarlos en

10. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 19-3-84, Revista de Derecho Público, N° 19, 1984, pp. 122-124

11. Véase, por ejemplo, el procedimientos administrativos previo a las demandas contra la República, arts. 30 y sigts. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.



relación a los ingresos, gastos y bienes nacionales; y el control judicial contencioso administrativo, por supuesto, es difícil concebirlo sin que tenga relación esencial con los actos administrativos o con las omisiones de los órganos respectivos en dictarlos.

En esta materia, el acto administrativo tiene carta de naturaleza en la propia Constitución, cuyos artículos 206 y 215, ordinal 7 utilizan la expresión "actos administrativos", categoría a la que hay que agregar los Reglamentos, que se identifican en el artículo 215, ordinal 6 de la Constitución en concordancia con la atribución del Presidente de la República establecida en el artículo 190, ordinal 10 de la Constitución.

Al identificarse a los actos administrativos en el artículo 215 de la Constitución, en todo caso, queda clara su distinción respecto de las leyes (arts. 162 y 215, ordinales 3 y 4 de la Constitución); respecto de los actos parlamentarios sin forma de ley (los "demás actos" de las Cámaras que sin ser actos administrativos, no son leyes, a pesar de ser dictados en ejecución directa de la Constitución); y respecto de los actos de gobierno (los "demás actos" de los órganos del Poder Ejecutivo de ejecución directa de la Constitución y que, por tanto, no son actos administrativos ni reglamentos).

En definitiva, por tanto, todo el derecho administrativo definido a través de su objeto, en la forma como antes lo hemos analizado, termina siendo, en una u otra forma, el derecho de los actos administrativos; noción, por tanto, clave y esencial en nuestra materia. Es como lo decía Charles Eisenmann, la noción primigenia, en la cual se basa todo el derecho de la acción de la administración y el estudio del derecho administrativo¹². Por ello durante varios años, sus cursos de derecho administrativo profesados en la Facultad de Derecho de la Universidad de París a finales de los cincuenta y principios de los sesenta, a los que tuve el privilegio de asistir entre 1962-1963, fueron sobre este tema de los actos administrativos.

II

Ahora bien, decir que el derecho administrativo es el derecho de los actos administrativos, exige definirlos como especie de los actos jurídicos, como voluntad manifestada de la Administración Pública para

12. Véase Charles Eisenmann, *Cours de Droit Administratif*, Tomo II, París 1983, p. 35.

producir efectos jurídicos¹³, es decir, consecuencias de derecho en relación a situaciones o relaciones jurídicas. Por supuesto, a los efectos de estas palabras introductorias a las III Jornadas Internacionales, no vamos a detenernos en el análisis de los elementos de la definición relativos a la voluntad, a su manifestación y a la Administración Pública, a lo cual se han dedicado muchas páginas, incluso por nosotros mismos¹⁴; sino al elemento que es de la esencia de la definición y que es la producción de efectos jurídicos, sin el cual no se puede hablar de acto jurídico.

En efecto, hace más de tres décadas, en una famosa sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1962, bajo la ponencia del recientemente fallecido académico José Gabriel Sarmiento Nuñez, se precisó con claridad que una cosa son los hechos jurídicos y otra los actos jurídicos. Los hechos jurídicos son acaecimientos o sucesos que en alguna forma modifican la realidad jurídica, pero cuando esos acaecimientos son expresión de la voluntad humana, estamos en presencia de actos jurídicos; por lo que acto jurídico, decía la Corte en esa sentencia, “es el acaecimiento, caracterizado por la intervención de la voluntad humana, para la realización de un fin jurídico determinado”¹⁵. Por tanto, además de una voluntad manifestada, son los efectos jurídicos producidos los que caracterizan a los actos administrativos de manera que estos no son tales, si *per se* no producen efectos jurídicos¹⁶. Se entenderá, por tanto, la importancia que tiene en el derecho administrativo de los actos administrativos, el estudio de los efectos jurídicos de los mismos; por ello es, precisamente, que estas III Jornadas Internacionales se dedican a este tema general de sus efectos.

Un acto administrativo puede producir efectos, es decir, ser eficaz, ante todo, si es un acto válido¹⁷. Por ello, lo primero que interesa al

13. Esta es la noción más clásica de carácter jurisprudencial. Véase las sentencias al respecto en Allan R. Brewer Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, Caracas, 1976, págs. 170 y 171.

14. Allan R. Brewer-Carías “El problema de la definición del acto administrativo”, en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas 1984, págs 25 a 78.

15. Véase sentencia de la Corte Plena de 15-3-62 (Caso Nulidad del artículo 20 de Ley Aprobatoria del Contrato con el Banco de Venezuela como banco auxiliar de Tesorería), en *Gaceta Oficial* N° 760 Extra. de 22-3-62, pág. 5).

16. Así lo señaló la antigua Corte Federal en sentencia de 9-4-59, *Gaceta Forense*, N° 24, 1959, págs. 62 y 63.

17. Véase Margarita Beladiez Rojo, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Madrid 1994, págs. 52 y sigts.



estudiar el acto administrativo y sus efectos, es su validez, es decir, su conformidad con el ordenamiento jurídico y hasta qué punto, aún siendo el acto contrario a ciertas normas e, incluso, inválido, puede producir efectos jurídicos.

Aquí estamos inmersos, de lleno, en el principio de la presunción de legalidad y legitimidad de los actos administrativos que no es otra cosa, que el privilegio que tiene la Administración Pública de que sus actos, una vez dictados, se presumen válidos y, en consecuencia, eficaces; presunción que se extiende a la veracidad de los hechos expuestos en el acto y que constituyen su causa¹⁸.

Este principio, por lo demás, es de la esencia de todos los actos estatales, de manera que la única forma como puede desvirtuarse esa presunción, es mediante la impugnación del acto en vía judicial. No tiene aplicación, por tanto, en Venezuela, la teoría del acto estatal inexistente, cuya nulidad absoluta podría alegarse por cualquiera funcionario o particular, desconociendo su validez en cualquier momento, con el argumento de que la inexistencia es la nada, el no ser, que no obliga. Al contrario, por el principio de la presunción de validez de los actos estatales, la llamada inexistencia se equipara a la nulidad absoluta, y requiere siempre de intervención judicial que la declare para que el acto impugnado cese en sus efectos. Como lo sentó la antigua Corte Federal y de Casación hace seis décadas:

"Ningún acto puede ser considerado como nulo, aún cuando esté afectado del vicio más grave, sin que el juez lo haya declarado tal. Esto se debe al hecho de que aún en las nulidades absolutas, aún en los hechos llamados inexistentes, hay siempre una apariencia que es necesario destruir; y en tanto el Poder Judicial no la haya hecho así, la apariencia subsiste y hay que considerarla regular"¹⁹.

Por tanto, un acto administrativo inválido, mientras no sea revocado por la autoridad administrativa o anulado por la autoridad judicial, produce

18. Principio acogido desde hace décadas por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Véanse las sentencias en Allan R. Brewer Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974...* cit., Tomo III, Vol. I, págs. 268 y sigts.

19. Véase sentencia de la Corte Federal y de Casación de la Sala Federal de 4-4-38, Memoria 1939, págs. 490-491.

sus efectos; los cuales, por supuesto, cuando el acto es anulado con efectos *ex tunc*, desaparecen hacia el pasado.

En todo caso, el tema de la validez de los actos administrativos tiene que ver, por supuesto, con el cumplimiento de los requisitos de validez de los mismos. Es decir, el ordenamiento jurídico reviste a la voluntad manifestada de la Administración de una serie de requisitos, para que aquella se considere efectivamente como tal y pueda producir los efectos jurídicos consiguientes: así, ha de ser formulada por un órgano competente, con fundamento en normas expresas (base legal) y en hechos que autoricen la actuación (causa), los cuales deben ser correcta y adecuadamente apreciados y calificados, a los efectos de que se pueda producir el efecto jurídico perseguido, que debe ser lícito y posible, conforme a la finalidad prevista en el ordenamiento; debiendo formarse en un procedimiento administrativo con las debidas garantías para los interesados, entre ellas, la defensa; y expresarse de manera debidamente motivada, conforme a las formalidades legalmente establecidas. Si el acto administrativo se ajusta a estos requisitos, es válido y eficaz. Pero si no se ajusta a estos requisitos, no siempre es inválido y no siempre es ineficaz.

Ante todo, la invalidez es una sanción que establece el ordenamiento jurídico respecto de los actos administrativos que conduce, siempre, a su ineficacia y que como se ha dicho, en todo caso, tiene que ser declarada o constatada por la autoridad administrativa o judicial. Un acto viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ejemplo, para que sea ineficaz, su invalidez tiene que ser declarada mediante revocación por la propia Administración, lo que puede hacer en cualquier tiempo (art. 83 Ley Orgánica Procedimientos Administrativos), o mediante su anulación por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 206 de la Constitución) la cual, en nuestro criterio, en estos casos de nulidad absoluta, también debería poder ejercerse en cualquier tiempo, sin lapso de caducidad. Pero si la invalidez del acto viciado de nulidad absoluta no es declarada por la autoridad competente, el acto podría incluso producir efectos, pudiendo estos, por supuesto, como se ha dicho, ser eliminados con efectos *ex tunc* si se produce la revocación o anulación del acto administrativo.



En todo caso, aún tratándose de actos administrativos inválidos, viciados de nulidad absoluta, como los dictados por ejemplo, con incompetencia manifiesta, en ciertos casos, aún declarada su nulidad, el ordenamiento jurídico podría proteger su eficacia para resguardar la buena fe de sus destinatarios, como sucedería por ejemplo, con los dictados por los llamados "funcionarios de hecho" en los cuales los ciudadanos han confiado.

En cuanto a los vicios de nulidad relativa, es decir, todos los que puedan comprometer la validez y, consecuentemente, la eficacia de los actos administrativos que no sean de los que originan la nulidad absoluta, los mismos también tienen que ser declarados nulos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cesando en ese caso sus efectos, en principio, *ex nunc*, aún cuando en ciertos casos, los efectos de la anulación podrían retrotraerse hacia el pasado. Si tal declaratoria no se produce, tales actos son eficaces, no pudiendo la Administración revocarlos si han creado derechos a favor de particulares, pudiendo incluso convalidarlos. Sin embargo, la invalidez de dichos actos, aun cuando adquieran firmeza, se puede alegar siempre como excepción (art. 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) en vía judicial. Esto toca, por supuesto, con el concepto de cosa juzgada administrativa.

Pero no toda violación de los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para la producción de los actos administrativos, necesariamente produce la invalidez de los mismos y su consecuente ineficacia, pues hay ciertas ilegalidades, es decir, violaciones del ordenamiento jurídico, que no acarrear la invalidez. Es el caso de algunos requisitos de forma que no son más que irregularidades, sin ninguna consecuencia invalidante.

Pero si bien es cierto que el acto administrativo para ser eficaz tiene que ser válido; y que la invalidez es una causa de la ineficacia de los actos administrativos, sin embargo, no es la única, pues esta puede derivar de otros motivos.

En consecuencia, puede haber actos válidos pero ineficaces. Por ejemplo, si el acto administrativo no ha sido comunicado a sus destinatarios mediante su publicación o su notificación según los casos, puede ser válido pero ineficaz. Por otra parte, si el acto administrativo válido, conforme con el ordenamiento, está sometido a una condición suspensiva

o extintiva de sus efectos, de nuevo puede ser válido pero ineficaz. También puede producirse la cesación de los efectos de un acto válido por haberse estos producido y agotado; o por decaimiento, cuando acaece la desaparición o extinción de su objeto, de su causa o de su base legal, en cuyo caso se torna ineficaz, y no pudiendo producir más efectos, deja de ser, incluso, acto administrativo. Por supuesto, un acto administrativo válido también puede ser ineficaz temporalmente si sus efectos han sido suspendidos por decisión cautelar administrativa (art. 80 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) o judicial (art. 136 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y art. 585 y sigts. Código de Procedimiento Civil).

De resto, los actos administrativos válidos son a la vez eficaces desde el momento de su publicación o notificación y, por supuesto, hacia el futuro, quedando en principio proscrito todo efecto retroactivo de los actos administrativos, salvo cuando se trate de un acto administrativo que revoque un acto precedente declarando su nulidad absoluta *ex tunc*.

Pero en segundo lugar, siendo los actos administrativos y, por supuesto, los efectos que producen, de la esencia del derecho administrativo, la actividad que éste regula se aprecia, en su diversidad, al clasificarse los actos según sus efectos.

Este es otro aspecto que merece especial atención, y de las múltiples clasificaciones de los mismos, queremos aquí referirnos a sólo dos, una de orden formal y otra de orden sustantivo.

La más importante de las clasificaciones de los actos administrativos según sus efectos, en nuestro país, de rango constitucional, es la prevista en el artículo 206 del Texto Fundamental, y que los clasifica en cuando a sus destinatarios, es decir, en relación a los sujetos a los cuales se aplican, entre actos administrativos generales y actos administrativos individuales; clasificación que, por supuesto, no es coincidente con la prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que al distinguir el procedimiento en los juicios de nulidad de los actos estatales que se siguen ante ella, si los referimos a los actos administrativos los clasifica según que el objeto de impugnación sea un acto administrativo de efectos generales o un acto administrativo de



efectos particulares, clasificación que apunta más bien al contenido normativo o no de los actos impugnados.

Desde que se promulgó la Ley Orgánica en 1976, por supuesto, se desató la polémica sobre el sentido de ambas clasificaciones y si coincidían o no²⁰. Por supuesto que no coinciden, pues ambas clasificaciones de los actos responden, formalmente, a distintos criterios²¹. La clasificación constitucional relativa a los actos administrativos generales o individuales, como se dijo, los distingue según los destinatarios de la acción administrativa: o una pluralidad de sujetos de derecho o un sujeto de derecho. Así, los actos generales son los que tienen como destinatarios a una pluralidad de sujetos que pueden ser tanto indeterminados como determinables; en cambio, los actos individuales son los dirigidos a un sujeto de derecho.

En cuanto a la clasificación legal entre actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares, esta responde a las distintas situaciones jurídicas en relación a las cuales inciden sus efectos: los actos administrativos de efectos generales tienen por objeto crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares tienen por objeto crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, concretas y personales. Los primeros, por tanto, son los de contenido normativo y tienen siempre destinatarios indeterminados; los segundos son actos que no tienen contenido normativo y que tienen destinatarios determinados o determinables. Esta distinción es la que justifica los distintos principios del proceso contencioso administrativo de nulidad: en la impugnación de actos administrativos de efectos generales, son precisamente los efectos normativos de los mismos, los que justifican que no exista lapso de caducidad, que se trate de una acción popular y que no pueda dictarse la providencia cautelar de suspensión de sus efectos, salvo por vía de amparo; en el caso de los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, son precisamente los efectos subjetivos y no normativos de los mismos, los que justifican que se tengan que intentar dentro de un lapso de caducidad, que se requiera de una

20. Véase en el libro del Instituto de Derecho Público *El control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas 1979, págs. 51 y sigs y 169 y sigs.

21. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977, págs. 7 y sigs.

legitimación fundada en un derecho subjetivo o en un interés personal, legítimo y directo, y que dichos actos puedan ser objeto de la medida cautelar de suspensión de efectos.

Los actos administrativos generales previstos en la Constitución, por tanto, pueden ser tanto de efectos generales como de efectos particulares según la clasificación legal; pero los actos individuales, son siempre de efectos particulares. Estos, por otra parte pueden ser generales, si están destinados a una pluralidad de sujetos determinada o determinable o individuales, cuando afectan a un sujeto de derecho.

Pero aparte de estas clasificaciones de orden formal, los actos administrativos también pueden clasificarse según sus efectos, de acuerdo al contenido sustantivo de la actividad administrativa en actos declarativos, actos ablatorios, actos concesorios y actos autorizatorios²². En esta forma, los actos administrativos declarativos son aquellos que otorgan certeza a determinados actos o hechos jurídicos, atribuyendo calificaciones jurídicas a cosas, personas o relaciones jurídicas determinadas. En estos actos se ubican, básicamente, los actos de registro, que contienen declaraciones de ciencia o de conocimiento, y los actos de certificación.

Los actos administrativos ablatorios son aquellos en virtud de los cuales los sujetos de derecho sufren determinadas privaciones en su esfera jurídica. Entre ellos están, por ejemplo, los que privan la propiedad (expropiación, comiso) o su uso (requisición), o la limitan (servidumbres administrativas); los que privan la libertad (arresto) o la limitan (confinamiento o cuarentena); los que establecen imposiciones de dar (multas) o de hacer (demoliciones, por ejemplo).

Los actos administrativos concesorios, al contrario de los ablatorios, amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados, y mediante los mismos se atribuye o se otorga un derecho que no preexistía en cabeza del administrado. Generalmente, originan un acto bilateral o contrato, donde se incorporan las obligaciones del concesionario.

Por último, están los actos autorizatorios, destinados a permitir a un sujeto de derecho ejercer un derecho preexistente, teniendo en

22. Véase, por ejemplo, Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, Tomo II, págs. 825 y sigts.



general por objeto remover un obstáculo jurídico que impedía su ejercicio. Es el mundo de las licencias, permisos y demás autorizaciones administrativas, tan característicos de la actuación administrativa de nuestro tiempo y que son el signo cotidiano de la presencia de la Administración Pública.

Pero los actos administrativos, cualesquiera que ellos sean, desde el momento que se caracterizan por producir efectos jurídicos, es decir, incidir en las situaciones jurídicas de los administrados y en determinadas relaciones jurídicas, ello es para que aquellos se cumplan. Es decir, si el acto produce efectos, es para que estos se cumplan o se ejecuten, así se trate de una declaración, de una sanción, de una concesión o de una autorización.

Para ello, ante todo, el acto administrativo tiene que constar físicamente, es decir, la voluntad manifestada de la Administración tiene que estar acreditada de manera que pueda constatarse su existencia fehacientemente. Por ello, y salvo los casos excepcionales de actos administrativos verbales de ejecución inmediata o expresados mecánicamente, todos los actos administrativos deben constar por escrito, es decir, deben materializarse siempre en un documento o un oficio, que constan en un papel. Estos documentos administrativos, una vez firmados por el funcionario competente, son documentos públicos en los términos del artículo 1357 del Código Civil, siempre que el funcionario público que los firme tenga facultad para dar fe pública respecto de los hechos jurídicos que efectúa o que declara haber visto u oído, lo que ocurre normalmente con los actos administrativos de registro o de certificación, como por ejemplo, el acta que levanta el secretario de un cuerpo colegiado; lo cual, además, en principio, es la única forma de probar lo resuelto en la reunión respectiva. De resto, los actos administrativos ablatorios, concesorios o autorizatorios, como documentos administrativos, a los efectos de la prueba por escrito se configuran como documentos privados que conforme al artículo 1363 del Código Civil tienen la misma fuerza probatoria que los documentos públicos en lo que se refiere al hecho material de la declaración de voluntad de la Administración y hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esa declaración. De allí, de nuevo, la presunción de veracidad que acompaña a los actos administrativos, que es *juris tantum* y que admite prueba en contrario mediante su impugnación en vía contencioso-administrativa.

En todo caso, en esta materia de los efectos y ejecución de los actos administrativos, la Administración Pública, también tiene dos prerrogativas, que son la ejecutividad y la ejecutoriedad de los mismos. Estas la diferencian de los particulares, quienes para poder ejecutar sus actos, tienen que acudir a la autoridad judicial para que, primero, declare con certeza el derecho que se pretende; y luego, sea también la autoridad judicial la que haga cumplir la decisión. Un principio fundamental del Estado de Derecho es que nadie puede hacerse justicia por si mismo, por lo que para la defensa de sus derechos e intereses es que la Constitución otorga a todos el derecho de utilizar los órganos de la Administración de Justicia (art. 68). Pero este principio no siempre se aplica a la Administración.

En efecto, como lo enseñó Calamandrei²³ el proceso jurisdiccional tiene siempre dos momentos: en primer lugar, un proceso de cognición mediante el cual se obtiene del juez la declaración de certeza del derecho que se reclama, la cual constituye un mandamiento individualizado contenido en una decisión judicial. Es el primer paso que debe cumplir todo sujeto de derecho para reclamar un derecho frente a otro, y que sólo obvia excepcionalmente el ordenamiento jurídico, cuando otorga a un acto el carácter de título ejecutivo que lo reviste, *per se*, de la certeza necesaria y que no requiere, por tanto, de proceso de cognición previo para poderse acudir procesalmente a la vía ejecutiva (arts. 630 del Código de Procedimiento Civil).

Precisamente, es esta excepción que existe en el mundo de las relaciones entre sujetos de derecho, la que se convierte en la regla respecto de la Administración Pública. Sus actos administrativos tienen siempre el privilegio de considerarse, *per se*, como ejecutivos, de manera que la Administración Pública no tiene que acudir a la vía judicial para obtener una declaración de certeza de su derecho mediante un proceso de cognición. El acto administrativo, por si mismo, es ejecutivo, goza de ejecutividad, lo que deriva del principio ya mencionado de la presunción de legitimidad, legalidad y veracidad que tiene.

Pero volviendo al mundo de la jurisdicción, en general, una vez cumplida la fase mencionada del proceso de cognición o una vez que se

23. Véase Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1962, p.79.



tiene un título ejecutivo, los sujetos de derecho, para poder llevar a cabo la ejecución práctica del derecho reclamado, declarado o considerado cierto, si no obtienen satisfacción voluntaria, deben acudir ante la autoridad judicial para que a través de un proceso de ejecución, se satisfaga lo reclamado. De lo contrario, con el objeto de ejercer un pretendido derecho, nadie puede hacer violencia sobre las cosas o contra las personas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad judicial de lo contrario incurre en el delito de hacerse justicia por si mismo. (art. 271 del Código Penal).

Pero de nuevo, al contrario, la Administración Pública no está obligada en todos los casos a acudir a la autoridad judicial para ejecutar sus actos administrativos, pues muchos de ellos gozan de ejecutoriedad, es decir, de la posibilidad de ser ejecutados por la propia Administración, con sus propios medios, incluso en forma forzosa. Es el llamado privilegio de ejecución de oficio de los actos administrativos que, al contrario de la ejecutividad, no es común a todos los actos administrativos pues procede en todo caso, salvo “que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (art. 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), lo que se exige, por ejemplo, en los supuestos en el cual se impone a un particular una obligación de dar o de pagar sumas de dinero (multas o liquidación de impuestos).

En todo caso, lo que si es un principio fundamental general, es que la Administración no puede cumplir ningún acto material de ejecución que menoscabe o perturbe el ejercicio de derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos de ejecución (art. 78 LOPA). Esta es la primera garantía de los derechos de los ciudadanos, además de la garantía jurídica de que la Administración sólo puede emplear los medios de ejecución forzosa precisa y expresamente autorizados por la ley (art. 80 de la LOPA), lo cual, por supuesto, excluye cualquier potestad discrecional. En todo caso, dentro de estas garantías frente a la ejecución forzosa de los actos administrativos, se erige la primacía de los derechos individuales, que no deben ser lesionados innecesariamente o que deben ser molestados sólo con la menor intensidad posible, acorde con el procedimiento de ejecución.

Pero por sobre todo, la ejecución de los actos administrativos encuentra como límite a las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente el respeto de su integridad personal y de

sus bienes; que exige de la Administración Pública que su actuación ejecutoria sea siempre razonable, impuesta por la necesidad; que deba realizarse siempre respondiendo, favorablemente a los derechos y garantías del administrado; respetando el principio de la proporcionalidad entre medios y fines, sin discriminación alguna, y asegurándose el debido proceso, y dentro de él, el derecho a la defensa.

III

Como puede apreciarse de estas reflexiones introductorias que por amable invitación de FUNEDA he querido hacer al tema de estas III Jornadas Internacionales, no sólo los diversos tópicos a tratar por los conferencistas son de extrema importancia para la adecuada marcha de una Administración Pública; sino que podemos concluir aceptando que, efectivamente, la noción de acto administrativo es la noción cardinal de nuestra disciplina, al punto de que, históricamente puede decirse que fue la que le dió origen. No olvidemos que precisamente, con el sometimiento del Ejecutivo al derecho, que fue uno de los grandes aportes de las Revoluciones Francesa y Americana del Siglo XVIII, fue que surgió la noción del acto administrativo o, como lo señaló Michel Stassinopoulos, fue como consecuencia de la sumisión del Ejecutivo a la ley con el surgimiento del Estado de Derecho, que la actividad del Ejecutivo se denominó, por primera vez, acto administrativo²⁴.

Termino dando, de nuevo, la bienvenida a todos los profesores invitados a estas III Jornadas, tanto extranjeros como nacionales; agradecerles que hayan atendido la convocatoria de FUNEDA, lo que nos honra a todos; y saludar también, con todo cariño, a los participantes que de nuevo están con nosotros, en esta fiesta anual del derecho administrativo venezolano.

24. Véase Michael Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, París-Athènes, 1954, p.2.

CONTRA LAS TEORIAS AL USO:
UNA PROPUESTA DE RENOVACION

CONTRA LAS TEORIAS AL USO: UNA PROPUESTA DE RENOVACION

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid.

El Derecho Administrativo, como todas las disciplinas jurídicas, está formado por un conjunto de "teorías" (es decir, explicaciones intelectuales de fenómenos reales) casi nunca compartidas por todos y que de ordinario tienen una vida muy fugaz. cada generación busca nuevas explicaciones a los viejos fenómenos de siempre y al cabo de muy pocos años hay que empezar indefectiblemente por el principio, abandonado lo que se aprendió en la Universidad -que ya no convence a los más jóvenes- para sustituirlo por otras teorías, quizás no mejores que las anteriores, pero al menos más "modernas" o dicho sea sin rodeos- más de moda. Nada escapa a las exigencias de esta evolución académica, aunque bien es verdad que la ciencia del Derecho, conocidamente conservadora, es propicia a conservar teorías muy rancias que con retoques superficiales terminan sacralizándose y son colocadas por encima de los tiempos y de los hombres aunque resulten incongruentes e inútiles. Esto es lo que sucede con el dominio público, el servicio público y, en lo que aquí importa, la nulidad la anulabilidad y la eficacia: auténticas piezas museales que se pasean por la vida con dogmática solemnidad sin que nadie se atreva a enviarlas al panteón de los recuerdos y a retirarlas de la circulación donde tanto estorban, pues en el veloz tráfico jurídico moderno ya no hay lugar para estos carromatos anacrónicos que sólo por rutina siguen respetándose.

I. LA TEORÍA TRADICIONAL

Aquí voy a ocuparme de las teorías de la validez y de la eficacia: ciertamente unidas puesto que, en último extremo, son las dos caras de una misma moneda o -adelantando una precisión posterior- porque la segunda es simple corolario de la primera.

El hecho es que pasan los años, los maestros se suceden cambian las generaciones y en los libros siquiera sea con técnicas cada vez más afinadas, se repiten sustancialmente las mismas teorías que en una formulación muy rápida pueden recogerse en los siguientes términos: Validez -se dice- es la conformidad de un acto con el Ordenamiento jurídico, mientras que eficacia es la capacidad de producir efectos jurídicos. Dos conceptos relativamente independientes puesto que existen actos válidos que no pueden producir efectos (por ej: los sometidos a condición suspensiva) y actos inválidos que, amparados en la presunción de validez, producen efectos (hasta que son formalmente anulados). Por otro lado, la invalidez tiene "grados": la nulidad absoluta, que es nula *ab initio*, de tal manera que se entiende que el acto nunca llegó a existir (y en la que la declaración de nulidad es una simple constatación), y simples anulabilidades que conservan su validez, hasta que se produce la declaración de nulidad que es, por tanto, constitutiva y no meramente declarativa.

Esto fue lo que a mí me enseñaron hace ya mucho tiempo y lo que sigo leyendo en obras actuales muy autorizadas; pero confieso que nunca lo he logrado entender y que me niego a transmitir a los estudiantes tal pensamiento.

La genealogía de la teoría de las nulidades es venerable por su antigüedad si bien cuenta (como en todas las casas nobles) con hartos eslabones bastardos. Sin necesidad de remontarnos al Derecho romano ni de perdernos en las sutilezas de los comentaristas medievales, es el caso que hoy nos resulta a los administrativistas muy difícil dialogar con los autores de Derecho privado, cuyas ideas fundamentales sobre validez, nulidad, anulabilidad y eficacia son muy diferentes e incluso incompatibles con las que entre nosotros corren. Decididamente no es cierto que en este punto siga el Derecho Administrativo la matriz del Derecho civil (o, si se quiere, de la Teoría General del Derecho) si bien con matices o "modulaciones". Basta comparar ambos pensamientos para comprobar que, al menos en España, se trata de cosas demasiado distantes como para buscarse parentescos inmediatos.

La teoría administrativista española de las nulidades y de la eficacia de los actos administrativos, socialmente tributaria del Derecho francés, no está anclada en la dogmática civil sino las potestades administrativas,



que son las que explican y fundamentan sus característicos rasgos originales. Desde el punto de vista técnico es el resultado de un admirable proceso de interacción entre la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

Los autores de este siglo que ahora acaba huyendo de la ambigüedad del Código civil, se acogieron a la contundencia del *Conseil d'Etat*, cuya doctrina tradujeron al español con tan buena fortuna que inmediatamente se hizo eco de ella el Tribunal Supremo; y de allí pasó a la legislación alcanzando una formulación sistemática completa en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, donde ya aparece una teorización completa de las irregularidades no relevantes, la invalidez, la nulidad, la anulabilidad con subvariantes y la ineficacia.

Esta sintonía casi perfecta entre los distintos pilares de la Ciencia del Derecho -la doctrina, la jurisprudencia y la legislación- ha terminado produciendo, sin embargo, un conformismo circular autocomplaciente y perverso, la doctrina no siente necesidad alguna de revisar sus posiciones ya que las considera avaladas por la ley y por la jurisprudencia-, ésta, por su parte, se encuentra cómoda en un sistema que la ley ha cerrado y que la doctrina aplaude; mientras que, en fin, la ley tiene buena conciencia desde el momento en que no teme las críticas ni de la doctrina ni de la jurisprudencia. Así las cosas, en un ambiente de concordia en verdad anómalo en los campos jurídicos, la doctrina gira incesantemente sobre sí misma, ahondando un surco rutinario del que parece muy difícil salir. El sentido crítico -que es nota irrenunciable del buen jurista- late aquí mortecino y nuestros mejores autores se limitan a perfilar detalles de un sistema que aceptan en bloque. Las voces discordantes -algunas por cierto muy agudas y otras enormemente ambiciosas como es el caso del argentino Gordillo- son escasas y casi nadie se atreve a llevar hasta sus últimas consecuencias las objeciones parciales que formulan.

II. SUS CONTRADICCIONES

El libro de Margarita Beladiez sobre Validez y eficacia de los actos administrativos, 1994, constituye uno de los apuntes más serios de revisión del sistema y yo, personalmente, he aprovechado la oportunidad de escribir su prólogo para replantear la cuestión desde sus mismos fundamentos, hasta tal punto que con absoluta modestia me he atrevido

a sugerir un nuevo sistema, que en este ilustrado foro paso a exponer para someterme a la crítica y para recibir las observaciones que de tanta utilidad han de servirme luego.

Antes he dicho que la doctrina dominante nunca me había convencido y es llegado el momento de decir por qué.

A) Por lo pronto resulta muy difícil aceptar sin más la distinción entre los grados de invalidez y sus correlativas consecuencias ya que, dígase lo que se diga, el acto nulo no lo es *ex tunc*, *ab initio*, puesto que produce efectos indudables desde el mismo momento de su aparición. Por ello mismo, el interesado tiene que acudir al Juez (y previamente, en su caso, a un órgano administrativo superior) solicitando la declaración de nulidad. Algo que carecería de sentido si el acto fuera nulo en los términos que teóricamente se afirman ya que, de ser así, podría encojerse cómodamente de hombros ante un acto nulo, ¿Para qué molestarse en impugnar un acto nacido muerto y que no puede producir efectos en ningún caso? ¿Y cómo explicar -insistiendo sobre lo mismo- que la acción de nulidad sólo pueda ejercerse durante un plazo determinado? ¿Es que la prescripción del ejercicio de la acción permite resucitar muertos o conservar una vida que no ha llegado a iniciarse?.

Para suprimir incongruencias tan palmarias se ha echado mano in extremis de la "presunción de validez". Una hoja de parra que no logra tapar las desnudeces del error inicial ya que, destruida en su día la presunción, la declaración de nulidad del acto originario habría de arrastrar inevitablemente la de sus consecuentes: lo que de ordinario no sucede y en ocasiones es imposible realizar. De acuerdo con la teoría dominante, una vez levantada la presunción de validez, cada declaración de nulidad habría de producir cataclismos irreparables en la vida jurídica y real.

Imaginemos un nombramiento de funcionario que, tres años después, es declarado nulo de pleno derecho. Poner al interesado en la calle es fácil, pero a partir de ese momento se multiplican los problemas irresolubles.

Para empezar, la devolución del sueldo indebidamente percibido es irreal y para explicar esta carencia hay que acudir a la amplia y



exquisita teoría del enriquecimiento indebido por parte de la Administración, que conocidamente deja al descubierto tantas cuestiones como las que pretende tapar.

Más grave es aún el tratamiento de los actos realizados al amparo y como consecuencia del primero que luego es declarado nulo. Otorgada una concesión de aprovechamiento de aguas por el titular ilegal de un órgano manifiestamente incompetente ¿qué hacer con el agua consumida? Devolverla es imposible y la indemnización no ha de ser procedente si el concesionario no ha participado en la introducción del vicio que produjo luego la nulidad. ¿Habrá que quemar también el maíz producido con los riegos indebidos o será mejor devolverlo al concedente o entregarse al peticionario de mejor derecho? Todas estas soluciones son de hecho imposibles y jurídicamente absurdas. Pero quienes siguen fieles a la teoría tradicional han de aceptar todas estas consecuencias y tratan de explicarlas con teorías tan rebuscadas como la del funcionario de hecho o similares.

Con carácter general y con un apoyo normativo más sólido Beladiez ha desarrollado una ambiciosa teoría del principio de conservación de los actos administrativos. Forzoso es reconocer, no obstante, que todos estos esfuerzos dogmáticos son remiendos todo lo ingeniosos que se quiera, pero descaradamente artificiales. Los juristas son lo suficientemente sutiles como para salir de todas las contradicciones en que se encuentran metidos. De lo que aquí se trata, sin embargo, no es salir con cierta dignidad y coherencia sino de no meterse en un atolladero inútil, que es lo que está sucediendo. Una contradicción se tapa con una presunción y los malos pasos de la presunción se superan con una ficción y así hasta construir un laberinto barroco provocado por un punto de partida falso.

B) No menos graves son las dificultades que plantea la teoría al uso en los supuestos de anulabilidad. En este punto afirma categóricamente que producen anulabilidad las infracciones del Ordenamiento que no sean causa de nulidad. La consecuencia de una infracción del Ordenamiento Jurídico ha de ser, por tanto, la anulabilidad (de no ser la nulidad). Lo cual es rigurosamente incierto habida cuenta, de una parte, que buena parte de los actos administrativos infringen en mayor o menor medida el Ordenamiento y, sin embargo, ni son anulados

ni son declarados nulos cuando se trata de irregularidades no invalidantes o cuando se pone en marcha el principio de conservación en sentido amplio o cuando los vicios de un elemento no se comunican a los demás, etc, etc.

C) La incongruencia más llamativa se refiere, con todo, a los actos viciados que ni se anulan ni son declarados nulos sencillamente porque no son sometidos a la prueba del control jurídico. Cualquiera que tenga experiencia administrativa sabe de sobra que buena parte (y no es exageración) de los actos administrativos adolecen de algún vicio. La actividad de la Administración -como la Grand Armée al regreso de la campaña de Rusia- está constituida por una muchedumbre de actos tullidos y enfermos que no podrían superar jamás un examen jurídico o médico. Pero la Administración se resiste a utilizar la revisión de oficio para enviar a sus actos al hospital y por otro lado, nadie se preocupa de solicitar su control a través de recursos administrativos o jurisdiccionales. Con la consecuencia de que, pese a la pretendida radicalidad de la declaración de invalidez (nulidad o anulabilidad), los actos sobreviven pacíficamente a los plazos de impugnación. Una situación incongruente que no se tapa fácilmente con el cómodo remiendo teórico de los vicios irrelevantes o de la convalidación o conservación por prescripción de las acciones impugnatorias, como tampoco por el principio de seguridad jurídica o de la consideración del carácter subjetivo de los recursos jurídicos.

D) ¿Y qué decir de la eficacia? Aquí se afirma (como antes se ha recordado) que es un fenómeno no vinculado necesariamente a la validez. Los ejemplos académicos son ciertamente elocuentes, aunque cabe preguntarse entonces por la función de la validez. Es a todas luces absurdo que actos válidos no produzcan efectos (¿para qué vale entonces la validez?. Tan absurdo como que actos inválidos puedan producir efectos, pues no se acierta a comprender entonces para qué vale la invalidez.

La lista de incongruencias podría alargarse pero basta con lo dicho para comprender la insatisfactoriedad de una teoría comida por la polilla del tiempo, cuyos rasgones se pretenden cubrir con tantos y tan frágiles remiendos que hacen irreconocible el traje original.



III. UNA PROPUESTA DE RENOVACIÓN

Por todas estas razones considero necesario y urgente abandonar de una vez y para siempre la teoría tradicional y elaborar otra: algo que puede hacerse sin demasiado esfuerzo y casi sin otra guía que el sentido común. Con la ventaja adicional, además, de que la nueva fórmula resulta incomparablemente más sencilla que la anterior y que responde mucho mejor a las eventuales objeciones de la doctrina y a las dificultades planteadas en la práctica. Esta nueva teoría fue expuesta ya en el lugar citado -al que me remito- y puede resumirse muy sumariamente en las siguientes proposiciones:

Primera.- 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. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la ilegalidad por sí sola no produce consecuencia directa alguna. Un sentido pragmático elemental aconseja no dar importancia, en principio, a las ilegalidades, puesto que, siendo éstas tan numerosas, si se pretendiera que todos los actos viciados no produjeran efectos, la vida administrativa quedaría inevitablemente paralizada. El Ordenamiento jurídico permite este modo de ser y de actuar no sólo por las viejas potestades administrativas sino porque tiene conciencia de que, de no ser así y teniendo en cuenta la incapacidad de la Administración para elaborar escrupulosamente sus actos, no podría actuar si se adoptara una actitud invalidante rigurosa.

No hay que buscar cinco pies al gato. La mayor parte de las ilegalidades son jurídicamente irrelevantes: de ordinario porque no llegan a ser constatadas por los órganos administrativos o judiciales encargados del 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. Tal es el caso, por ejemplo, de muchos vicios o defectos de forma.

El Ordenamiento jurídico, al no sancionar con la invalidez los actos disconformes con él, está dando una lección de modestia. La ley toma conciencia de que exige demasiados requisitos cuyo total cumplimiento

seria inicuo -y además inútil- exigir. Por ello cierra tolerante los ojos y permite su validez, aunque sean ilegales, sin perjuicio de que en casos aislados y expresos se produzca una declaración de invalidez que lógicamente afectará a una parte minúscula del gran bloque de los actos ilegales. Por realismo o por arrepentimiento la ley no castiga a la Administración que ha incumplido sus requisitos. La ley no es coactiva sino ilustrativa: recomienda a la Administración que observe ciertos trámites, pero no pone demasiado énfasis en ello. La ley no conecta ningún efecto directo al incumplimiento -a la ilegalidad- sino que se limita a ofrecer a los interesados la posibilidad de que reclamen la invalidez. Pero si nadie impugna, la ilegalidad es en todo caso irrelevante.

A mi juicio, este concepto de ilegalidad (con el alcance que acaba de ser descrito) es capital dentro del sistema del Derecho Administrativo -y sirve de conexión entre la teoría y la realidad- en cuanto que gracias a él puede entenderse el hecho de que buena parte de los actos administrativos puedan ser ejecutados lícitamente aunque sean irregulares- lo que se debe a la circunstancia de que ilegalidad no equivale a invalidez, en contra de lo que afirma la teoría dominante metiéndose así en un callejón sin salida o con salida muy difícil y rebuscada. Porque aceptando que la discordancia con el ordenamiento jurídico es causa de invalidez ¿qué hacer con los innumerables actos "inválidos" de los que los Tribunales no se ocupan? ¿y qué hacer con ellos desde que nacen hasta que son anulados o declarados nulos?. Todas las dificultades vienen de ahí y, por lo mismo, todas las dificultades desaparecen cuando se rompe tan perturbadora equiparación y no se grava a todos los actos ilegales con la terrible (y en la mayoría de los casos, inútil) sanción de invalidez.

Segunda.- La ilegalidad también puede provocar, como acaba de apuntarse, la invalidez. El Estado tiene prevista la existencia de órganos de control (a los que acaba de aludirse) 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 jurídicamente 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. La invalidez -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.

Las ventajas de esta nueva formulación saltan a la vista- con ellas se pretende suprimir la incongruente supervivencia de unos actos viciados a los que la doctrina tradicional califica de nulos o anulables y que no obstante siguen existiendo y produciendo efectos.

En la nueva teoría tales actos no son inválidos sino simplemente ilegales y, en cuanto tales, irreprochables mientras no se produzca una declaración expresa de invalidez.

La proposición que acaba de afirmarse no obsta, naturalmente, a que dentro de la categoría de los actos inválidos puedan graduarse distintas variedades en razón a la gravedad de la discordancia (los llamados "grados" de invalidez): esto es conceptualmente posible y jurídicamente recomendable si el Ordenamiento jurídico va luego asignando a cada una de estas variedades un régimen jurídico diferenciado, como sucede en casi todos los derechos nacionales, que suelen precisar distinciones normalmente procedimentales- en orden a la legitimación impugnatoria, plazos para accionar, posibilidad de suspensión, etc. Todo esto es útil porque contribuye a un mayor afinamiento técnico del procedimiento administrativo con tal que se mantenga nítida la frontera entre invalidez e ilegalidad. Porque cuando se confunden estos campos (como es el caso del Derecho español), el confusionismo resultante es ya inevitable.

Tercera.- Así, pues, hasta ahora tenemos tres categorías jurídicas, la legalidad, la mera ilegalidad y la invalidez. Esquema simple, pragmático, realista y de fácil comprensión que la doctrina tradicional complica innecesariamente estableciendo, como se ha indicado, dos "grados" de invalidez.- la absoluta o "de pleno Derecho" (debiendo hacerse notar que sólo con esta denominación se delata ya lo polvoriento e impreciso de la figura, ¿qué es eso de "pleno derecho"?) y la anulabilidad. Ahora bien, cuando se va más allá del formidable aparato doctrinal que rodea estas variantes tradicionales y se deja a un lado la enojosa erudición que pretende justificarlas, que se remonta

al Derecho romano y se extiende por las infinitas ramas del Derecho comparado, nos encontramos con una realidad mucho más sencilla: a despecho de la distinción teórica, resulta que los efectos jurídicos de ambas variedades son idénticos y que las escasas diferencias que los separan son absolutamente convencionales o arbitrarias, meras ocurrencias del legislador. Porque en lo sustancial es lo mismo. Nada se adelanta, en efecto, con proclamar que los actos nulos lo son por sí mismos, sin necesidad de ser impugnados, cuando de hecho, si no son impugnados, el destinatario padecerá inexorablemente las consecuencias del acto y de nada le servirá argumentar, por ejemplo, ante el recaudador ejecutivo que el acto de imposición es nulo de pleno derecho. El agente se encogerá de hombros y dirá que mientras no tenga una declaración administrativa o judicial de invalidez, el acto será ejecutado. Sinceramente, nunca he entendido cómo los autores pueden seguir manteniendo su postura, sabiendo como saben que los actos por muy nulos que sean producen inexorablemente efectos mientras no tenga lugar el pronunciamiento correspondiente. Una incongruencia que no tiene lugar cuando se acepta el esquema por mí propuesto, dado que, de conformidad con el mismo, el acto, por muy ilegal que sea, es válido -y producirá efectos- mientras no sea formalmente anulado.

Por si lo anterior fuera poco y para agravar aún más la situación, la trilogía indicada puede seguir complicándose *ad libitum* con otras técnicas y clasificaciones. Así, no faltan autores que nos hablan de actos inexistentes; un contrasentido lógico en cuya categoría pretenden encajarse los actos nulos de nulidad supersaliente. Lo cual no se admite en el Derecho positivo español; pero que acepta una parte de la doctrina mediante la ficción de equiparar su régimen al de los actos nulos de pleno derecho. Pero que, por otra parte, ha sido resucitado en el Derecho comunitario por una jurisprudencia tributaria de las virtudes -pero también de los errores- de los derechos nacionales y muy particularmente del francés.

Y, en fin, si nos atenemos al último capricho del legislador español, expresado en la Ley 30/92, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, habría que distinguir entre anulabilidad producida por vicio grave y anulabilidad producida por vicio menos grave.



Cuarta.- Otra de las ventajas del esquema por mí propuesto estriba en la circunstancia de que 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 validez. Una proposición que simplifica también mucho las cosas puesto que evita complicaciones tales como la de la retroactividad de la convalidación, aunque donde tiene mayor importancia es a la hora de conectar invalidez e ineficacia, como se verá más adelante.

Quinta.- Las proposiciones anteriores están redactadas en clave negativa (invalidez, ineficacia); pero también cabe formular el mismo sistema en clave positiva por medio de una teoría de la validez. La validez es el antónimo de la invalidez. Acto válido es el que, independientemente de sus eventuales vicios, no ha sido declarado inválido por un órgano constitucionalmente habilitado para ejercer tal función. La validez puede resultar de la legalidad del acto (los actos legales son inmunes frente a una declaración de invalidez) ya que, por las causas que sean, no ha desembocado en invalidez. Los actos ilegales son invulnerables, pero la vulnerabilidad se refiere a la simple posibilidad de su destrucción, que tendrá luego lugar, o no.

Sexta.- Invalidez e ineficacia son conceptos inseparables, en cuanto que aquélla es causa de ésta, de la misma manera que la validez es presupuesto de la eficiencia y la eficacia un corolario -una consecuencia necesaria- de la validez. En rigor, por tanto, 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 (dos términos que pueden entenderle perfectamente sinónimos en nuestro contexto) de que pueda adolecer.

Por el contrario (y tal como se ha dicho al principio) la teoría tradicional sostiene -y, por cierto sin asombro de nadie- validez y eficacia son conceptos autónomos desde el momento en que partiendo del axioma de que eficacia es capacidad para producir efectos jurídicos se constata que los actos inválidos pueden producir efectos. Así sucede desde luego con los actos llamados anulables: lo que se explica fácilmente por la circunstancia de que se supone que estos actos fueron válidos hasta que se produjo la declaración de anuabilidad. Pero también sucede con los actos nulos y aquí no hay explicación posible puesto que se acepta el principio (absolutamente irracional) de que estos actos no fueron válidos en ningún momento y hasta se pone en duda de que llegaron un día a existir. Para explicar esta incongruencia no hay otra solución entonces que la de afirmar la autonomía o independencia relativa de ambos conceptos y llegar a la absurda consecuencia de que tanto los actos válidos como los inválidos pueden producir efectos jurídicos.

Si se acepta, en cambio, mi teoría no hay necesidad de forzar las cosas porque, como se recordará, yo sostengo que los actos "son" (no sólo se presumen) válidos hasta que se declara su invalidez. En cuyo caso nada tiene de particular que puedan producir efectos jurídicos. Así constatamos una vez más que con la introducción y manejo del concepto técnico de ilegalidad (o irregularidad) se disipa buena parte de las contradicciones que inevitablemente provoca la equiparación, hoy corriente, entre invalidez e infracción del Ordenamiento jurídico.

Y en cuanto a la proposición inversa ("hay actos válidos que no pueden producir efectos" por ej. cuando están sujetos a condición o suspensión), también es inaceptable, porque aquí no se trata de una independencia conceptual sino de algo infinitamente más sencillo. Lo que aquí sucede es que los efectos están condicionados por el temor del mismo acto, de tal manera que es un acto administrativo no puede ser ejecutado mientras no sea notificado en forma, ello es mera consecuencia de que los efectos no son absolutos, sino de que su alcance está precisado por el propio acto y es sabido que los actos no notificados (no el acto en concreto, sino todos) no se ha perfeccionado. Y lo mismo sucede con la "condición pendiente". Si el propio acto administrativo está sometido a una condición, sería ilógico -y contrario a su voluntad inmanente- que pretendiera saltar por encima de las



barreras que él mismo se ha impuesto. La falta de efectos no es, por tanto, consecuencia de la desconexión entre validez y eficacia sino de la limitación del propio acto (bien sea autodeclarada o por imposición del Ordenamiento jurídico).

IV. TEORÍA JURÍDICA Y DERECHO POSITIVO

Sé de sobra, por otra parte, la crítica que se hace a mi sistema nadie se decide a calificarlo de incongruente o incorrecto pero se objeta que el derecho positivo ha establecido una clasificación distinta y que al derecho positivo es a lo que tiene que atenerse el jurista. Yo reconozco ciertamente que el legislador español, seducido y desviado por una doctrina errónea y rutinaria, ha positivizado una clasificación también errónea y rutinaria. Pero el jurista no tiene necesidad de aceptar acríticamente las leyes y está obligado incluso a denunciar sus defectos e incongruencias.

Es inimaginable, desde luego, que una ley establezca la absurda clasificación de los hombres (personas físicas) distinguiendo entre rubios y morenos, pero es una realidad histórica (y en parte actual) la de que las leyes distinguen, por ejemplo, entre blancos y negros, entre españoles, criollos e indios, entre arios y judíos. Ahora bien, por mucho que así lo diga el legislador, si el jurista ha de informar primeramente que tal es la clasificación establecida por el Derecho positivo, a renglón seguido ha de valorar esta clasificación y denunciar su injusticia latente, proponiendo otra igualitaria. Pues bien, si esto es así en un caso de perversión ideológica, con mucha más razón habrá que hacerlo cuando se trata de meros errores de incongruencia o de rutina.

En su consecuencia, informo que en el Derecho Administrativo positivo español se distingue entre inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad grave y leve y hasta irregularidades no invalidantes. Pero inmediatamente añado por mi cuenta que esta clasificación es arbitraria incongruente y que no se refleja debidamente en el régimen jurídico de cada uno de los miembros de la clasificación que, por fortuna, es mucho más simple. Y más todavía, todas estas clasificaciones legales pueden reconducirse conceptualmente en la clasificación por mi propuesta (que por otra parte, y como sucede siempre, no es rigurosamente original puesto que cuenta con antecedentes muy autorizados que no es el caso

pormenorizar aquí), de la que no constituyen más que simples pormenorizaciones, que en unos casos son recomendables y en otros no.

No hay legislador capaz de destruir el hecho biológico de que los individuos de la misma especie son sustancialmente iguales (puesto que de no serlo, pertenecerían biológicamente a especies distintas y no podría generar entre ellos otros individuos fértiles) ni tampoco que en las personas físicas se percibe la imborrable distinción entre varones y hembras. A partir de aquí se pueden introducir cuantas clasificaciones se quieren, congruentes o incongruentes, y diferenciar regímenes, justa o injustamente; pero siempre respetando la estructura natural que es superior e inmune a las leyes. No hay que perder de vista, sin embargo, el resto que aparejan estas ampliaciones innecesarias. Las especificaciones normativas pueden ser inútiles y hasta contraproducentes y, en ocasiones, ridículas, como aquella vieja ordenanza alemana de barros (citada en todos los manuales) en cuyo artículo primero se prohibía el acceso de varones a los baños públicos de uso femenino, añadiéndose a continuación que "a efectos de esta norma, el maestro bañero es una mujer", como mujer habría de ser el capellán en un convento de monjas de clausura.

Las llamadas teorías son mecanismos intelectuales que los seres humanos formulan para explicar fenómenos que observan en la naturaleza. Son por tanto, reacciones *a posteriori* y condenadas, además, a la fugacidad. Los filósofos de la ciencia ponen hoy en duda que haya teorías correctas o incorrectas ya que su aceptación no depende de eso sino de su razonabilidad y de su utilidad. En cada momento histórico se acepta la teoría que explica mejor el fenómeno observado, teniendo por tal a la que con mayor soltura supera los dos tests indicados: el de la razonabilidad, o sea, si no es contradictoria consigo misma ni, por supuesto, con los hechos, y el de la utilidad, o sea, si ofrece ventajas para los comportamientos humanos posteriores.

Vistas así las cosas, considero que mi propuesta teórica es la que mejor explica los fenómenos jurídicos de la discordancia entre el acto y la norma (que son fenómenos naturales, objetivos, verificables) y la que más útilmente prevé sus eventuales consecuencias. Además -y la insinuación es de mucho peso- tiene el gran mérito de su sencillez. El

jurista, que hoy se ve forzado a navegar en un océano sin límites de normas positivas movedizas, debe esforzarse en buscar criterios muy simples si es que quiere mantener el rumbo. Pero naturalmente esta es una opinión personal gravemente sospechosa de parcialidad, que aún ha de superar una prueba decisiva: el juicio de los pares -algunos de ellos maestros internacionales de la disciplina- que me están escuchando.

EFICACIA DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS
OBLIGACIÓN DE LA
ADMINISTRACIÓN DE COMUNICARLOS.
PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE COMUNICARLOS. PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

RENÉ HOSTIOU

Professeur à la Faculté de Droit et des
Sciences Politiques de NANTES (France)

1.- La publicité apparaît comme le prolongement naturel de la phase d'élaboration de l'acte administratif unilatéral. Outre l'information qu'elle est supposée procurer aux administrés sur leurs droits et sur leurs obligations, elle offre un double intérêt¹. Au plan de la théorie des actes unilatéraux, elle détermine la date d'entrée en vigueur des normes administratives et permet d'apprécier leur caractère éventuellement rétroactif.

Au plan contentieux, elle sert de base au calcul du point de départ au délai de recours contentieux (en principe, deux mois dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir). On distingue à cet égard traditionnellement deux modes de publicité: la publication et la notification.

2.- La publication a un caractère général et impersonnel: elle est définie comme "l'ensemble des faits qui ont pour objet de porter la connaissance du public le texte nouveau"². Elle vise par conséquent assurer la diffusion du contenu d'un acte administratif auprès d'un nombre indéterminé de personnes, sans que a priori la liste de ces dernières puisse être établie³.

1. René Hostiou, "Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français", L.G.D.J. 1975, Adde: Jean-Yves Vincent, "Publicité de l'acte administratif", J.C.A. Fasc, N° 107-40.

2. T.C. 20 mars 1943, St Bthunoise d'éclairage et d'énergie, Rec. 322.

3. Cf. Jacques Molini, "La publication en droit public français", Thèse, Paris 11, 1976.

Quant la notification, elle s'adresse au contraire à une personne donnée ou un groupe déterminé de personnes individualisées. Elle vise faire connaître un individu ou un nombre limité d'individus le contenu d'un acte considéré, a priori, comme de nature affecter leurs droits ou leurs obligations⁴.

3.- Si l'on considère ces deux modes de procéder au point de vue de leur résultat, une différence saute aux yeux.

Dans la mesure où elle est censée toucher directement les intéressés, la notification peut être considérée comme de nature à assurer parfaitement la "publicité" des actes administratifs unilatéraux.

La publication, en revanche, ne présente pas des garanties analogues. Si elle met, en principe, les administrés en mesure d'être informés, il se peut que ces derniers ne le soient pas effectivement, soit qu'ils n'aient pas été touchés par l'instrument de publication, soit encore qu'ils n'aient nullement pris conscience du fait que le texte publié leur était applicable.

A partir de ce constat, on conviendra par conséquent avec Charles Eisenmann que "la publicité, ce sont les opérations destinées soit à assurer, soit tout au moins à rendre possible, la connaissance de l'édiction de nouvelles normes juridiques par leurs destinataires ou par les différents intéressés"⁵. Faute de pouvoir garantir l'effectivité de cette connaissance, la présomption "nemo censetur ignorare legem", qualifiée par certains d'absurde, remplit ici une fonction primordiale. L'important n'est pas tant que l'intéressé connaisse effectivement la décision mais qu'il ait été mis à même d'en connaître le contenu afin, notamment, de pouvoir la contester en temps utile devant le juge administratif.

Dans un système d'élaboration des normes juridiques fondé, non sur le consensualisme et l'accord des parties, mais au contraire sur l'unilatéralité⁶, la publicité a une fonction essentielle. C'est elle qui fait

4. Cf. Laurence Molinro, "la validité de la publicité des décisions individuelles dans le contentieux administratif français. Contribution à l'étude du régime juridique des actes administratifs unilatéraux", Thèse, Nantes, 1997.

5. Charles Eisenmann, Cours de DES de Droit Public, Paris 1958-1959, p. 201.

6. Cf. Georges Dupuis, "Définition de l'acte unilatéral", Recueil d'études en hommage Georges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 205.



entrer dans le commerce juridique les actes émis par l'Administration, qui commande leur entrée en vigueur, qui les rend "applicables", "opposables" aux administrés, qui permet ces derniers de s'en prévaloir et, le cas échéant, de les contester dans le cadre d'un recours administratif ou contentieux.

On conçoit en effet difficilement, aussi bien d'un point de vue théorique que pratique, la généralisation d'un système dans lequel des administrés pourraient se voir opposer des actes "secrets", dont ils n'auraient aucune connaissance et auxquels ils n'auraient aucune possibilité d'accès. Ainsi que le souligne très justement Guy ISAAC, "la publicité des décisions administratives constitue la garantie minima de toute procédure et même de tout État de droit. On peut concevoir qu'un administré ne soit en aucune façon appelé à participer la procédure d'élaboration d'un acte le concernant mais il est impensable que l'Administration prétende lui appliquer cet acte, c'est à dire faire naître des obligations à sa charge, ou lui retirer certains droits, sans lui en avoir au préalable fait connaître le contenu"⁷.

Toutefois des raisons particulières peuvent être à l'origine de dérogations à ce principe. Outre certaines décisions intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique -pour lesquelles traditionnellement le secret s'impose- on pense en particulier aux décisions "tacites", résultant du silence de l'Administration à une demande de l'administré, qui a priori ne donnent pas lieu à publicité. De même, traditionnellement les circulaires dites "interprétatives" - c'est à dire non créatrices de droit- n'étaient pas soumises à une obligation de publicité Toutefois là encore la règle contraire tend à prévaloir⁸.

5.- Trois points seront successivement abordés:

Quant à l'utilisation des différents modes de publicité, publication et notification.

7. La procédure administrative non contentieuse", L.G.D.J. 1968, p. 568.8. Cf. Art. 9 de la loi du 17 juillet 1978 relative; la liberté d'accès aux documents administratifs: "Font l'objet d'une publication régulière: 1- Les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives". Le décret Nx 79-834 du 22 septembre 1979, pris pour l'application de cet article 9, prévoit la création, pour chaque administration, d'un Bulletin Officiel ayant une périodicité au moins trimestrielle.

8. Art. L. 2121-24 et L. 2122-29 du code général des collectivités territoriales.

Quant à la mise en oeuvre de ces instrument de publicité.

Quant aux sanctions applicables au cas où la publicité requise fait défaut ou est irrégulière.

I. UTILISATION DES DIFFÉRENTS MODES DE PUBLICITÉ

6.- Parfois des textes prévoient expressément le mode de publicité qui doit être utilisé.

Le décret du 5 novembre 1870 exige la publication au Journal Officiel non seulement des lois mais également des décrets.

Dans les communes de plus de 3500 habitants, le dispositif des délibérations du conseil municipal ainsi que les arrêtés municipaux "à caractère réglementaire" sont publiés dans un recueil des actes administratifs⁹.

Le permis de construire fait l'objet de dispositions très précises quant à son affichage sur le terrain et en mairie¹⁰.

7.- En l'absence de précisions textuelles, ce qui est le cas fréquemment, la jurisprudence procède à la distinction suivante, en fonction de la nature, individuelle ou réglementaire, de l'acte administratif. On rappellera qu'un acte est individuel lorsque la norme qu'il contient est destinée à une ou plusieurs personnes déterminées, désignées nommément, tandis qu'un acte est réglementaire s'il a une portée générale et impersonnelle¹¹.

Elle exige la publication des actes unilatéraux généraux et impersonnels dont les différents destinataires sont, par définition, indéterminés.

9. Art. L. 2121-24 et L. 2122-29 du code général des collectivités territoriales.

10. Art. R. 421-39 et A. 421-7 et A. 4218 du Code de l'Urbanisme. Cf. Thierry Renouf. "De l'affichage la publicité des permis de construire", AJDA 1996. p. 418.

11. Cf. Jean-Marie Raynaud, "La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel", L.G.D.J. 1966.



Elle exige en revanche la notification des actes dont les destinataires son individualisés.

Il s'agit toutefois là d'une position de principe qui supporte de très nombreux aménagements.

A. Emploi de la publication

1° Actes Rglementaires

8.- Les actes à portée générale, quel qu'en soit l'auteur, sont soumis à publication. Celle-ci est la condition nécessaire de leur entrée en vigueur et donc de leur opposabilité à leurs différents destinataires.

Ces actes ne sont par conséquent pas applicables avant la date de leur publication.

Une publication ne saurait être remplacée par une notification.

2° Actes individuels

9.- En principe ces actes échappent à la formalité de la publication, pour ce qui concerne tout au moins leur prise d'effet à l'égard de leurs destinataires.

L'obligation de notifier les actes individuels ne dispense pas l'Administration de procéder à leur publication dans la mesure où d'une façon générale, ces actes ne seront "opposables" aux tiers que s'ils ont fait l'objet d'une publicité suffisante vis à vis de ces derniers.

Ainsi par exemple, dans la fonction publique, il est prévu que les décisions portant nomination, promotion de grade et mise à la retraite d'un agent public doivent faire l'objet d'une publication.

Le permis de construire fournit également une illustration typique de la nécessité de publier des décisions individuelles. Aux termes de l'article R. 421-39 du Code de l'Urbanisme, celui-ci doit faire l'objet d'un affichage sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, dès notification de la décision d'octroi et pendant toute la durée du chantier.

De plus, celui-ci doit, dans les huit jours de sa délivrance, faire l'objet d'un affichage en mairie pendant deux mois.

3° *Actes intermédiaires ou actes "sui generis"*

10.- La jurisprudence a été amenée à reconnaître l'existence d'actes "intermédiaires" qui ne sont ni réglementaires, ni individuels. On parle à ce sujet d'actes "sui generis".

Il s'agit d'actes qui, par nature, s'adressent à un nombre indéterminé de personnes, visent une zone géographique donnée même si, dans certains cas, ils peuvent n'intéresser qu'une seule personne au un nombre limité de personnes.

Tel est le cas, para exemple, d'une déclaration d'utilité publique qui, proclamant le caractère d'intérêt général qui s'attache à la réalisation d'une opération donnée (autoroute, ligne de chemin de fer, centrale électrique), autorise le recours la procédure d'expropriation en vue de la réalisation de celle-ci. Le Conseil d'Etat estime que le mode de publicité approprié est la publication, au cas même où celle-ci n'intéresse qu'une seule personne¹².

De même, s'agissant de la décision de classement d'un monument naturel ou d'un site, il est prévu que celle-ci doit être publiée au Journal Officiel, sa notification n'étant exigée que lorsqu'elle "comporte des prescriptions particulières tendant à modifier l'état ou l'utilisation des lieux"¹³.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé que le recours formé par l'un des propriétaires affectés contre le décret du Premier Ministre prononçant le classement d'un site pittoresque, décret publié au J.O. le 12 juillet et notifié à l'intéressé le 13 septembre, était irrecevable l'expiration du délai de deux mois après la date de publication de ce décret ¹⁴.

12. C.E. 31 janvier 1964, Vve. Cafort, Rc. 62l; C.E. 18 novembre 1964, Marchand, Rc, 557; A.J.D.A. 1965,p. 147, note Laporte.

13. Décret Nx 69-607 du 13 juin 1969, art. 6 et 7 pris pour l'application de la loi du 2 mai 1930.

14. C.E. 7 novembre 1986, de Geouffre de la Pradelle, A.J.D.A 1987, p. 124, note X. Prtot.



On notera cependant que, saisie par l'intéressé, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'en l'espèce ce dernier avait été privé du droit d'accès à un tribunal, droit garanti par l'article 6 s 1 de la Convention et qui implique, selon cette dernière, le droit de "jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif qui constituait une ingérence directe dans son droit de propriété"¹⁵.

Autrement dit, et c'est tout l'intérêt de cette décision, l'approche pragmatique de la Cour Européenne met en cause les règles "vénérables mais peu réalistes" du contentieux administratif, en particulier celles aux termes de laquelle nul n'est censé ignorer la loi dès lors que celle-ci a été publiée selon les textes en vigueur.

B. Emploi de la notification

1° Actes individuels

11.- La notification s'applique non seulement aux actes individuels concernant un agent ou un administré, mais aussi aux actes collectifs qui s'adressent à une série de personnes individualisées dont le sort est solidaire et interdépendant.

Le problème tient au fait cependant que ces actes individuels sont susceptibles d'intéresser la situation juridique de tiers, ce qui implique en réalité une double publicité, avec le cas échéant des points de départ du délai de recours différents selon que le recours émane du destinataire ou, au contraire, de tiers.

La publication de ces décisions ne dispense pas en effet l'autorité administrative de procéder à leur notification. Pour le destinataire de cet acte, le délai du recours pour excès de pouvoir courra, non pas du jour de la publication, mais de la date de la notification de cet acte.

S'agissant des actes collectifs (tel qu'un tableau d'avancement dans la fonction publique, la décision classant les candidats reçus à un concours),

15. C.E.D.H. 16 décembre 1992, Aff. de Geouffr de la Pradelle, R.F.D.A. 1993, p. 996; D.S. 1993, J.p. 561, note Florence Benoit-Rohmer; G.P. 11-13 juillet 1993, p. 13, note Corinne Lepage-Jessua; L.P.A. 25 juin 1993, nx 76, p. 25, note Grard Gonzalez.

on considère que ces actes doivent faire l'objet d'une notification individuelle à l'égard de ceux qui y sont inscrits et, d'autre part, que leur publication est requise l'égard des agents qui n'y figurent pas.

2° Actes réglementaires

12.- Aucune obligation de notification ne pèse en principe sur les actes réglementaires.

Toutefois, il y a lieu à notification lorsque l'acte, nonobstant son caractère général et impersonnel, contient une décision à portée individualisée. Ainsi, la décision d'un conseil municipal supprimant un poste de garde-champêtre, décision réglementaire en ce qu'elle touche l'organisation du service public, doit être notifiée au seul garde-champêtre de la commune, directement concerné par cette décision 16.

II. MISE EN OEUVRE DES INSTRUMENTS DE PUBLICITÉ

A. Modalités de la publication

1° Procédés de publication

13.- Le plus souvent, la publication consiste en une insertion de l'acte dans un recueil officiel. Mais elle peut prendre bien d'autres formes, telles que l'affichage ou l'insertion dans un journal.

Deux paramètres sont ici à prendre en considération:

- L'existence ou non de dispositions particulières.
- L'analyse concrète des conditions de diffusion de l'organe retenu.

14.- Dans un certain nombre de cas, les textes précisent les modalités de la publication.

C'est le cas des décrets et des actes réglementaires des ministres qui doivent être publiés au Journal Officiel et qui seront obligatoires,



précise ce texte, Paris, un jour franc après la promulgation et, partout ailleurs, un jour franc après que le Journal Officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement¹⁷.

C'est le cas également des délibérations et des arrêtés municipaux à caractère réglementaire qui doivent, dans les communes de 3500 habitants et plus, être publiés dans un recueil des actes administratifs, ce recueil ayant une périodicité au moins trimestrielle et sa diffusion pouvant être effectuée à titre gratuit ou par vente au numéro ou par abonnement¹⁸.

La publication, dans les journaux locaux est parfois prescrite, conjointement avec un affichage, dans le but d'assurer la meilleure diffusion au contenu d'un acte relatif au droit de l'urbanisme: plan d'occupation des sols¹⁹, décision d'ouverture d'une enquête publique²⁰.

Sauf circonstances exceptionnelles, lorsqu'un texte a prescrit un mode précis de publication, les autorités administratives doivent utiliser le procédé prévu, à l'exclusion de tout autre. La publication d'un décret dans le Bulletin Officiel d'un ministère ne saurait ainsi remplacer la publication au Journal Officiel imposée par le décret du 5 novembre 1970.

15.- En l'absence de texte prescrivant un mode défini de publication, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge, de déterminer le procédé qui, compte tenu de la nature et de l'objet de la décision, des circonstances d'espèce, de la qualité des destinataires et des personnes susceptibles d'être concernées, offre les meilleures garanties.

S'agissant, para exemple, des actes publiés dans un Bulletin Officiel spécialisé, la validité de cette publication s'apprécie en fonction de la qualité des destinataires et correspond au degré de probabilité de la connaissance par ces derniers du contenu de l'acte.

16. C.E. 8 février 1930, Quet, Rec. 156.

17. Décret du 5 novembre 1870, art. 2.

18. Art. L. 2121-24, L. 2122-23 et L. 2122-29 du Code général des collectivités territoriales.

19. Art. R. 123-10 Code de l'Urbanisme.

20. Art. R-11-4 et 11-14-7 du code de l'expropriation.

A l'égard des agents du service où paraît le bulletin, cette forme de publication est généralement considérée comme suffisante. En revanche, à l'égard des personnes étrangères au service, qui ne reçoivent ni ne consultent nécessairement ce bulletin officiel, la publication d'un acte dans ce dernier ne sera pas jugée suffisante.

En dépit de ses inconvénients, la publication par affichage est également très largement reconnue. Par conséquent, même si aucune disposition législative ou réglementaire n'impose l'affichage en mairie d'un arrêté déclaratif d'utilité publique, son affichage dans un lieu accessible au public suffit faire courir le délai de recours contentieux. De même, s'agissant des actes réglementaires des autorités locales, la jurisprudence témoigne d'une indulgence parfois excessive en se contentant de vérifier si l'affichage a été effectué à l'emplacement affecté à cet usage et si le public y a un libre accès, ne serait-ce que quelques jours par semaine et quelques heures dans la journée.

En dépit de la diversité des différents modes de publication admis, l'observateur reste en définitive perplexe. Rien ne garantit en particulier que les intéressés ont une connaissance effective de l'existence même d'un acte susceptible de les concerner, ni a fortiori, du contenu de cet acte.

2° Contenu de la publication

16.- D'après la définition classique du Tribunal des Conflicts²¹, la publication doit permettre aux intéressés d'avoir connaissance de l'ensemble du contenu de l'acte administratif.

Les publications par extrait sont en principe interdites. Toutefois le Journal Officiel publie souvent de simples sommaires de décisions, le lecteur étant avisé des conditions dans lesquelles le texte intégral peut être consulté.

Le Conseil d'État reconnaît la validité des publications par extrait dans la mesure où les énonciations publiées sont de nature à éclairer les intéressés sur les conditions de régularité de l'acte administratif.

21. T.C. 20 mars 1943, prc.



Ainsi la publication au Journal Officiel de l'extrait d'un arrêté -extrait qui ne fournit aucune indication sur la qualité de l'auteur- n'entraîne pas la forclusion d'une requête dont les conclusions étaient exclusivement dirigées contre l'absence de la signature requise du ministre compétent²².

B. Modalités de la notification

17.- Logiquement, elle est l'oeuvre de l'autorité administrative qui a édicté l'acte unilatéral. Dans des cas très particuliers, la notification peut être réalisée par la personne privée destinataire d'une décision administrative, en vue d'informer les tiers directement concernés par cette décision et ses conséquences. Exemple: la notification d'un arrêté de péril faite par le propriétaire de l'immeuble aux locataires. Pour ces derniers, c'est cette notification -qualifiée de "latérale"- qui fait courir le délai du recours pour excès de pouvoir, condition bien évidemment que cette notification soit suffisamment éclairante.

1° Procédés de notification

18.- La notification doit avoir lieu dans les formes prévues par la loi et les règlements toutes les fois que ceux-ci sont explicites sur ce point.

19.- En l'absence de dispositions expresses, on estime que la notification peut se faire par tous moyens écrits, voire même exceptionnellement oraux.

Constituent à cet égard des moyens suffisants:

- La notification par voie postale (lettre recommandée ou lettre simple).
- La signification par voie d'huissier ou dans la forme administrative, par un agent de l'Administration.

La communication directe à l'intéressé avec apposition par ce dernier d'une mention indiquant qu'il a pris connaissance du texte. Le

22. C.E. 1er. juillet 1954, Charles, A.J.D.A. 1955, II, 302, concl, Laurent.

refus de signer le procès-verbal de notification ne peut toutefois avoir pour conséquence de rendre inopérante cette notification.

Une information verbale, dès lors que l'intéressé a été "informé d'une manière officielle de l'existence et du contenu de la décision"²³.

L'utilisation de nouvelles technologies et, tout particulièrement de la télécopie, demeure sujette interrogations²⁴.

20.- La notification doit en principe être faite au destinataire de l'acte ou son mandataire s'il s'agit d'une personne physique, à son représentant s'il s'agit d'une personne morale.

Il convient de faire place à des arrêts qui appliquent la notion de "mandat tacite". Ainsi, par exemple, un concierge, "préposé du propriétaire et serviteur des locataires" est-il pleinement habilité à recevoir les notifications adressées à ces derniers.

Envisagée dans le cadre des relations familiales, la jurisprudence administrative est quelque peu déroutante. Alors que n'est pas jugée valable la notification faite la femme d'une décision intéressant son mari²⁵, le Conseil d'État estime suffisante la notification au seul mari d'une décision intéressant sa femme en propre²⁶ ou les deux époux indivis²⁷. Pour le Conseil d'État, la notification adressée, même par erreur, au mari produit ses effets vis à vis de la femme dès lors qu'il n'apparaît pas que les deux époux "vivent séparés en droit ou en fait".

On signalera enfin que la théorie dite de "la connaissance acquise" constitue une exception à ces différentes prescriptions. Il est

23. C.E. C.E. 2 mai 1945, Beauvallet, Rec. 88.

24. Cf. Laurence Molinro, Thse prc. p. 376 et ss.

25. C.E. 9 novembre 1966, Pagnon, Rec. 605; C.E. Ass. 22 juillet 1977, sieur X. Rec. 353.

26. Projet de servitude sur un terrain appartenant la femme en propre: C.E. 30 mai 1980, Syndicat intercommunal d'électrification du Haut-Neujouls. A.J.D.A 1981, p. 99.

27. Dépoit en mairie du dossier d'enquete parcellaire en vue d'exproprier une parcelle de terrain dont la femme est propriétaire indivis: C.E. 30 mai 1980, Mrne Ludger, Rec. 255; A.J.D.A. 1981, p. 98, concl. Morisot.



traditionnellement admis en effet que le point de départ du délai de recours contentieux contre un acte non-réglementaire est susceptible de courir dans ce cas à compter de la date à laquelle l'intéressé a eu "connaissance" de l'acte qu'il attaque, au cas même où cet acte ne lui aurait pas été notifié²⁸.

2° Contenu de la notification

21.- Pour produire tous ses effets, la notification doit comporter des indications suffisantes pour permettre l'intéressé d'être pleinement informé et de vérifier la régularité de l'acte qui le concerne, ce qui implique en toute logique que lui soit adressé le contenu intégral de la décision, faute de quoi les délais de recours contentieux ne sauraient courir.

La jurisprudence admet également, comme en matière de publication, la notification par extraits, dès lors que cette communication fait nettement apparaître le sens, le contenu et la portée de l'acte et qu'elle témoigne de la volonté de l'administration de porter la décision à la connaissance de l'administré. Elle rejette toutefois la théorie des "mentions essentielles" qu'elle admet dans le cadre de la publication. Dans ce cas, c'est au destinataire qu'il incombe, dans le délai de deux mois, de réclamer gracieusement la notification complète, comportant le texte même de la décision, faute de quoi il serait irrecevable invoquer, après expiration du délai de recours, les vices que la notification incomplète ne lui aurait pas permis de déceler²⁹.

On notera enfin que le décret du 28 novembre 1983 (art. 9) subordonne l'opposabilité des délais de recours la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision attaquée.

III. SANCTIONS DES IRREGULARITES EN MATIERE DE PUBLICITE

22.- Les irrégularités relatives la publicité de l'acte (qu'il s'agisse d'un défaut de publicité, d'une publicité accomplie dans des conditions

28. Cf. Laurence Molinro, "la théorie de la connaissance acquise en droit administratif français", Rev. Jur. de l'Ouest 1990, N° 3, p. 303.

29. C.E. 19 octobre 1962, Ministre de l'Intérieur C/Dubost, Rec. 556: A.J.D.A. 1962, p. 670, chron. Gentot et Fourr.

irrégulières) trouvent tout naturellement leur sanction sur le terrain des mécanismes régissant l'entre en vigueur des actes administratifs unilatéraux et non pas sur celui de la légalité de ces derniers.

23.- La régularité d'un acte devant être appréciée au moment de son émission, c'est-à-dire la date de sa signature, le défaut de publicité actualisée, n'ont aucune incidence sur la légalité de celui-ci. L'administration n'a pas l'obligation de publier les décisions qu'elle a prises ni, a fortiori, de le faire dans un délai déterminé³⁰: le moment auquel un acte fait l'objet d'une publicité est sans influence sur la validité de celui-ci et, en particulier, lorsqu'une décision doit être prise dans un certain délai, il est sans importance que celle-ci soit publiée après expiration de ce dernier, dès lors qu'elle a été effectivement prise dans ce délai.

24.- C'est sur le terrain de l'entre en vigueur que se situe la sanction des règles de publicité.

Un acte réglementaire qui n'a pas fait l'objet d'une publication ne peut entrer en vigueur. Un tel acte est dépourvu de force obligatoire. Il ne peut, en particulier, être prononcé de sanction pour infraction à une norme non publiée.

L'Administration, si elle a omis de lui notifier un acte individuel, ne peut opposer celui-ci à cet administré. Exceptionnellement toutefois, et dans la mesure où il en aurait eu connaissance, celui-ci est fondé se prévaloir d'une décision favorable qui ne lui aurait pas été notifiée. Plus précisément, il apparaît que l'Administration ne peut retirer cette décision favorable à l'intéressé, répétons-le, en dehors des conditions relatives au retrait des actes créateurs de droits (c'est-à-dire pour illégalité et dans le délai de recours contentieux)³¹.

On signalera enfin que dans la mesure où la décision réglementaire sert de fondement des décisions individuelles, l'autorité administrative peut arrêter et même publier des décisions d'application à une date où

30. Ce que regrette en particulier Maurice Hauriou qui suggère l'adoption du texte de loi suivant: "Toutes les décisions administratives susceptibles d'être publiées doivent l'être, à peine de nullité, dans un délai de quinzaine" (note sous C.E. 27 mars 1914, Laroche, S. 1914, III, p. 97).

31. C.E. 19 décembre 1952, Delle Mattei, RDP. 1954, p. 801. note M. Waline.



l'acte leur sert de base légale n'a pas encore été publié. Ces dernières ne seront toutefois elles-mêmes opposables aux tiers qu'à compter du moment où l'acte réglementaire qui constitue leur fondement aura fait l'objet d'une publication régulière³². L'absence de publicité correcte d'un arrêt ouvrant un concours et l'organisant est ainsi de nature entraîner l'annulation de la décision fixant la liste des candidats admis concourir ainsi que la décision du jury arrêtant les résultats du concours³³.

25.- En conclusion, ce qui frappe avant tout c'est un certain archaïsme des solutions posées par le droit français. Celui-ci se montre pour l'essentiel attaché des textes qui datent souvent de plus d'un siècle et, pour le reste, s'en tient à un empirisme jurisprudentiel qui n'est pas sans dangers aux yeux des exigences tirées du principe de sécurité juridique.

Rappelons que ce principe implique normalement deux séries de postulats : stabilité, c'est-à-dire permanence, au moins relative, des situations juridiques dans le temps ; certitude, c'est-à-dire clarté et précision, quant aux règles régissant la situation des administrés et donc qualité dans la formulation de celles-ci³⁴. Le moins que l'on puisse dire est que l'état du droit coïncide mal avec de telles exigences.

32. C.E. 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, S. 1914, III, p. 1. note M. Ilauriou.

33. C.E. 29 juillet 1983, Melle Soma et autres, A.J.D.A. 1983, p. 558, chron. B. Lasserre et J.M. Delarue.

34. Michel Fromont, "Le principe de sécurité juridique", A.J.D.A. 1996, n° spécial, p. 178.

EFICACIA DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS.
OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
DE COMUNICARLOS.
PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

**EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:
OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE
COMUNICARLOS. PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN**

René Hostiu
Profesor de la Facultad de Derecho y de
Ciencias Políticas de Nantes (Francia).

1.- La publicidad aparece como la prolongación natural de la fase de elaboración del acto administrativo unilateral. Además, la información que se le procurará a los administrados sobre sus derechos y sus obligaciones ofrece un doble interés¹.

En el plano de la teoría de los actos unilaterales, la publicidad determina la fecha de la entrada en vigor de las normas administrativas y permite apreciar su carácter eventualmente retroactivo.

En el plano de lo contencioso, la publicidad sirve como base para el cálculo del punto de partida de la demora de los recursos contenciosos (en principio, dos meses en el marco de lo contencioso del exceso de poder).

Con respecto a este punto, se distinguen tradicionalmente dos tipos de publicidad: la publicación y la notificación.

2.- La publicación tiene un carácter general e impersonal: se define como el “conjunto de hechos que tienen por objeto notificar al público sobre la existencia del texto nuevo”². En consecuencia, ella tiende a asegurar la difusión del contenido de un acto administrativo al lado de un número indeterminado de personas, sin que a priori la lista de estos últimos pueda establecerse³.

1.- René Hostiou, “Procedimiento y formas del acto administrativo unilateral en el derecho francés”, L.G.D.J., 1975, Adde: Jean-Yves Vincent, “Publicidad del Acto administrativo”, J. C.A., Fasc.No 107-40;

2.- T.C. 20 marzo de 1943, Ste Béthunoise de iluminación y de energía, Rec.322.

3.- Cf. Jacques Molinié, “La publicación del derecho público francés”. Tesis. Paris II, 1976.

En cuanto a la notificación, ella se dirige, por el contrario, a una persona dada o a un grupo determinado de personas individuales. Ella notifica a un individuo o a un número limitado de individuos sobre el contenido de un acto considerado, a priori, que por su naturaleza pueda afectar sus derechos o sus obligaciones⁴.

3.- Si se consideran estos dos tipos de proceder desde el punto de vista de su resultado, una diferencia salta a la vista.

En la medida en que se le está prohibido tocar directamente a los interesados, la notificación puede ser considerada de naturaleza tal que asegure perfectamente la “publicación” de los actos administrativos unilaterales.

La publicación, por el contrario, no presenta garantías análogas. Si en principio, ella se limita a mantener informados a los administrados, puede ser que estos últimos no lleguen a estarlo efectivamente, ya sea porque ellos no hayan sido alcanzados por el instrumento de publicación, o ya sea porque todavía no han tomado consciencia de que el texto publicado se les aplicará.

A partir de esta constatación concordamos, por lo tanto, con Charles Eisenman en que “la publicidad son las operaciones destinadas ya sea a asegurar, o por lo menos a hacer posible, el conocimiento de la edición de las nuevas normas jurídicas por sus destinatarios o por sus diferentes interesados”⁵. La falta de poder garantiza la efectividad de este conocimiento, la presunción “*nemo censetur ignorare legem*”, calificada por algunos como “absurda” cumple aquí una función principal. Lo importante no es tanto que el interesado conozca efectivamente la decisión, sino que esté al corriente del contenido a fin de que pueda impugnarla en el momento justo delante del juez administrativo.

4.- C.f. Laurence Molinéro, “La validez de la publicidad de las decisiones individuales en lo contencioso administrativo francés. Contribución al estudio del régimen jurídico de los actos administrativos unilaterales. Tesis. Nante, 1997.

5.- Charles Eisenmann, Curso DES de Derecho Público”, París 1959, p.201.

6.- Cf. Georges Dupuis, “Definición del acto unilateral”. Collección de estudios en homenaje a Georges Eisenmann” Cujas, 1975, p.205.



4.- La publicidad tiene una función primordial en un sistema de elaboración de las normas jurídicas fundada, no sobre el consensualismo y acuerdo de las partes, sino por el contrario sobre la unilateralidad⁶. Ella hace que entre en el ámbito jurídico los actos emitidos por la Administración, quien ordena su entrada en vigor, que las hace “aplicables”, “oponibles” a los administrados, quien permite a estos últimos prevalecer y, si se presenta el caso, impugnarlos en el marco de un recurso administrativo o de lo contencioso.

Se concibe en efecto, difícilmente, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, que la generalización de un sistema en el que los administrados podrían verse afectados por los actos “secretos” de los que no tendrían ningún conocimiento y a los cuales no tendrían ninguna posibilidad de acceso. Así, como lo subraya justamente Guy ISAAC “ la publicidad de las decisiones administrativas constituye la garantía mínima de todo procedimiento así como de todo Estado de derecho. Se puede concebir que un administrado no sea de ninguna manera llamado a participar en el proceso de elaboración de un acto que lo concierne, pero es impensable que la Administración pretenda aplicar este acto, en otras palabras, de asignarles obligaciones a su cargo, o retirarle ciertos derechos sin haberle participado su contenido con anterioridad⁷).

La mayoría de las veces, las razones particulares pueden estar en el origen de las derogaciones de este principio. Además, ciertas decisiones concernientes a la seguridad del Estado, la defensa y la seguridad pública - por las que tradicionalmente el secreto se impone - se piensa en particular en las decisiones “tácitas” resultantes del silencio de la Administración en una demanda del administrado que, a priori, no dan lugar a la publicidad. Sin embargo, tradicionalmente, las cir-

7.- El procedimiento administrativo no contencioso”, L.G.D.J. 1968 , p. 568.

8.- Cf. Art.9 de la ley del 17 de julio de 1978 relativa a la libertad de acceso a los documentos administrativos: “ Son objeto de una publicación regular: 1- Los directivos, las instrucciones, las circulares, notas y respuestas ministeriales que contienen una interpretación del derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos”. El decreto N° 79-834 del 22 de septiembre de 1979, tomado para la aplicación de este Art. 9, prevee la creación, para cada administración, de un Boletín Oficial con una periodicidad por lo menos trimestral.

culares conocidas como “interpretativas”- es decir no creativas de derecho - no estaban bajo una obligación de publicidad. Allí la mayoría de las veces, la regla contraria tiende a prevalecer⁸.

5.- Tres puntos serán sucesivamente abordados:

- En cuanto a la utilización de los diferentes tipos de publicidad, publicación y notificación.
- En cuanto a la práctica de esos instrumentos de publicidad.
- En cuanto a las sanciones aplicables al caso donde la publicidad contiene errores o es irregular.

I.

UTILIZACION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE PUBLICIDAD

6.- A veces los textos prevén expresamente el tipo de publicidad que debe utilizarse.

El decreto del 5 de noviembre de 1870 exige tanto la publicación de las leyes como los decretos en el Diario Oficial.

En los municipios con más de 3500 habitantes, el dispositivo de las deliberaciones del Concejo Municipal así como las resoluciones municipales “de carácter reglamentario” son publicados en la boleta de los actos administrativos⁹.

El permiso de construcción es objeto de las disposiciones precisas en cuanto a la fijación de sus carteles sobre el terreno y la Alcaldía¹⁰.

7.- Debido a la ausencia de las precisiones textuales, que es el caso frecuentemente, el tribunal procede a la distinción siguiente, en función de la naturaleza, individual o reglamentaria, del acto administrativo. Debemos recordar que un acto es individual cuando su norma que lo contiene está destinada a una o más personas determinadas, designa-

9.- Art. L. 2121-24 y L.2122-29 del código general de las colectividades territoriales.

10.- Art. R. 421-39 y A. 421-7 y A. 4218 del Código del Urbanismo. Cf. Thierry Renouf. “De la fijación de carteles hasta la publicidad de los permisos de construcción.” AJDA 1996. p. 418.



das nominalmente, mientras que un acto es reglamentario si tiene un alcance general e impersonal¹¹.

Ella exige la publicación de los actos unilaterales generales e impersonales cuyos diferentes destinatarios son, por definición, indeterminados.

Por el contrario, exige la notificación en el caso de los actos con destinatarios individualizados.

Se trata aquí, entonces, de una posición que en principio contenga numerosos reajustes.

A- Empleo de la publicación

1º Actos reglamentarios

8.- Los actos de alcance general, quienquiera que sea el autor, están sujetos a publicación. Ésta es una condición necesaria para entrar en vigor y por lo tanto de la impugnación por parte de sus diferentes destinatarios.

En consecuencia, estos actos no son aplicables antes de la fecha de su publicación.

Una publicación no sería desplazada por una notificación.

2º Actos individuales

9.- En principio estos actos escapan de la formalidad de la publicación, en lo que concierne a la puesta en efecto con respecto a sus destinatarios.

La obligación de notificar los actos individuales no dispensa a la Administración de proceder a su publicación en la medida en que de una manera general, estos actos no serán "oponibles" a terceros salvo que hayan sido objeto de una publicidad suficiente con respecto a estos últimos.

11.- Cf. Jean-Marie Raynaud, "La distinción del acto reglamentario y del acto individual", L.G.D.J. 1966.

Así como por ejemplo, en la función pública, está previsto que las decisiones que llevan nominación, promoción de grado, y la acción de suspensión de empleo o retiro de un funcionario público deben ser objeto de publicación.

El permiso de construcción suministra igualmente una ilustración típica de la necesidad de publicar las decisiones individuales. En los términos del artículo R.421-39 del Código de Urbanismo, que tiene por objeto la fijación de cartel sobre el terreno, de manera visible desde el exterior, desde que la notificación sobre la decisión de concesión y durante la duración de las obras. Además, este debe, en el transcurso de los ocho días de su entrega, fijar carteles en la Alcaldía durante dos meses respectivamente.

3º Actos intermediarios o actos "sui generis".

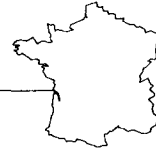
10.- Los tribunales han sido inducidos a reconocer la existencia de los actos "intermediarios" que no son ni reglamentarios, ni individuales. Se habla con respecto a este asunto de actos "sui generis".

Se trata de actos que, por naturaleza, se dirigen a un número indeterminado de personas, con respecto a una zona geográfica dada, si en ciertos casos, ellos pueden interesarle a una sola persona o a un número limitado de personas.

Tal es el caso, por ejemplo, de una declaración de utilidad pública que, proclamando el carácter de interés general que se agrega a la realización de una operación dada (autopista, la línea de ferrocarril, central eléctrica), autoriza el recurso de procedimiento de expropiación en vista de la realización de la misma. El Consejo de Estado estima que el tipo de publicidad apropiada es la publicación, aún en el caso de que sólo interese a una persona¹².

Igualmente, cuando se trata de la resolución de clasificación de un monumento natural o de algún sitio, se preve que ésta debe ser publi-

12.- C.E. 31 de Junio de 1964. Vve Caffort, Rec. 62; C.E 18 de noviembre de 1964, Marchand, Rec.557; A.J.D.A 1965, p. 147, nota Laporte.



cada en el Periódico Oficial, su notificación es exigida cuando ella “contiene prescripciones particulares que tienden a modificar el estado o la utilización de los lugares¹³.

Es de esta manera como el Consejo de Estado ha decidido que el recurso formado por uno de los propietarios afectados por el decreto del Primer Ministro, publicado en el Diario Oficial el 12 de julio y notificado al interesado el 13 de septiembre, pronunciando que la clasificación de un sitio pintoresco era inadmisibile una vez vencido el plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación del decreto¹⁴.

Se notará, sin embargo, que embargada por el interesado, la Corte Europea de los Derecho del Hombre ha estimado que, en esta especie, este último había sido privado del derecho de acceso a un tribunal, derecho garantizado por el artículo 61 de la Convención y que implica, el derecho de “gozar de una clara posibilidad, concreta y efectiva de impugnar un acto administrativo que constituye una ingerencia directa en su derecho de propiedad”¹⁵.

Dicho de otra manera, y es de total interés para esta decisión, el enfoque pragmático de la Corte Europea introduce las reglas “respetables pero poco realistas” de lo contencioso administrativo, en particular aquellas en cuyos términos nadie puede ignorar la ley desde el momento de su publicación según los textos en vigor.

B- Empleo de la notificación.

1º Actos individuales.

11. La notificación se aplica no solamente a los actos individuales concernientes a un agente o un administrado, también se aplica a los

13.- Decreto N° 69-607 del 13 de junio de 1969, art. 6 y 7 tomado para la aplicación de la ley del 2 de mayo de 1930.

14.- C.E. 7 de noviembre de 1986, de Geouffre de la Pradelle, A.J.D.A. 1987 p. 124, nota X. Prétot.

15.- C.E.D.H. 16 de diciembre de 1992, A ff. de Geouffre de la Pradelle, R.F.D.A. 1993, p. 996; D.S. 1993, J. p. 561, nota Florence Benoit-Rohmer; G.P. 11-13 de julio de 1993. p. 13, nota Corinne Lepage-Jessua ; L.P.A. 25 de junio de 1993, n° 76, p. 25, nota Gérard González.

actos colectivos dirigidos a una serie de personas individualizadas cuya suerte es solidaria e independiente.

El problema tiende al hecho, sin embargo, a que estos actos individuales son susceptibles de interesarse por la situación jurídica de terceros, lo que implica en realidad una doble publicidad, si se presenta el caso, de los puntos de partida de la demora de los diferentes recursos si éste proviene del destinatario o, al contrario, de terceros.

La publicación de estas resoluciones en efecto no dispensa a la autoridad administrativa de proceder con su notificación. Para el destinatario de este acto, la demora del recurso por exceso de poder comenzará a correr, no desde el día de su publicación, sino desde la fecha de la notificación del mismo.

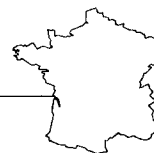
Tratándose de los actos colectivos (así como un cuadro de ascenso de la función pública, la resolución de clasificación de los candidatos recibidos en un concurso), se considera que estos actos deben ser objeto de una notificación individual con respecto a aquellos que están inscritos y, por otra parte, que su publicación sea requerida por los agentes no figurantes.

2º Actos reglamentarios.

12 - Ninguna obligación de notificación pesa en principio sobre los actos reglamentarios.

Sin embargo, tiene lugar la notificación cuando el acto, a pesar de su carácter general e impersonal, contiene una resolución reglamentaria de alcance individual. Así, la decisión de un Concejo Municipal al suprimir un puesto de guardabosques, decisión reglamentaria en lo que respecta a la organización del servicio público, sólo debe ser notificada al guardabosques del municipio, a quien le concierne directamente esta decisión¹⁶.

16.- C.E. 8 de febrero de 1930 , Quet , Rec.156.



II. PUESTA EN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD

A- Modalidades de la publicación.

1. Procedimientos de la publicación.

2- Generalmente, la publicación consiste en una inserción del acto en una boleta oficial. Pero ella puede bien tomar otras formas, como la fijación de carteles o la inserción en el Diario.

Dos parámetros se pueden tomar en consideración a esto:

- La existencia o la no existencia de las disposiciones particulares
- El análisis concreto de las condiciones de la difusión del organismo retenido.

14- En cierto número de casos, los textos precisan las modalidades de la publicación.

Es el caso de los decretos y de los actos reglamentarios de los ministros que deben ser publicados en el Diario Oficial y que serán obligatorios, precisa este texto, en París, un día hábil después de la Promulgación y, además en el resto del país, un día hábil después que el Diario Oficial, que los contenga, haya llegado a la capital del Distrito¹⁷.

Igualmente es el caso de las deliberaciones y de las sentencias municipales en el carácter reglamentario que deben ser publicados en una boleta de los actos administrativos en los municipios de 3500 o más habitantes, con una periodicidad al menos trimestral y su difusión puede ser efectuada a título gratuito o por venta del número o por abandono¹⁸.

La publicación, en los periódicos locales es a veces prescrita, conjuntamente con una fijación de cartel, con el fin de asegurar la mejor

17.- Decreto del 5 de noviembre de 1870, art. 2.

18.- Art. L. 2121-24, L.2122-23 y L. 2122-29 del Código general de las colectividades territoriales.

difusión del contenido de un acto relativo del derecho de urbanismo: el plan de ocupación de los suelos¹⁹, la decisión de apertura de una encuesta pública²⁰.

Salvo las circunstancias excepcionales, cuando un texto ha prescrito un tipo de publicación precisa, las autoridades administrativas deben utilizar el procedimiento previsto, en la exclusión de algún otro. La publicación de una resolución en el Boletín Oficial de un ministerio no sabrá reemplazar la publicación del Diario Oficial impuesta por el decreto del 5 de noviembre de 1970.

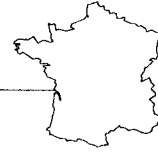
15- En la ausencia del texto que prescribe un tipo definido de publicación y que pertenece a la Administración, bajo el control del Juez, para determinar el procedimiento que ofrece las mejores garantías, tomará en cuenta la naturaleza y el objeto de la decisión, de las circunstancias de la especie, de la cualidad de los destinatarios y de las personas susceptibles y afectadas.

Tratándose, por ejemplo, de los actos publicados en el Boletín Oficial especializado, la validez de esta publicación se aprecia en función de la cualidad de los destinatarios y que corresponde al grado de probabilidad del conocimiento de estos últimos del contenido del acto en relación a los agentes de servicio donde aparece el boletín. Esta forma de publicación es generalmente considerada como suficiente. Al contrario, en cuanto a las personas extranjeras de servicio, que no reciben, ni consultan necesariamente este boletín oficial, la publicación de un acto con respecto a esto no será juzgado como suficiente.

A pesar de sus inconvenientes, la publicación por fijación de carteles es enormemente muy reconocida. En consecuencia, si alguna disposición legislativa o reglamentaria no impone la fijación de carteles en la Alcaldía de una sentencia declarativa de utilidad pública, su fijación en un lugar accesible al público es suficiente para dar curso a la demora del recurso contencioso. De esta misma manera, cuando se trata de los actos reglamentarios de las autoridades locales, la jurisprudencia

19.- Art. R. 123-10 Código de Urbanismo.

20.- Art. R. 11-4 y R. 11-14-7 del código de expropiación.



cia testigo de una indulgencia a veces excesiva contentándose en verificar si la fijación de carteles ha sido efectuada en el sitio afectado por este uso, y si el público tiene un libre acceso, lo que se realizaría durante algunos días de la semana y en algunas horas la jornada.

Pese a la diversidad de los diferentes tipos de publicación admitidos, el observador se queda perplejo en definitiva. Nada garantiza en particular que los interesados tengan un conocimiento efectivo de la existencia de un acto susceptible a los mismos, ni a fortiori, del contenido de este acto.

2º El contenido de la publicación

16- De acuerdo con la definición clásica del Tribunal de los Conflictos²¹, la publicación debe permitir a los interesados conocer en conjunto el contenido del acto administrativo.

Las publicaciones por extrato están en un principio prohibidas. Pese a esto, el Diario Oficial publica a menudo resúmenes simples de las decisiones, por lo que el lector está al tanto de las condiciones en las cuales el texto integral puede ser consultado.

El Consejo de Estado reconoce la validez de las publicaciones por extratos en la medida en que las enunciaciones publicadas estén dirigidas con el fin de esclarecer las condiciones de regularidad del acto administrativo a los interesados.

Así que la publicación del Diario Oficial del extrato de un decreto-extrato que no cumpla con ninguna indicación sobre calidad del autor- no conlleva forzosamente a la demanda cuyas conclusiones estaban exclusivamente dirigidas a la ausencia de la firma que se requiere del ministro competente²².

21.- T.C. del 29 de marzo de 1943, préc.

22.- C.E. del 1º de julio de 1954, Charles, A.J.D.A. 1955, II, 302, concl. Laurent.

B- Modalidades de la notificación.

17.- Lógicamente, la notificación es el producto de la autoridad administrativa que ha editado el acto unilateral. En los casos particulares, la notificación puede ser realizada por la persona privada que es destinataria de una decisión administrativa, con el propósito de informar a terceros queesté directamente relacionados con esta decisión y sus consecuencias. Por ejemplo: la notificación de una sentencia de advertencia hecha por propietario del inmueble a los inquilinos. Para estos últimos, esta notificación - calificada como “lateral”- da curso a la demora del recurso por abuso de poder, con la condición de que este tipo de notificación sea suficientemente aclaratoria.

1º Procedimiento de la notificación.

18.- La notificación debe darse en las formas previstas por la ley y los reglamentos todas las veces en que éstos sean explícitos sobre este punto.

19.- Debido a la ausencia de las disposiciones expresas, se estima que la notificación puede hacerse por todos los medios escritos, incluso por vía oral,

Con relación a este punto se consideran dos medios convenientes:

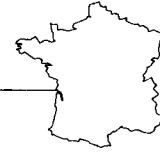
-La notificación por vía postal (carta de recomendación o carta simple)

-La notificación por vía de alguacil o en la forma administrativa, por un agente de la Administración.

-La comunicación directa con el interesado con una aplicación por este último de una mención indicando que tiene conocimiento del texto. La negativa de firmar el procedimiento-verbal de la notificación no puede, sin embargo, traer como consecuencia la calificación de esta notificación como inoperante.

- Una información verbal, desde el momento en el que se le “notificó” al interesado de una manera oficial sobre la existencia y el contenido de la decisión²³.

23.- C.E.C.E. 2 de mayo de 1945, Beauvallet , Rec. 88.



La utilización de nuevas tecnologías y, particularmente la telecopia, sigue siendo objeto de dudas²⁴.

20- La notificación debe en principio hacerse al destinatario del acto o a su apoderado si se trata de una persona física, y su representante si se trata de una persona moral.

Conviene que se dé lugar a las decisiones que apliquen la noción del “mandato tácito”. Así como por ejemplo, un conserje “nombrado por el propietario y servidor de los inquilinos” está plenamente habilitado para recibir las notificaciones dirigidas a estos últimos.

La jurisprudencia administrativa es muy poca concertadora, vista desde el marco de las relaciones familiares. De esta manera, no se juzga válida la notificación hecha a la mujer sobre una decisión que interese a su marido²⁵, el Consejo estima conveniente que se notifique sólo al marido sobre una decisión que le interese a su esposa²⁶ o ambos esposos²⁷. Para el Consejo de Estado, la notificación dirigida, ya sea por error, al esposo produce sus efectos frente a su mujer siempre que no haya constancia de que los dos esposos viven separados de hecho o de derecho”.

Se señalará en fin que la teoría del “conocimiento adquirido” constituye una excepción en sus diferentes prescripciones. Se ha admitido tradicionalmente en efecto que el punto de partida de la demora del recurso contencioso contra un acto no reglamentario es susceptible de darle curso a este caso a partir de la fecha en la que el interesado tuvo “conocimiento” del acto que el ataca, o en el caso de que este acto no se le habría notificado”²⁸.

24.- Cf. Laurence Molinéro, Tesis préc. p. 376 y ss.

25.- C.E. 9de noviembre de 1966, Pagnon, Rec. 605 ; C.E. Ass. 22 de julio de 1977, sieur X. Rec. 353.

26.- Proyecto de servidumbre sobre el terreno perteneciente a la mujer : C.E. 30 de mayo de 1980, Sindicato intercomunal de electrificación de Haut - Nuejouis, AJ.D.A. 1981, P. 99

27.- Depósito en gaceta del expediente de la encuesta parcelaria en viata de la expropiación de una parcela de terreno cuyo propietario de una mujer indivisa: C.E. 30 de mayo de 1980, Mme. Ludger, Rec. 255; A.J.D.A. 1981, p. 98, concl. Morisot.

28.- Cf. Laurence Molinéro, “La teoría del conocimiento adquirido en el derecho administrativo francés”, Rev. Jur. del Oeste de 1990, N° 3, p. 303.

2º Contenido de la notificación.

21- Para producir todos sus efectos, la notificación debe contener las indicaciones convenientes para lograr que el interesado esté plenamente informado y para verificar la regularidad del acto, lo que implica lógicamente que le sea dirigido el contenido integral de la decisión, debido a de que las demoras de los recursos contenciosos sabrían correr.

La jurisprudencia admite igualmente, como en materia de publicación, la notificación por extratos, ya que la comunicación hace aparecer netamente el sentido, el contenido y el alcance del acto y donde testifica sobre la voluntad de la administración de informar al administrado sobre la decisión. Sin embargo, ella rechaza la teoría de las “menciones esenciales” que se admiten en el marco de la publicación. En este caso, es de la incumbencia del destinatario, en la demora de dos meses, reclamar la notificación completa de manera graciosa, que contiene el texto mismo de la decisión, falta que sería inadmisible de invocar, después del vencimiento de la demora del recurso, los vicios que la notificación incompleta no les habría permitido denunciar²⁹.

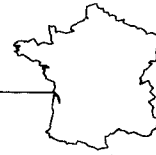
Se notará en fin que el decreto del 28 de noviembre de 1983 (art.9) subordina la impugnación de las demoras de los recursos en la condición de haber sido mencionados, así como las vías de los recursos, en la notificación de la decisión atacada.

III.

SANCIONES DE LAS IRREGULARIDADES EN MATERIA DE PUBLICIDAD

22- Las irregularidades relativas a la publicidad del acto (cuando se trata de una defecto de publicidad, de una publicidad incompleta o de una publicidad hecha en condiciones irregulares) encontrando en todo naturalmente su sanción sobre el terreno de los mecanismos que rigen la entrada en vigor de los actos administrativos unilaterales y no sobre el acto de la legalidad de estos últimos.

29.- C.E. del 19 de octubre 1962, Ministro del Interior C/ Dubost, Rec. 556; a.j.d.a 1962, P. 670, Crón. Gentot y Fourré.



23- La irregularidad de un acto debe ser apreciado momentos antes de su emisión, es decir en la fecha de su firma, el defecto de publicidad, de manera que las condiciones en la que esta publicidad fue realizada, no tenga ninguna incidencia sobre su legalidad.

La administración no tiene la obligación de publicar sus decisiones ni, forzosamente, de harcerlo en una demora determinada³⁰: en el momento en el que un acto es objeto de publicidad no influyendo sobre la validez de éste, y en particular, cuando una decisión debe ser tomada en una cierta demora, no es importante que ésta sea publicada después del vencimiento de este último, desde que esta decisión haya sido tomada definitivamente en la demora.

24- Es en el terreno de la entrada en vigor donde se situa la sanción de las reglas de publicidad.

Un acto reglamentario que no tenga el objeto de una publicación no puede entrar en vigor. Tal acto esta desprovisto de fuerza obligatoria. No puede, en particular, ser pronunciado como una sanción por infracción a una norma no publicada.

Si la Administración ha omitido notificarle un acto individual, no puede oponer este al administrado. Excepcionalmente, sin embargo, y en la medida en que se habría tenido conocimiento, éste prevalece sobre una decisión favorable que no le habría sido notificada. Más precisamente, parece que la Administración no puede retirar esta decisión -a favor del interesado, repitiéndole, fuera de las condiciones relativas al retiro de los actos creadores de derecho (es decir por ilegalidad y por la demora de los recursos contenciosos)³¹.

Se señalará por tanto que en la medida en que la decisión reglamentaria sirva de fundamento para las decisiones individuales, la autoridad administrativa puede detener y publicar a su vez las decisiones de aplicación en una fecha en la que el acto que sirve de base legal no haya sido publicado todavía. Estas últimas no serán, sin embargo,

30.- Lo que lamenta en particular Maurice Hauriou que sugiere la adopción del texto de la ley siguiente: "Todas las decisiones administrativas susceptibles a ser publicadas deben serlo., por pena de nulidad, en una demora de quince días" (nota bajo C.E. del 27 de marzo de 1914. Laroche, S. 1914, III, p. 97).

31.- C.E. del 19 de diciembre de 1952, Delle Mattei, RDP. 1954, p. 801, nota M. Waline.

oponibles a terceros contando desde el momento en que el acto reglamentario que constituye su fundamento será objeto de una publicación regular³². La ausencia de la publicidad correcta de una resolución de apertura y organización de un concurso es susceptible de provocar la anulación que determina una lista de candidatos admitidos en el concurso así como el veredicto del jurado³³.

25- En conclusión, lo que sorprende ante todo es un cierto arcaísmo de las soluciones planteadas por el derecho francés. Este último se muestra en lo esencial sujeto a los textos con fechas datan más de un siglo y, por el resto, se atiene a un empirismo jurisprudente que no está en peligro alguno bajo las exigencias tomadas del principio de seguridad jurídica.

Recordemos que este principio implica normalmente dos series de postulados: estabilidad, es decir, permanencia, al menos relativa de las situaciones jurídicas en el tiempo: certeza, es decir claridad y precisión, en cuanto a las reglas que rigen la situación de los administrados y por lo tanto la calidad en la formulación de las mismas³⁴. Lo menos que uno puede decir es que el Estado de derecho coincide mal con tales exigencias.

32.- C.E. del 18 de julio de 1913, Sindicato nacional de ferrocarriles de Francia y de las colonias, S. 1914, III, p. 1, nota M. Ilaurio.

33.- C.E. 29 de julio de 1983, Mlle. Soma y otras, A.J.D.A. 1983, p. 558, Crón. B. Lasserre y J.-M. Delarue.

34.- Michel Fromont, "El principio de seguridad jurídico", A.J.D.A. 1996, nº especial, p. 178

EFICACIA DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS.
OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
DE COMUNICARLOS.
PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE COMUNICARLOS. PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

Comentarista: MARÍA AMPARO GRAU
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Ha señalado el ilustre Profesor Hostiou que la publicidad del acto determina, por un lado, su vigencia y de allí su eficacia, claro está en los casos en que la publicidad es la única circunstancia exigida para que el acto sea capaz de producir sus efectos jurídicos.

De otra parte, aborda el ponente el tema de la publicidad como presupuesto para el ejercicio de los recursos administrativos y, en todo caso, como presupuesto para la impugnación judicial.

El autor español Entrena Cuesta le atribuye también a la publicidad una doble función: "En primer lugar -señala- la publicidad constituye una condición jurídica para la eficacia de los actos administrativos que afectan directamente a los administrados y, en segundo término, actúa como presupuesto para que transcurran los plazos de impugnación".¹

Puede, sin embargo, agregarse una tercera función, pues la notificación califica en algunos casos la legitimación del recurrente, ya que se ha establecido que la legitimación puede deducirse de la cualidad de destinatario del acto, lo cual no obsta para que se desvirtúe su legalidad, precisamente, sobre la base de que el destinatario no es quien debe recibir tales efectos o no era a quien correspondía la legitimación en la sede administrativa.

1. Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Vol I., Madrid, 1965, págs. 543 y sigs.

Eficacia, impugnación y legitimación son por tanto las tres funciones que pueden atribuirse a la publicidad.

La eficacia, según la naturaleza del acto, se manifiesta de distintos modos. La comunicación del acto, por sí sola, puede en algunos casos dar lugar al cumplimiento de los efectos jurídicos que de él se derivan, o simplemente dar lugar a que puedan cumplirse las circunstancias requeridas para la concreción de sus efectos (actos sujetos a término o condición y actos que requieren de ejecuciones materiales).

Por lo que a esta función se refiere –eficacia del acto-, puede afirmarse que la publicidad constituye principio del procedimiento vinculado al respeto de las garantías jurídicas del administrado. Se realiza así la seguridad jurídica de aquellos a quienes la Administración pretende imponer una obligación o afectar de manera absoluta o parcial en sus derechos.

Como segunda función, se ha dicho que la publicidad actúa como presupuesto para que transcurran los plazos de impugnación, con lo cual se vincula este principio con un tema que hoy se esgrime como base fundamental del contencioso administrativo: la tutela judicial efectiva.

La certeza acerca del inicio del lapso para recurrir y en algunos casos la exigencia del señalamiento en el acto de notificación, de los recursos que contra el acto notificado proceden, así como de su exacto contenido, son sin duda mecanismos que tienden a asegurar aún más el derecho del administrado de acceder a la justicia en búsqueda de protección y reparación frente a la ilegalidad en el actuar administrativo.

Finalmente, también se ha vinculado a la publicidad, como parte de su función, la legitimación para recurrir. En relación con este aspecto, resulta importante la doctrina que ha planteado, a manera de reflexión, el posible divorcio existente entre "...las fórmulas de comunicación concebidas desde la perspectiva de la garantía individual", en lugar de "...la hipotética defensa del ordenamiento jurídico", tanto más si se tiene en cuenta la indeterminación conceptual de la noción de interesado que se verifica con la tesis de los derechos reaccionales o impugnativos que



permiten la fiscalización por parte de los administrados de la totalidad del ordenamiento jurídico administrativo.²

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE PUBLICIDAD

En segundo lugar, el profesor Hostiou ha hecho referencia a la publicación y notificación como medios de comunicación del acto, los cuales pueden verificarse según distintas modalidades.

Sin embargo, antes de abordar lo relativo a las diferentes modalidades, debemos hacer referencia a la naturaleza jurídica que a estos medios de publicidad le ha reconocido la doctrina.

Existe coincidencia en afirmar que la publicidad es un requisito de exteriorización de la voluntad administrativa, pero existe disidencia en cuanto a la naturaleza jurídica de tal requisito. De una parte están ubicados quienes afirman que debe distinguirse entre la notificación y la publicación, en el sentido de que la primera es un nuevo acto autónomo y distinto del que por ese medio se comunica, en tanto que la publicación no da origen a un nuevo acto sino que es la exteriorización del mismo acto que se publica.

Para quienes siguen esta corriente, la publicidad constituye una condición para la existencia o validez del acto, en tanto que la notificación sólo está referida a la eficacia del mismo y como acto autónomo está igualmente sujeto a requisitos y formalidades cuyo cumplimiento supedita su propia validez. Siendo ello así, la invalidez o inexistencia de la notificación produce la ineficacia del acto cuya notificación se pretende así como la invalidez de los actos de ejecución o complementarios.

En esta tesis se inscribe parte de la doctrina española (Garrido Falla, García de Enterría, entre otros), para quienes en ausencia de notificación, el acto administrativo es jurídicamente perfecto, pero incapaz de producir efectos jurídicos.

2. Bermejo Vera, José. El Principio de la Publicidad de los Actos Administrativos en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 15, Edit. Civitas, 1977, págs. 652 a 658.

De allí que una vez que el acto ha sido dictado por la Administración no podría ser desconocido por ésta, ni revocado en base a la ausencia de notificación³.

En otro sentido opinan quienes consideran a la publicidad (incluida la notificación como especie de aquella) como un requisito de forma del acto administrativo y, por ende, un requisito relativo a su validez y no a su vigencia.

Esta concepción acerca de la publicidad parte de los postulados de la teoría pura del derecho, conforme a los cuales para que determinado orden normativo o norma particular sea válida debe existir correspondencia con el principio de efectividad⁴.

"La publicidad, -afirma el profesor Juan Carlos Cassagne, quien se inscribe en esta tendencia- en cuanto constituye un requisito de exteriorización de la voluntad administrativa configura un recaudo inherente al elemento forma. Si la publicidad aparece exigida por el ordenamiento jurídico y no se cumple con tal requisito, es evidente que el acto como tal, no habrá nacido. Si por el contrario, la publicidad se observa, pero en forma defectuosa, el acto será inválido, siempre desde luego, que la irregularidad tenga trascendencia jurídica suficiente"⁵.

Obsérvese que al estimarse la notificación como vicio formal del acto, se le aplicaría en todo caso la tesis –acogida por nuestra jurisprudencia- del carácter no invalidante del vicio cuando no se afecten elementos sustanciales o se violen, como consecuencia de éstos, derechos fundamentales del administrado.

La jurisprudencia patria ha asumido la tesis de la notificación como requisito de eficacia del acto y no de validez. Se ha señalado que el ejercicio del recurso supone el cumplimiento de la finalidad

3. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1974.

4. Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires, 1963, págs. 142-147.

5. Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, pág. 180.



perseguida por la notificación, esto es, el conocimiento del acto por sus destinatarios⁶.

Por lo que se refiere a la publicación, como forma de dar publicidad a un acto, la doctrina sostiene la tesis de la inexistencia o de la invalidez del acto ante la ausencia de la publicación. No existe en este caso un acto distinto, autónomo, sino que se trata del propio acto que es publicado. Por ello se afirma que la falta de publicación atañe a la existencia (o validez) misma del acto. La tesis de la inexistencia impide la impugnación del acto antes de la publicación así como la posibilidad por parte de la Administración de su revocación o modificación.

La tesis de la invalidez, por su parte, por faltar un elemento formal, la publicación, si permitiría su impugnación por vicios distintos o relativos a la propia publicación, de ser ésta, por ejemplo defectuosa.

Nuestra jurisprudencia ofrece un interesante caso en el cual el defecto de publicidad en una ordenanza –acto de naturaleza legislativa– no podía ser tomada en cuenta para afectar la validez de un acto administrativo que la ejecutaba.

Ciertamente, la Administración habría producido un acto con base a una ordenanza que permitía una altura para la construcción de "una vez y media el ancho de la calle más el retiro de frente" sobre la base de que la publicación del texto normativo que le servía de fundamento y que había sido objeto de una modificación antes de ser dictado el acto, establecía una altura distinta de "una vez el ancho de la calle" en lugar de una vez y media" como se había autorizado. Sin embargo, en el caso citado se determinó que la segunda disposición invocada era producto de un defecto en el acto de publicación, pues no existía prueba alguna de que se hubiese producido reforma respecto de esa norma.

Se señala en el fallo que se comenta que de las copias certificadas de las Actas de sesiones del Concejo Municipal se verifica que no se discutió la modificación del artículo que prevé la altura permitida y por lo tanto se debía a un error material de la publicación el cambio alegado, lo

6. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de octubre de 1993.

cual determinaba que el acto que pretendía desconocer la autorización otorgada no tenía marco legal⁷.

III. MEDIOS DE PUBLICIDAD

El profesor Hostiou ha diferenciado, en lo que se refiere a los distintos medios de publicidad, aquellos casos en que el texto prevé el tipo de publicidad que debe utilizarse y aquellos en que ante la ausencia de texto expreso, se procede a la distinción según la naturaleza individual o reglamentaria del acto administrativo.

La doctrina, en efecto, ha distinguido la forma de comunicar el acto atendiendo a su naturaleza. La publicación se ha considerado la forma de comunicación propia de los actos de carácter normativo y los actos generales, es decir, que afectan o se dirigen a personas no contempladas en el procedimiento o no conocidas o no fácilmente identificables.

La publicación se realiza "...mediante la inserción del acto en determinados instrumentos o con la colocación del texto escrito en lugares apropiados a su mayor divulgación y específicamente señalados"⁸.

La notificación se prevé fundamentalmente para los actos individuales, aun cuando ello no obsta para que en ciertos casos pueda exigirse, además, o en su lugar, la publicación.

El expositor del tema adicionalmente destaca la posibilidad de que un acto no pueda calificarse como individual ni como reglamentario y esos actos de carácter sui generis (actos intermedios) requieran no sólo publicación sino además notificación personal cuando contengan prescripciones particulares que tiendan a afectar de manera específica a un administrado. El ejemplo traído a colación es el de la declaratoria de un lugar como monumento natural o como sitio histórico, lo cual determinaría la modificación de su estado o utilización.

7. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 6 de mayo de 1997, caso Inversiones Metrolimpo, C.A.

8. Montoro Puerto, Miguel. Teoría de la Forma de los Actos Jurídicos en Derecho Público. Edit. Marfil, Alcoy, 1976, págs. 173 y 174.



IV. RÉGIMEN PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

En nuestro sistema, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevé la publicación como medio de comunicación de los actos generales, en tanto que la notificación se establece como el mecanismo adecuado para la publicidad del acto particular.

No obstante, la norma general contempla también la publicación del acto particular en Gaceta Oficial y el mecanismo subsidiario de la publicación, a través de la comunicación por prensa, mediante cartel, este último en caso de ser imposible la notificación personal.

Se plantea, por tanto, cierta confusión respecto del acto individual, en cuanto que si bien se prevé la notificación personal como mecanismo principal, ésta parece ceder frente a la publicación cuando esté prevista de manera específica la publicidad a través de la Gaceta Oficial.

Tal sistema –publicación en Gaceta-, en palabras del autor español Bermejo Vera, puede evitar que "al amparo de la realización de notificaciones individuales a los interesados directos se consagren situaciones antijurídicas definitivas e irremediables", pero, en palabras del mismo autor, la publicación en Gaceta no deja de ser reconocido como un medio de publicidad insuficiente, pues constituye un instrumento difícilmente asequible al ciudadano medio.

En los casos en que se prevé la publicación como mecanismo de notificación del acto individual, bien de manera principal, bien de manera subsidiaria, se plantea la duda sobre a partir de qué momento debe computarse el plazo para la interposición de los recursos.

Comenta nuestro expositor un caso específico, decidido por el Consejo de Estado Francés, en fecha 7 de Noviembre de 1986, en el cual se declaró inadmisibile el recurso intentado por particulares propietarios de determinado terreno contra un acto administrativo que había decretado "sitio histórico" a inmuebles propiedad de los recurrentes, fundamentando el Consejo de Estado tal decisión en el hecho de que habiendo sido dicho acto objeto de publicación en Gaceta Oficial y así

mismo notificado de manera personal al recurrente, habría transcurrido íntegramente el lapso de caducidad para intentar la acción, contando ello a partir de la publicación del acto, aun cuando su notificación fuere posterior en el tiempo.

Respecto a tal caso concreto, la Corte Europea de los Derechos del Hombre estimó que dicha decisión privaba al particular del derecho al acceso de justicia, dando preeminencia al transcurso de los lapsos correspondientes para la impugnación del acto desde la notificación personal del interesado, según nos ha señalado el expositor.

Nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en casos en los cuales se han impugnado, en vía judicial, actos administrativos sujetos no sólo a notificación de los interesados, sino además a la publicación en medios oficiales. Así mediante decisión de fecha 23 de febrero de 1994, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, ante la alegada inadmisibilidad de un recurso contencioso administrativo de anulación intentado contra un acto de contenido disciplinario, emanado del Consejo de la Judicatura, señaló que "es a partir de la publicación y de la notificación al juez afectado de la decisión disciplinaria, pero hechas en la forma prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando ésta adquiere eficacia y se inicia el lapso para el ejercicio del recurso de anulación (...) al no haber cumplido el Consejo de la Judicatura con la notificación individual del acto (...) el lapso de caducidad del acto de destitución no comenzó a surtir efectos. Por ende, en ese contexto, el recurso de nulidad fue interpuesto válidamente"⁹.

En ese mismo sentido se había pronunciado la mencionada Sala en sentencia anterior (de fecha 10 de octubre de 1989), mediante la cual se estableció que "el lapso de caducidad para el ejercicio del recurso de anulación, se inicia a partir de la notificación personal al interesado de la decisión, ya que por ella es como adquiere eficacia y surte efectos frente a aquél. Por lo tanto la publicación en Gaceta Oficial y en los diarios de mayor circulación en la República no sería necesaria para su exigibilidad y si acaso sólo tendría el efecto de una información a la colectividad"¹⁰.

9. Sentencia dictada en el caso Miguel Hernández contra Consejo de la Judicatura.

10. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dictada en el caso Betty Elena Toscano.



Criterio contrario ha mantenido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo¹¹, la cual en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación intentado contra una resolución emanada del Secretario General de Gobierno del Estado Táchira, en virtud de que la publicidad de dicho acto derivó de su publicación en Gaceta Oficial del Estado, aun cuando además había sido notificada personalmente a los interesados con posterioridad.

Se señala en la referida decisión que el hecho de que el contenido del acto hubiere sido notificado a los destinatarios con posterioridad a la publicación, no altera la consecuencia de la caducidad aplicada, dado que –independientemente de que se trate de un acto de efectos particulares, como lo alegaban los recurrentes- "...el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es claro al ordenar el cómputo del lapso de caducidad para los actos particulares a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, señalando la alternativa de computarlo desde la notificación para el caso de que aquella no se efectuare, circunstancia que no ocurrió en este caso...", puesto que la Resolución impugnada sí fue publicada.

V. ACTOS SUJETOS A NOTIFICACIÓN

En otro orden de ideas, en la conferencia que nos corresponde comentar se trata lo relativo a los actos que deben ser notificados. La notificación, como se ha dicho, está prevista respecto del acto de alcance individual.

El autor argentino José Roberto Dromi clasifica los actos sujetos a notificación en cinco categorías, a saber:

- a) Los actos administrativos de alcance individual que tengan carácter definitivo y los que sin serlo, obsten a la prosecución de los trámites.

11. Sentencia de fecha 7 de marzo de 1996, caso José Manuel Medina Briceño contra Secretaría General de la Gobernación del Estado Táchira.

- b) Los que resuelvan un incidente planteado o en alguna medida afecten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- c) Los que decidan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados.
- d) Los que se dicten con motivo o en ocasión de la prueba y los que dispongan de oficio la agregación de actuaciones.
- e) Todos los demás que la autoridad así dispusiere, teniendo en cuenta su naturaleza e importancia.

Sobre los actos que deben ser notificados, comentaremos únicamente lo relativo al acto de trámite y lo referente al acto interno, éste último no mencionado en la clasificación referida.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 73 prevé que todo acto administrativo de carácter particular que afecte los derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de los administrados debe ser notificado.

De allí que los actos de trámite no sea necesario notificarlos, salvo aquellos que sean susceptibles de recurso, bien porque imposibiliten la continuación del procedimiento, produzcan indefensión o prejuzguen como definitivos, o bien, porque afecten derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos, circunstancia que determinaría su recurribilidad¹².

Al tratarse de actos sujetos a recurso, se impone su notificación, pues, como se ha dicho, uno de los efectos que ésta produce es, precisamente, el inicio de los lapsos correspondientes.

Por lo que se refiere al régimen de publicidad de los actos internos de la Administración, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que quedan exceptuados de la publicación en Gaceta Oficial, aquellos actos referentes a asuntos internos de la Administración, se entiende que tal excepción está referida al acto general.

12. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de marzo de 1997, caso CIF contra Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.



La jurisprudencia, sin embargo, ha reconocido en algunos casos estas disposiciones internas generales no publicadas, al controlar la legalidad de actos dictados en base a las mismas, como por ejemplo ocurre respecto de los funcionarios de la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP). Esta doctrina que resulta contraria, sin duda, al principio de publicidad del acto, no ha sido –por lo demás– en modo alguno fundamentada. Sin embargo, en un caso concreto, la evidente lesión de derechos constitucionales del recurrente, llevaron al Máximo Tribunal a pronunciarse por la invalidez de estos actos no publicados.

La decisión, en aras del derecho constitucional a la defensa, estableció que la ausencia de publicación impide reconocerle valor normativo al acto de efectos generales. Así lo decidió la Corte respecto del Reglamento de los Consejos de Investigación del Ministerio de la Defensa, al señalar que por no haber sido debidamente publicado, sólo podía considerarse que el mismo consagra principios, criterios o pautas que informan dicha materia¹³.

VI. MEDIOS ESPECIALES DE PUBLICIDAD

Además del régimen general, nuestra legislación contempla regulaciones especiales acerca de la publicidad de determinados actos administrativos. Así, encontramos la notificación de actos individuales por carteles, o por prensa, por boletín o mediante publicación.

En materia inquilinaria, por ejemplo, se distingue entre la forma de notificar los actos del procedimiento y la forma de notificar el acto administrativo definitivo.

Respecto del acto definitivo, se prevé la notificación personal, pero además se establece la posibilidad de notificar mediante un resumen de la decisión, a través de un simple aviso (artículo 14 de la Ley de Regulación de Alquileres).

Aun cuando de la lectura del texto de la norma pareciera desprenderse la subsidiariedad de la publicación frente a la notificación

13. Sentencia de fecha 22 de marzo de 1996, caso Raúl Vicente Crespo contra Ministerio de la Defensa.

personal de los actos de naturaleza inquilinaria, pues se indica su procedencia "en caso de que la notificación no pudiese hacerse" y si bien fue ese el criterio sostenido por la jurisprudencia durante algún tiempo¹⁴, actualmente se admite como válida la notificación por carteles de forma principal¹⁵.

Todas las otras actuaciones distintas al acto definitivo que deban ser notificadas -como sería el inicio del procedimiento- pueden hacerse a través de cualquiera de los medios previstos en el artículo 63 del Reglamento de la materia, y estos son: correo certificado, publicación en un diario de la localidad, fijación de carteles a las puertas de la residencia o local ocupado por la persona que deba ser notificada, entrega por funcionarios de la Administración, y, finalmente, publicación en el Boletín Oficial de la Dirección de Inquilinato.

La Ley de Licitaciones, por su parte, contempla en algunos casos la publicación de actos del procedimiento licitatorio a través de la prensa (llamado a licitar y declaratoria de haber quedado desierta la licitación). En otros supuestos prevé la notificación personal (solicitud de la presentación y descalificación, así como el otorgamiento de la buena pro) y, en el Reglamento, se prevé la notificación personal de los descalificados y la publicación en prensa de la información acerca de quienes hubieren sido preseleccionados (artículo 68 Reglamento).

En los procedimientos cuasi-jurisdiccionales o de índole jurisdiccional se ha mantenido que la notificación de las decisiones administrativas que deban comunicarse puede omitirse, siempre que las partes se encuentren a derecho, aplicándose analógicamente los principios que se derivan de las disposiciones procesales en materia de notificación de los actos judiciales¹⁶.

En otro ámbito, la Ley de Propiedad Industrial contempla la publicación de los actos registrales en un Boletín de la Propiedad Industrial

14. Al respecto puede verse sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 16 de febrero de 1994.

15. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 26 de junio de 1997.

16. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 8 de febrero de 1990.



y prevé que todos los actos y resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial tendrán autenticidad y vigor desde que aparezcan en dicho Boletín.

En materia electoral se observa que la vigente Ley Orgánica del Sufragio establece que los actos de eminente contenido electoral deberán ser publicados en Gaceta Oficial, dentro de los quince días siguientes a la proclamación de los candidatos electos, y para el caso de elecciones municipales, deberá además publicarse los resultados electorales en las Gacetas Oficiales de las respectivas entidades, o en su defecto, en cualquier periódico de circulación de la localidad. De allí, que esta especial Ley, al igual que ocurre respecto de los actos registrales de la propiedad industrial, no prevé notificaciones personales, aun cuando podrían determinarse afectados directos o destinatarios del acto.

Ahora bien, en estos casos se ha planteado cómo debe tratarse lo relativo a la notificación de las decisiones que recaigan cuando se hayan ejercido recursos administrativos contra esos actos definitivos inicialmente publicados. Por ejemplo, si como consecuencia de un recurso administrativo-electoral contra una proclamación, ésta queda modificada, lo que se plantea es si basta en ese supuesto publicar la nueva proclamación o debe notificarse personalmente al recurrente y al afectado tal decisión y, en caso de que se realicen las notificaciones a partir de cuál de los medios utilizados debe contarse el inicio del plazo de caducidad.

En un caso de esta naturaleza electoral se declaró inadmisibile el recurso por haberse configurado la causal de caducidad de la acción, lo cual fue determinado por la Corte tomando en cuenta la fecha de publicación y no de la notificación personal que también había sido practicada¹⁷.

De tal manera que en esa decisión se declaró caduco el recurso por haber transcurrido íntegramente el lapso legal para recurrir desde el

17. Aun cuando debe decirse que tal notificación había sido efectuada antes de la publicación, con lo cual no existía ninguna posibilidad de discutir la caducidad declarada, pero en todo caso la Corte consideró para el cómputo correspondiente la fecha de la publicación y no la de la notificación personal.

momento en que se publicó la decisión y la fecha de interposición del recurso en sede judicial¹⁸.

VII. OTROS MECANISMOS DE NOTIFICACIÓN

Por último, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la existencia de otros medios de notificación. Se atenúa la formalidad del acto de notificación cuando, entre otras, se acepta la notificación: "a) Por acceso directo de la parte interesada, por su apoderado o representante legal al expediente, dejándose constancia expresa y previa justificación de la identidad del interesado; b) Por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto respectivo; c) Por cédula (...); d) Por telegrama colacionado, copiado o certificado, con aviso de entrega; e) Por oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción..."¹⁹.

En consonancia con la doctrina expuesta, la jurisprudencia patria ha admitido algunas modalidades que podrían denominarse "notificaciones de hecho", definidas como aquellas "...que puedan sustituir válidamente a la notificación formal –en atención al carácter eminentemente instrumental de las formas de los procedimientos administrativos- tales como la comparecencia del interesado en la oficina administrativa respectiva a objeto de enterarse directamente del contenido del expediente o del acto, según sea el caso, la recepción de solicitud de copias y, en general, cualquier circunstancia demostrativa de que el interesado tuvo efectivamente conocimiento de aquello que ha debido ser objeto de notificación)²⁰.

Del mismo modo, se ha negado la alegada violación al derecho a la defensa del funcionario recurrente, ante la ausencia de notificación del

18. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de marzo de 1996.

19. Dromi, José Roberto. Acto Administrativo. Ejecución, Suspensión y Recursos. Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973, pág. 56.

20. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 17 de diciembre de 1992.



acto de formulación de cargos, al quedar evidenciado que el recurrente ha tenido, por virtud del acceso al expediente, conocimiento de los mismos²¹.

VIII. SANCIONES A LA NOTIFICACIÓN IRREGULAR

Considerada como ha sido la notificación como una garantía en beneficio del administrado, el legislador impone la obligación de informar en el acto de notificación, además del texto íntegro del acto, los recursos que contra éste proceden, la autoridad revisora o que deba conocer de ellos y los plazos para interponerlos.

Se sanciona la notificación defectuosa con su invalidez y consecuentemente con la ineficacia del acto notificado, pero además se prevé que los errores inducidos en los lapsos de interposición del recurso no pueden imputarse al interesado. Al punto que de este error, por ejemplo, en materia de recursos administrativos, no podría luego pretender ser sancionado con la falta de agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto procesal exigido para acceder al contencioso.

Así ocurrió en un caso en el cual la Administración al notificar al particular no señaló los recursos procedentes contra el acto notificado, siendo ejercidos por éste fuera del lapso de ley. Una vez en la sede judicial, el tribunal de la causa declaró extemporánea la interposición de los recursos administrativos y por lo tanto inadmisibles el recurso contencioso de anulación, por falta de agotamiento de la instancia administrativa.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, actuando como Tribunal de alzada, revocó la decisión del a quo, considerando que ante tal omisión de la notificación del acto no corría para el impugnante el lapso para intentar el recurso de reconsideración, por lo que mal podría ser declarada extemporánea su interposición²².

En lo que se refiere al caso de error de la notificación consistente en la falta de señalamiento de los lapsos legalmente establecidos para la

21. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 1994.

22. Sentencia de fecha 1 de octubre de 1996.

interposición de los recursos, -bien en sede administrativa, bien en sede judicial- la Corte, siguiendo el criterio antes expuesto, específicamente ante un caso de naturaleza electoral, señaló que tal error no podía menoscabar el derecho a la defensa del interesado y en consecuencia, si bien el mismo habría intentado el recurso de nulidad electoral fuera del lapso legalmente establecido, mal podía declararse la extemporaneidad del recurso de nulidad²³.

También se ha decidido que la interposición incorrecta del recurso ante autoridad distinta a la pertinente, en virtud de un error inducido por una defectuosa notificación, no puede menoscabar el derecho del administrado de acceder a la justicia. La jurisprudencia ha señalado que en tales casos corresponde al órgano administrativo ante el cual se interpuso el recurso, remitir para su decisión al órgano que sea efectivamente competente²⁴.

Finalmente, cuando el acto se comunica por medios formales distintos a la notificación –publicación- no existiría la obligación de cumplir las formalidades a que se refiere la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como sería el anuncio de los recursos pertinentes. Así, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en reciente decisión de fecha 16 de octubre de 1997, al declarar inadmisibles un recurso contencioso de anulación contra un acto emanado del Registrador de la Propiedad Industrial, por falta de interposición del recurso jerárquico que contra el acto procedía ante el Ministro, señalando que si bien la publicación del mismo no contenía mención alguna respecto a los recursos procedentes, la ley no establece, respecto a su comunicación a los interesados, tal obligación para la Administración.

IX. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, observamos:

1. Nuestro sistema de notificaciones atiende fundamentalmente a la protección de la garantía individual de los administrados, salvo

23. Sentencia de fecha 29 de enero de 1996.

24. Esta jurisprudencia se basa en la aplicación e interpretación del artículo 86 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en concordancia con el 77 eiusdem.



específicas excepciones, en las que se observa la prevalencia del interés general (propiedad industrial, materia electoral, etc.).

Cabe observar que el régimen de notificaciones con preponderancia a la protección particular del afectado, podría en algunos casos colidir con la ampliación que el principio de tutela judicial efectiva ha producido respecto del control de legalidad, pues plantea la eficacia del acto a partir de la notificación del interesado, generalmente el titular del derecho, quedando excluidos de la garantía de la notificación, los interesados afectados, igualmente legitimados para recurrir. El sistema de notificaciones con preponderancia a la protección del interés general puede causar indefensión del afectado directo, pues al ser un régimen de publicidad general lo que determina la eficacia del acto y consecuentemente el inicio del plazo para recurrir, se corre el riesgo de que el principal afectado no conozca oportunamente del acto para proceder a su impugnación.

2. Teniendo en cuenta la carga que configuran los recursos administrativos, no sujetos por demás a una regulación uniforme y teniendo presente la complejidad del régimen de competencia de los órganos contencioso-administrativos, es positiva la consagración legislativa de formalidades especiales para el acto de notificación en los casos de actos individuales.

3. Para el caso del acto que se comunica por medios formales distintos a la notificación –publicación-, no existiría la obligación de cumplir con las formalidades establecidas en la ley para la notificación, como sería la obligación de informar los recursos pertinentes; por tanto, cualquier error en este sentido se le imputa al administrado con todas sus consecuencias.

4. La jurisprudencia, a través del reconocimiento de métodos informales de notificación, ha producido una delicada flexibilización respecto de las normas formales que regulan lo relativo al contenido de la notificación y que en garantía del administrado lo relevan de las consecuencias dañosas que la ausencia formal de la misma o el defecto pudieran acarrearle.

5. Lo anterior plantea la necesidad de compaginar la circunstancia de que un administrado ante la defectuosa notificación pueda invocar la

protección que acuerda la norma²⁵ con las tendencias jurisprudenciales que aceptan la notificación por medios informales²⁶.

6. Surge la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva ante la situación en la que el recurrente inducido por la defectuosa notificación o aún más, en ausencia de ésta, ejerce el recurso judicial sin haber agotado las instancias administrativas y esta circunstancia es advertida por el juez en la primera, o más grave aún, en la segunda instancia del proceso al pronunciarse sobre la apelación ejercida²⁷.

Para concluir consideramos que cualquier interpretación sobre la publicidad del acto en cuanto requisito, debe hacerse en cuanto garantía que ella es, de tal manera que se propenda a la verdadera vigencia del principio de la tutela judicial efectiva, base cardinal del régimen contencioso administrativo de nuestros días.

25. Protección que incluso se ha extendido a aspectos distintos al transcurso del plazo para impugnar, como sería el caso del ejercicio del recurso ante la autoridad diferente a la pertinente por error inducido.

26. Ejemplo de estos medios informales son –como se ha expuesto– la vía del acceso al expediente o la interposición del recurso cuando de éste se deriva la posibilidad el ejercicio pleno de la defensa que debe deducirse del conocimiento exacto por parte del recurrente de los motivos del acto.

27. Hasta ahora la jurisprudencia ha aplicado "la reposición" al estado de que el particular ejerza los recursos administrativos pertinentes, más se trata de sentencias anteriores a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos bajo las cuales la "reposición" no tiene cabida. (Sentencias de la Sala Político Administrativa de fecha 28 de marzo de 1968 y del 8 de junio de 1977). Bajo las tendencias modernas la solución no puede ser ésta, una tutela judicial efectiva impide que se someta al administrado al inicio de un recorrido que posponga una decisión judicial definitiva.

LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

PIERRE SUBRA DE BIEUSSES
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Paris (Francia)

L'acte administratif unilatéral est juridiquement parfait de sa signature. Soutenir le contraire serait illogique puisque l'existence de l'acte dépendrait alors d'un facteur quelconque étranger à la volonté de son auteur (par ex., de la connaissance qu'en auraient ses destinataires) et ne répondrait plus strictement à la définition de l'acte unilatéral. Mais, tant que la décision administrative n'a pas porté la connaissance de ses destinataires, elle ne leur est pas opposable, c'est dire qu'elle ne leur est pas applicable ou encore que ses effets sont, pour eux, différés (sur ces deux points, v. J. Moreau Droit Administratif, P.U.F. 1990, p. 229 et s.).

Si le lien établi entre l'existence de l'acte et la date de sa signature correspond à une exigence de stricte logique, il faut en revanche s'interroger sur la corrélation retenue entre le point de départ de l'opposabilité de l'acte et la date d'accomplissement des formalités de publicité. Pourquoi la décision individuelle n'emporte-t-elle effet qu'à compter du jour de la notification? Pourquoi l'acte réglementaire voit-il sa force obligatoire naître à la date de sa publication?.

Jurisprudence et doctrine proposent comme fondement le principe de non rétroactivité des actes administratifs, explication qui correspond à un principe général du droit (v. CE 25 juin 1948, *St du journal L'Aurore*, G.A. Nx 72). Cette solution a été confirmée par le Conseil Constitutionnel, pour qui l'addition d'une disposition rétroactive "chappe au pouvoir réglementaire" (C.C., 24 octobre 1969, *AJDA* 1969, p. 693). En effet, tant qu'une décision administrative n'a pas fait l'objet d'une mesure de

publicité, elle est ou peut être ignoré de ses destinataires. Si alors cette décision ait susceptible de créé des obligations la charge des administré ceux-ci se verraient imposer des sujétions dont ils pourraient ignorer l'existence et dont il leur serait impossible de contester la regularité. La jurisprudence est donc constante sur le fait que toute décision qui prévoit une date d'application anterieure la notification ou la publication est illegale dans la mesure uo elle est rétroactive.

La justification de cette règle est la meme que celle de l'article 2 du Code Civil aux termes duquel: "la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif". En appliquant una règle juridique á une epoque, par hypothse, elle ne pouvait encore etre connue, on erait l'encontre de la fonction fondamentale de droit qui est d'assurer la scurit juridique. A quoi s'ajoute l'ide que les auteurs d'une dcision rtroactive empitent sur la comptence de leurs prdcesseurs et violent ainsi le principe de la comptence ratione temporis (Tessier, concl CE 17 mai 1907, Le Bigot, Rec. p. 460).

Si la jurisprudence raisonnait en termes de non rétroactivité depuis le XIXme siecle, le "principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir" a été invoqué expressément, pour la premiere fois, dans un arrêt du 28 février 1947, ville de Lisieux (Rec, p 83), relatif es tarif rétroactifs, et étendu ensuite á toutes les décisions administratives réglementaires ou individuelles. L'arret L'Aurore (précité) le confirme dans une hypothse où un arreté de majoration du prix de vente de l'éctricité avait pour effet d'assujettir au tarif major des consommations antérieures á sa publication. La solution dégagée par ces arrêts a été ensuite étendue aux clauses insérées dans les cahiers des charges type des concessions et destinées á figurer dans les contrats de concession (CE Ass 5 mai 1961, ville de Lyon, Rec 294; CJEG 1961, p 175 concl Braibant). Ainsi l'administration ne peut, même par voie contractuelle, échapper au principe de non rétroactivité.

La jurisprudence sur la rétroactivité est abondante. Le Conseil d'Etat a censuré notamment á plusieurs reprises la rétroactivité des textes fiscaux (v p ex CE Ass 14 mai 1965, Secétaire d'Etat aux finances c/Jacquier), ou de règlements relatifs au statut et á la rémunération des fonctionnaires (v p ex CE Ass 11 juillet 1984, Union des groupements de cadres suprieurs de la fonction publique, AJDA 1984, p 627, concl Labetoulle).



Cette jurisprudence précise en quoi consiste la rétroactivité, de quoi elle résulte.

Elle comporte non seulement l'application d'une mesure nouvelle dans le passé (p ex une nomination ou une radiation, v CE sect 25 mars 1983, Conseil de la région parisienne des experts comptables, Rec p 137, concl Franc), mais aussi la remise en cause de situations définitivement fixées par le passé (p ex l'application d'un nouvel impôt à des exercices clos, v CE Ass 16 mars 1956, Garriogou, Rec p 121, AJDA 1956, p 220, Chron Fournier et Braibant).

Par référence à ces critères, c'est sans contradiction que le juge conclue à l'absence de rétroactivité dans certaines hypothèses particulières. En effet, les liens que les actes administratifs peuvent avoir avec des situations passées ne suffisent pas à les entacher de rétroactivité.

Les autorités administratives peuvent se fonder sur des circonstances passées pour déterminer des solutions qui s'appliqueront dans l'avenir.

Par exemple, elles peuvent, sans enfreindre le principe de non rétroactivité, fixer de nouvelles règles en tenant compte de résultats antérieurs (CE Ass 9 novembre 1988, Fourcade, Rec p 399).

Elles peuvent aussi appliquer immédiatement des dispositions nouvelles des situations qui, ayant leur origine dans le pass, ne sont pas définitivement acquises. Des mesures fiscales peuvent ainsi s'appliquer des exercices non clos, en couvrant éventuellement les revenus ou bénéfices réalisés avant qu'elles interviennent (CE 9 janvier 1959, Union de la propriété bâtie de France, Rec p 13).

Une réglementation de la production de produits agricoles qui ne s'applique qu'aux opérations de commercialisation effectuées postérieurement son entrée en vigueur n'est pas entachée de rétroactivité même si elle porte sur des produits récoltés antérieurement (CE 27 mai 1987, Syndicat national de producteurs et sélectionneurs de greffes d'asperges, Rec. p 181).

Les autorités administratives peuvent, dans l'exercice de pouvoirs qui leur appartiennent en vue d'assurer la sécurité des personnes, prescrire

l'application de nouvelles dispositions des immeubles déjà construits (CE sect 26 octobre 1984, S.C.I. du Chemin vert, Rec p 342).

Cela étant, mis part ces cas aptrculiers, c'est de facon rigoureuse que la jurisprudence veille au respect du principe de non rétroactivité des actes administratifs. Dans de nombreux cas elle se refuse tenir compte des considérations pratiques qui auraient pourtant pu l'inciter á une certaine souplesse: ainsi par exemple, pour une augmentation de salire mettant fin á un conflit social (CE 8 juillet 1949, Delacourneuve, Rec p 340), ou pour une augmentation de tarifs d'lectricit entre deux relevs de compteurs (CE 25 juin 1948, St du journal L'Aurore, prcit).

Le Conseil d'Etat se montre également sévère lorsque les justifications tirées de l'urgence ou de l'intret général ne sont pas parfaitement évidentes, notamment en annulant des mesures rétroactives d'augmentation de prix et de tarifs (v p ex CE 14 mai 1965, Association départementale du Rhone pour la sauvegarde de l'enfance, Rec p 379); de fixation de salaries (CE 17 juillet 1950, St civile de l'Ecole Gerson, Rec p 447), ou de rglementation de productions (v p ex CE 1x mars 1967, S.A. des tablissements Petit Jean, Rec, p 97).

Toutefois, en dépit de cette rigueur le principe de non rétroactivité connaît d'assez nombreux amnagements et exceptions.

Amnagements et exceptions dont l'importance et la nature ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre des deux hypothses de rtroactivit que l'on vient de relever. C'est á dire selon que l'on se trouve en présence d'une rétroactivité stricto sensu, avec l'application de'une mesure á une période passe (I), ou d'une rétroactivité lato sensu, en cas d'application inmdiate d'une mesure une situation dj constitue (II).

I. LA RÉTROACTIVITÉ STRICTO SENSU

La rétroactivité proprement dite est admise par le conseil d'Etat non seulement en vertu d'une loi, mais aussi, dans certains cas, sans base lgislative.



A. La rétroactivité en vertu de la loi

Si le principe de non rétroactivité constitue un principe général du droit (v CE Société du journal "L'Aurore" précité), il n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale et répressive (C.C. Nx 82-155 DC, 30 décembre 1982, Rec 88), en vertu de l'article 8 la Déclaration de 1789 aux termes duquel "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit...". Le Conseil constitutionnel retient une interprétation large de ce texte en jugeant que le principe de non rétroactivité "ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire" (C.C. Nx 87-237 DC, 30 décembre 1987, Rec 63; RFDA 1988, p 350, note Genevois).

Si l'on met part le domaine pénal et répressif, la disposition rétroactive qui "chappe au pouvoir réglementaire" (C.C. Nx 69-57 L, 24 octobre 1969, Rec 32) peut donc être dictée par une loi (v p ex C.C. Nx 89-268 DC, 29 décembre 1989, R.F.D.A. 1990, p 143, article Genevois).

Lorsqu'une loi le prévoit, soit expressément (CE Ass 7 février 1958, Groslires, Rec p 77), soit même implicitement (CE sect 12 janvier 1951, Association professionnelle des banques, R.D.P. 1951, p 895, note M. Waline) le Conseil d'Etat admet qu'un acte administratif puisse et même parfois doit être rétroactif (v p ex CE 23 juillet 1976, Sec Ageco, AJDA 1977, p 380; 3 octobre 1986, Cettier, Rec, t, p 383).

Ainsi par exemple, la loi du 28 novembre 1990 complétant certaines dispositions du statut général de la fonction publique territoriale (loi du 26 janvier 1984) a pu valablement permettre (pour faciliter la gestion des corps) que les décisions d'avancement des fonctionnaires territoriaux (actes administratifs individuels) puissent prévoir une date d'effet antérieure à celle de leur transmission.

Relèvent également de l'hypothèse de la rétroactivité en vertu de la loi les cas de certains règlements dont la date d'entrée en vigueur est fixée par la loi (CE 6 février 1953, Mourgeon Rec p 51; CE Ass 18 octobre 1974, Veuve Rodet et autres, Rec p 495).

Lorsque la rétroactivité est imposée par la loi, le Conseil d'Etat relève ce moyen d'office (CE mai 1983, Coz, Rec p 175).

Si la volonté du législateur l'emporte sur le principe général du droit dont la valeur n'est qu'ingra législative (Sur le niveau des principes généraux du droit dans la hiérarchie des sources du droit, v R. Chapus, Droit administratif général, T.I. 6^{ème} ed. N° 106 et s) et s'impose donc au juge administratif, dans certains cas celui-ci a fini par se passer de l'autorisation législative et par admettre des exceptions au principe de non rétroactivité par simple prise en considération des nécessités propres à l'action administrative et des particularités qu'elle présente. La rétroactivité est donc parfois admise sans base législative.

B. La rétroactivité en dehors des cas prévus par la loi

En dehors des cas prévus par une loi, un acte administratif peut comporter un effet rétroactif dans au moins trois séries de cas.

1° La régularisation des mesures antérieures

Il peut y avoir lieu à rétroactivité en matière de régularisation de mesures antérieures, soit pour tirer les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir (CE 26 décembre 1925, Rodière, GA 9^{ème} ed, N° 46; 27 Mars 1949, Véron-Réville, G.A. N° 43), soit pour procéder au retrait d'une décision illégale. (CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, G.A. N° 42).

Cette dernière hypothèse est importante en elle-même, mais il serait superflu de l'aborder ici, puisque dans le cadre de notre congrès une autre intervention est spécialement consacrée l'étude de la "Revocación de los actos administrativos".

Nous nous bornerons donc rappeler que selon la jurisprudence du Conseil d'Etat il convient de distinguer entre les actes administratifs non créateurs de droits et ceux qui sont créateurs de droit.

Pour les premiers, l'Administration est obligée de les retirer lorsqu'ils sont irréguliers.



Si au contraire l'acte est légal, la question est de savoir si le retrait pour simple motif d'opportunit est possible. A cet égard, la doctrine est partagée propos des actes réglementaires. MM Rivero, Vedel et Waline sont favorables la faculté de retrait en invoquant en ce sens le principe d'adaptations. En revanche M. Benoit et de Laubadere y sont hostiles. De fait le retrait d'acts rglementaires pour motifs d'opportunit at parfois admis par la jurisprudence (CE Ass, 12 dcembre 1953, Union natinalkes des associations familiales, Rec. p 545; 29 avril 1964, Adige-Trival, Rec p 262). En matire d'actes individuels un point ne soulève aucun désaccord; c'est celui des sanctions disciplinaires prises contre des fonctionnaires et qui peuvent faire l'objet d'un retrait (CE 28 fvrier 1908, Franco, Rec p 187; 12 mars 1909, Sauquet, Rec p 270, et jurisprudence constante depuis lors).

S'agissant des actes crateurs de droit, sous réserve d'assouplissements et d'exceptions dans le dtail desquels il ne nous est pas possible d'entrer, la règle de principe est que l'acte crateur de droits devient irrévocable ds lors qu'il est dfinitif. Il en résulte:

- Que pour l'acte légal l'gard duquel ne peuvent jouer, par hypothèse, que des raisons d'opportunit, le retrait est intédit dès que l'acte est devenu dfinitif, en vertu de l'intangibilit des droits acquis.
- Que pour l'acte irrégulier, le point de départ de l'irrévocabilit est différé jusqu'à la date d'expiration du recours contentieux ou, si un recours a t form, jusqu' la décision du juge, et le retrait n'est possible que pour des motifs d'illégalité. Elabore par l'arrêt Dame Cachet (precit) á porpos de décisions expresses, cette jurisprudence est également appliquée par le Conseil d'Etat en matire d'autorisations tacites si celles-ci font l'objet de mesures de publicité (CE Ass 1x Juin 1973, Min. Equip. et Log C/Epoux Roulin, Rec p 390, AJDA 1973, p 478, chron Franc et Boyon).

Quoiqu'il en soit, dans tous les cas où le retrait d'un acte administratif est prononcé, ce retrait est par définition rétroactif, puisque l'autorité administrative qui retire son acte a entendu abolir ses affets, non seulement pour l'avenir, mais aussi pour le pass.

2°. La rétroactivité des actes qui conditionnent l'application de mesures antérieures.

Il s'agit l d'actes venant s'ajouter des mesures antérieures dont ils conditionnent l'application.

Avant que la loi de décentralisation du 2 mars 1982 ne supprime le contrôle *a priori* des collectivités locales, c'était le cas des mesures d'approbation prises par les autorités de tutelle l'gard de collectivités décentralisées: elles rétroagissaient à la date d'effet de la décision approuvée (CE 17 janvier 1951, commune de Joinville-le Pont, Rec p 24; CE sect 17 juin 1961, Contessato, Rec p 406; sect 19 mars 1965, Jean-Louis, Svere et CAraman, Rec p 181).

De même lorsqu'un premier acte prévoit lui-même que ses mesures d'application rétroagiront au jour de son entrée en vigueur, ces mesures peuvent rétroagir sans illégalité (CE sect 30 septembre 1955, Société Roger Grima, Rec p 451). Ainsi par exemple, un décret a pu prévoir la titularisation de fonctionnaires, après une période de stage, à la date de leur nomination, eu égard à la nature juridique du stage et de la titularisation (CE Ass, 8 novembre 1974, Association des élèves de l'Ecole Nationale d'Administration, Rec p 451).

Peut également rétroagir un décret nécessaire pour déterminer les droits rémunération de professeurs nommés antérieurement (CE 7 février 1979, Association des professeurs agrés des disciplines artistiques, Rec p 41; RDP 1980, p 523, note M. Waline).

Dans tous ces cas, la sécurité juridique n'est pas affectée par la rétroactivité car, dès l'origine les intéressés en sont informés.

3°. La rétroactivité fondée sur l'unité de certaines périodes de temps.

Comme le relève P. Delvolvé (in Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, Mélanges à offerts M. Waline, p 355 et s), en matière économique, "il est des stades de production qui, pour avoir une certaine durée, n'en sont pas moins soumis



aux mêmes caractéristiques, correspondent aux mêmes données, portent sur le même objet, aboutissent aux mêmes résultats: la succession des jours n'y provoque pas de différenciation. Au regard de l'activité entreprise, il y a une certaine permanence".

Telle est en particulier le cas avec les campagnes de productions à propos des quelles le Commissaire du gouvernement Baudoin (Conclusions sous CE 21 octobre 1966, Sté Graciet, AJDA 1967, p 278) constate qu'elles "se composent d'opérations techniques ou économiques liées entre elles" et se trouvent "revêtues...de ce caractère d'indivisibilité et de périodicité commandé par la nature des choses".

Dans ces conditions, après s'y être d'abord refusée (v CE 9 octobre 1959, Grands Moulins Maurel), la jurisprudence en est venue à admettre qu'une mesure adoptée en cours de campagne peut rétroagir au début de celle-ci.

C'est avec l'arrêt Société Graciet du 21 octobre 1966 (Dont la solution a ensuite été confirmée par l'arrêt d'assemblée du 8 juin 1979, Confédération générale des planteurs de betteraves, Rec p 269; D. 1979, I.R. 382, obs P. Delvolvé) que le Conseil d'Etat a clairement admis l'application d'une mesure adoptée en cours de campagne à partir du début de celle-ci.

L'affaire qui a donné lieu à cette décision était relative à la réglementation de la campagne de pêche au thon 1962-1963. Après avoir adopté le 1^{er} février 1963 une première mesure applicable au 1^{er} décembre 1962, mais qui allait se révéler inapplicable, les autorités compétentes avaient adopté une seconde mesure en date du 17 juillet 1963. Cette seconde mesure annulait la décision précédente et était comme elle applicable à compter du 1^{er} décembre 1962.

Dans ses conclusions le commissaire du gouvernement (v conclusions Baudoin, précitées) avait proposé d'admettre la régularité de cette réglementation à raison de l'unité nécessaire du régime de la campagne de production, mais de rejeter le retrait de la première décision par la seconde. Le Conseil d'Etat ne l'a pas entièrement suivi, en admettant les deux aspects de la rétroactivité, le premier parce que "la campagne

de pêche n'était pas encore terminée", la seconde parcequ'il s'avrait que la décision du 1^{er} février 1963, de fait inapplicable, n'avait pas cette même date reçu un commencement d'application et n'avait donc pu conférer des droits acquis aux entreprises concernées.

Sous l'angle de la rétroactivité cette motivation del arrêt retient l'attention deux points de vue:

- D'une part le retrait de la première décision par la seconde n'a t possible que dans la mesure où tant inapplicable elle n'avait pu faire naître de droits acquis.
- D'autre part, indépendamment de la question du retrait, une réglementation postérieure au début de campagne de production ne peut rétroagir au début de celle-ci que tant qu'elle n'est pas terminée. Une mesure prise après l'achèvement de la campagne ne peut s'appliquer que dans l'avenir.

Dans cette dernière hypothèse la seule question que soulèveraient des mesures nouvelles est celle de savoir si elles pourraient avoir des effets sur les situations constituées sous l'empire de la réglementation antérieure, mais alors, comme le précise P. Delvolvé (op cit p 360), "ce n'est plus une question de rétroactivité au sens strict, mais d'application immédiate d'une décision", c'est dire de rétroactivité envisagée de façon plus large.

II. LA RÉTROACTIVITÉ LATO SENSU

L'efficacité d'une décision administrative est parfois liée à son application immédiate; l'urgence peut en imposer la mise en œuvre instantanée. Dans ce cas apparaît un nouvel aspect de la rétroactivité qui est également pris en compte par la jurisprudence.

La doctrine (voir notamment J.M. Auby, L'incompétence ratione temporis, RDP 1953, p 23 et s; Delvolvé, op cit p 361; O. Dupeyroux, La règle de non rétroactivité des actes administratifs, L.G.D.J. 1954, p 110 et s) s'est interrogée sur le fondement théorique de son attitude (référence à la notion de droits acquis; la distinction des situations légales ou



objectives et des situations individuelles ou subjectives; la distinction de la phase dynamique et de la phase statique des situations juridiques ou encore la notion d'ordre public), mais à vrai dire, il semble qu'au del des systématisations doctrinales le juge soit surtout guidé par un souci de réalisme et d'efficacité, de sorte que l'examen de l'ensemble de ses décisions ne permet pas de dégager une ligne directrice.

Se demandant si l'on ne pourrait la chercher "dans la distinction des situations non-contractuelles et contractuelles". P. Delvolv (op cit p 361) constate que l'on n'y trouve pas "la séparation des hypothèses d'application immédiate et celle des applications retardées", car, si le problème s'y pose en termes différents, "dans chacun des deux types de situation, les deux solutions peuvent être admises".

1° Situations non contractuelles et application immédiate de la mesure administrative

Dans certains cas la situation non contractuelle relève d'un régime général et impersonnel que ne doit prolonger aucun acte particulier.

Dans d'autres elle se caractérise par le fait qu'une mesure individuelle, par exemple une autorisation, vient mettre en œuvre le régime général et impersonnel.

Dans cette seconde hypothèse, il existe des cas où la mesure individuelle s'applique une opération qui se prolonge dans le temps, une activité continue.

Dans un tel contexte, les effets de l'acte individuel continuent de se produire même si survient une autre réglementation qui ne le concerne pas parce qu'à son égard elle n'est pas d'application immédiate. Pourtant, dans certains cas, la réglementation nouvelle va mettre fin aux effets de l'acte individuel concerné, parce que la jurisprudence considère que cette réglementation nouvelle doit être d'application immédiate. C'est alors que se produit une rétroactivité au sens large qui vient d'être indiquée. On trouve un exemple significatif de ce type de situation avec une affaire que cite et développe l'auteur précité de P. Delvolv (p 362 et s) et qui a donné lieu à un arrêt du Conseil d'Etat du 3 mars 1967 (CE 30 mars 1967,

Ministre de la construction c/ St Behr Monning et St des abrasifs Norton; AJDA 1967, p 348, note Liet-Veaux et p 528, concl Fournier).

Les faits de l'espce taient les suivants: Dans le cadre de la politique de décentralisation industrielle, le ministre de la reconstruction et de l'urbanisme avait donné en 1951 son "accord de principe", alors qu'à l'époque une telle autorisation n'était pas nécessaire, pour l'installation d'une usine dans deux communes de la région parisienne. Par la suite étaient entrées en vigueur de nouvelles dispositions réglementaires soumettant à agrément l'implantation ou extension des installations industrielles. Se fondant sur le nouveau régime institué par décrets, le ministre considérait que l'accord donné en 1951 était devenu caduc et il prétendait assujettir l'exploitation de l'usine dont il s'agissait à de nouvelles conditions.

Le ministre raisonnait donc en termes d'applicabilité immédiate du nouveau dispositif réglementaire, mais il n'a pas été suivi par le Conseil d'Etat. Celui-ci a en effet considéré:

- que la décision de 1951 avait été créée au profit de la société bénéficiaire des droits d'installer une usine aux conditions qu'elle précisait;
- que dès lors, l'entre en vigueur des nouvelles dispositions réglementaires soumettant à agrément l'implantation ou l'extension des installations industrielles, "la dite société devait être réputée avoir acquis cet agrément".
- que par suite, "le ministre...ne pouvait légalement se fonder sur le nouveau régime institué par décrets pour regarder comme caduque l'autorisation qu'il avait précédemment donnée ou même pour ajouter de nouvelles conditions à celles auxquelles il avait originairement donné son autorisation".

En jugeant de la sorte le Conseil d'Etat écarte l'applicabilité immédiate des dispositions réglementaires. Il exclut donc que celles-ci aient pu rétroagir, au sens large que nous donnons maintenant à la rétroactivité des actes administratifs. Pourtant, à la regarder plus attentivement, sa décision consacre en réalité la possibilité d'une rétroactivité au sens large, par le biais de l'application immédiate de l'acte administratif à une situation déjà constituée.



En effet, la motivation de l'arrêt exprime deux réserves.

- D'une part, si la société est considérée comme ayant reçu l'agrément exigé par la nouvelle réglementation du fait de l'accord donné en 1951, c'est que ce premier accord correspondait au même objet, à la même procédure, aux mêmes préoccupations que le second (surtout ces points, v P. Delvolx, op cit), mais dans le cas contraire, une nouvelle autorisation conforme aux exigences de la nouvelle réglementation aurait été nécessaire. Il est donc bien admis que dans cette hypothèse il y aurait eu lieu à application immédiate de la nouvelle réglementation.
- D'autre part, en motivant sa décision par le fait qu' "aucune disposition des nouveaux décrets ne rendait illégale l'application ultérieure de l'agrément contenu dans la décision de 1951, le Conseil d'Etat considère de façon implicite mais certaine qu'en cas de contradiction entre le nouveau régime et la décision antérieure, celle-ci aurait dû être jugée caduque". Là encore il raisonne donc bien en termes d'application immédiate de la réglementation nouvelle et donc de rétroactivité lato sensu de cette dernière.

Ce raisonnement avait d'ailleurs été suivi dès avant l'arrêt de 1967 et il a depuis lors continué de l'être. On le vérifie par exemple avec le contentieux du permis de construire.

Dans une affaire où un permis de construire avait été obtenu dans le cadre d'un régime juridique où n'existaient pas de dispositions en matière de péremption du permis, le Conseil d'Etat a estimé qu'une ordonnance instituant un régime de péremption était d'application immédiate, de sorte que ses dispositions devaient s'appliquer dès sa publication aux anciennes autorisations. En conséquence, un permis ancien est devenu caduc dès lors que son bénéficiaire est resté plus d'un an (dure de la péremption instituée par la nouvelle ordonnance), partir de l'entrée en vigueur du nouveau texte, sans effectuer de travaux. Par la suite, et selon le même mode de raisonnement, lorsque des textes postérieurs ont modifié le délai de péremption du permis de construire ou le portant à deux ans, la Haute Assemblée a jugé que le nouveau délai s'appliquait aux permis en cours de validité (CE 4 juin 1982 M.E.C.V. c/ Janique: AJDA 1982, p 654, concl Stern; AJPI 1983, p 603, chron Hostion).

Les cas envisagés jusqu'ici relevant tous de l'hypothèse où un régime général et impersonnel s'est trouvé prolongé par un acte particulier, mis des décisions allant dans le sens d'une applicabilité immédiate, et donc, le cas échéant, d'une certaine forme de rétroactivité, se rencontrent aussi à propos de cas où la situation de l'administré relève d'un statut général, l'exclusion de toute mesure individuelle.

A ce propos il faut distinguer deux types de situations.

Parfois l'application des dispositions générales et impersonnelles est figée un moment donné. De ce fait la modification ultérieure de ces dispositions ne peut rejaillir sur une espèce déjà résolue. Tel est par exemple le cas avec les prescriptions relatives à la création "d'installations classées" (c'est à dire d'installations dangereuses, incommodes et insalubres).

Parfois au contraire, des dispositions générales et impersonnelles s'appliquent à l'exercice d'une activité de manière continue. Leur modification est alors immédiatement applicable à cette activité. Par exemple, la jurisprudence considère que "l'exercice régulier d'une activité professionnelle ne confère aucun droit au maintien de la législation et de la réglementation générale concernant cette activité et se trouve soumise, à dater de leur publication, aux règles nouvelles édictées par l'autorité compétente" (CE 13 octobre 1967, Association nationale pour la défense de la qualité française, Rec p 366).

En période de réglementations des prix, la même solution est appliquée aux modifications de cette réglementation qui sont elles aussi d'application immédiate (CE 10 mars 1961, Syndicat national des farbiquants de sucre de France, Rec p 173). Elle concerne en réalité une diversité d'hypothèses, par exemple l'instruction des demandes de permis construire qui tient compte des modifications du droit de l'urbanisme applicables intervenues postérieurement au dépôt de la demande de permis (CE sect 13 février 1973, comm de Bordères-sur l'Echey, Rec p 178); par exemple aussi la modification de règles relatives au montant des cotisations de sécurité sociale (CE 17 mai 1963, Synd des industries métallurgiques du Loiret, Rec p 302); par exemple encore l'application aux élèves en cours de scolarité d'une nouvelle réglementation de leurs études (CE sect 19 décembre 1980, Revillod, Rec p 479; D. 1981, p 398, concl Genevois), ou l'application immédiate de la modification de la réglementation sur la



composition des groupes de travail chargés d'élaborer les plans d'urbanisme (CE sect 19 décembre 1980, Asso pour la protection de la nature de la région de DAmgan, Rec p 487).

Parmi ces divers exemples, la question de la modification de la réglementation des prix présente par rapport aux autres la particularité de poser fréquemment le problème de l'incidence de ces modifications sur des contrats en cours d'exécution.

Il faut alors remarquer avec P. Delvolvé (op cité p 364) que la question se pose alors en termes nouveaux en raison du caractère contractuel des situations considérées.

2° Situations contractuelles et application immédiate de la mesure administrative

D'après M.R. Chapus (Droit administratif général, op cité N° 1153), sauf disposition législative contraire, les rapports contractuels sont exceptés du principe de l'application immédiate des règlements aux situations en cours, car ils restent régis par les lois et règlements en vigueur.

Si elle est effectivement illustrée par de nouveaux arrêts, cette opinion n'est pourtant pas pleinement confirmée par la jurisprudence.

Lorsque des situations économiques changent, la réglementation juridique est modifiée pour s'adapter à ces changements. Faut-il alors continuer à régir les contrats par les règles en vigueur au moment de leur conclusion ou bien appliquer les mesures nouvelles.

En principe il semble logique de considérer que la situation subjective dans laquelle le contrat a été placé par les parties n'est pas différente de la situation subjective qui résulte de mesures individuelles et que de ce fait la solution applicable doit être la même, à savoir que les contrats doivent eux aussi donner un droit acquis au maintien des dispositions sous l'empire desquelles ils ont été conclus.

C'est effectivement en ce sens que se prononce en général la doctrine, que jugent les juridictions civiles et que se prononce le plus souvent le juge administratif.

S'agissant de la jurisprudence du Conseil d'Etat, on relève par exemple que la réglementation d'une campagne de production ne peut revenir sur des contrats conclus entre producteurs et fabricants (CE 1^{er} mars 1967, SA des Etablissements Petit Jean, Rec p 97), ou que les baux en vigueur ne peuvent se voir appliquer la modification de la superficie pour laquelle il peut être érogée la réglementation des baux ruraux (CE 29 janvier 1971, Emery et autres, Rec p 80, AJDA 1971, p 409, concl Vught).

D'autres arrêts rejettent certes le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité, mais c'est parce qu'en réalité ce principe ne se trouvait pas violé dans des affaires où il ne s'agissait pas d'application immédiate de mesures nouvelles à des contrats en cours, mais de l'application de ces mesures aux contrats susceptibles d'être conclus ultérieurement (CE 1^{er} janvier 1963, Distillerie de Manac-Laval, Rec p 62; 20 mai 1966, Hautbois, Rec p 346).

La jurisprudence dominante est donc dans le sens de la non application des mesures nouvelles aux contrats en cours, et donc dans le sens du strict respect du principe de non-rétroactivité aux situations contractuelles. Elle connaît cependant quelques exceptions que l'étude précitée de P. Delvolvé à laquelle il convient encore de se référer met clairement en évidence.

Dans quelques cas le Conseil d'Etat a tenu compte de l'urgence qu'il y avait à faire des conjonctures particulières pour considérer que des dispositions nouvelles étaient immédiatement applicables des contrats administratifs en cours et, par la même, il a admis la nécessité d'une rétroactivité largement entendue.

Les exemples de cette attitude de la jurisprudence sont notamment relatifs à la réglementation des prix. En la matière, lorsque le contrat concerné est un contrat de droit privé, le Conseil d'Etat renvoie au juge civil, juge du contrat, le soin de savoir si la nouvelle réglementation des prix lui est applicable, mais s'agissant des contrats administratifs il a à plusieurs reprises jugé que les mesures de réglementation nouvelles étaient immédiatement applicables aux contrats en cours et faisaient par exemple obstacle à l'application des clauses de variation qu'ils contenaient (En ce sens, v CE 22 février 1963, ville d'Avignon, Rec p



115; 30 avril 1965, commune de Dourdan, Rec tables p 981; 10 novembre 1967, St Union française d'entreprises, Rec tables p 716).

Ces diverses décisions sont certes intervenues dans un contexte de réglementation des prix aujourd'hui dépassé, mais elles n'en sont pas moins significatives de la tendance du juge administratif à admettre le jeu d'une certaine forme de rétroactivité propos de situations contractuelles.

C'est de façon comparable qu'il a également propos de diverses autres réglementations, en estimant par exemple à propos de mesures de dévaluation que la nature même de l'opération de dévaluation impose son application immédiate aux contrats en cours qui se trouvent concernés, de sorte que c'est le taux de change en vigueur à la date d'échéance qui s'applique aux versements prévus par le contrat, même si ce taux a été modifié depuis la conclusion de celui-ci (CE 28 novembre 1958, dame veuve Langlois, Rec p 590; 2 février 1968, St Mobil Oil, Rec tables p 866; 7 octobre 1970, P. Lavigne, Rec tables p 1097).

Avec ces divers exemples, c'est de façon explicite que le Conseil d'Etat admet la rétroactivité au sens large que constitue l'application immédiate de réglementations nouvelles à des contrats en cours d'exécution, mais d'en d'autres cas, tout en prétendant contester la rétroactivité il adopte une solution qui, de façon détournée mais certaine, revient à l'admettre.

On le voit clairement avec une réglementation des contrats de couverture de change à terme par une circulaire réglementaire du ministre des Finances qui avait non seulement interdit les nouvelles opérations, mais ordonné, pour celles qui étaient en cours d'exécution, de conclure des opérations de change inverses qui annulaient en fait les précédentes.

On se trouvait donc bien là en présence de l'application immédiate d'une mesure nouvelle à des contrats en cours d'exécution. Le Conseil d'Etat s'est pourtant refusé à l'admettre en prétendant que l'ordre "de conclure une opération de change inverse...n'avait pas pour effet de porter atteinte à des contrats en cours", de sorte que la circulaire attaquée ne produisait aucun effet dans le passé et n'avait donc pas d'effet rétroactif.

En réalité, et comme cela a été justement souligné (v P. Delvolvé, op cité p 367), "Ces motifs jouent sur les mots; sans la circulaire se borne-t-elle à ordonner certains actes nouveaux, mais elle tendait directement annuler les effets des contrats antérieurement conclus: en fait il s'agissait bien de leur appliquer la nouvelle réglementation", et donc, en dernière analyse, d'admettre une certaine forme de rétroactivité.

En définitive, on constate, avec des cas d'application de mesures administratives nouvelles à une période passée et avec d'autres cas d'application immédiate de mesures administratives également nouvelles à des situations déjà constituées, une double altération du principe de non-rétroactivité des actes administratifs. On peut le regretter en voyant là un affaiblissement de la sécurité juridique que ce principe général du droit a pour objet de garantir aux particuliers. Toutefois la portée de cet inconvénient doit être relativisée dans la mesure où les quelques exemples aux quels nous venons de nous référer restent limités et ne constituent que des exceptions qui ne remettent pas en cause la fermeté du principe exprimé par l'arrêt journal L'Aurore et régulièrement confirmé par le Conseil d'Etat, aussi bien pour les situations contractuelles (c p ex CE 4 février 1991, ville de Caen, AJDA 1991, p 371, obs Ph. Ternegre) que non contractuelles, et s'agissant des actes dont la rétroactivité n'est pas admise, aussi bien pour les règlements (v p ex CE 270 janvier 1989, ville de Millau, DA 1989, N° 87) que pour les actes individuels (v p ex CE 27 septembre 1991, SARL Sté Diffusion Rhone-Alpes).

LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS
ACTOS ADMINISTRATIVOS

LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

PIERRE SUBRA DE BIEUSSES
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Paris (Francia)

El acto administrativo unilateral es jurídicamente perfecto desde su firma. Sostener lo contrario sería ilógico ya que la existencia del acto dependería de un factor cualquiera extraño a la voluntad de su autor por ejemplo, del conocimiento que se tendría de su destinatario y no respondería estrictamente a la definición del acto unilateral. Pero mientras que la decisión administrativa no haya sido del conocimiento de su destinatario, y no le será oponible, es decir que no le es aplicable o más aún que sus efectos son, desde su punto de vista, diferidos (sobre estos dos puntos, v, J, Morau, de Derecho Administrativo, PUF 1.990, pág 229 y siguientes).

Si el vínculo establecido entre la existencia del acto y la fecha de su firma corresponde a una exigencia de estricta lógica, hay que, por el contrario interrogarse sobre la correlación retenida entre el punto de partida de la oponibilidad del acto y la fecha de culminación de las formalidades de la publicidad. ¿Por qué en la decisión individual se actúa desde el día de la notificación? ¿Por qué el acto reglamentario ve surgir su fuerza obligatoria en la fecha de su publicación?.

La jurisprudencia y la doctrina proponen como fundamento el principio de no retroactividad de los actos administrativos, explicación que corresponde a un principio general del Derecho (v. CE 25 de junio de 1.948, Soc. del Diario La Aurora, GA N° 72). Esta solución ha sido confirmada por el Consejo Constitucional, para quien la edición de una disposición retroactiva "escapa del poder reglamentario" (CC, 24 de

octubre de 1.969, AJDA 1.969, p 693). En efecto, mientras que una decisión administrativa no es objeto de una medida de publicidad ella es o puede ser ignorada por sus destinatarios. Entonces si esta decisión era capaz de crear obligaciones a sus administrados, estos estarían sometidos a sujeciones que podrían ignorar, siendo imposible poner en duda su regularidad. La jurisprudencia es por lo tanto constante sobre el hecho de que toda decisión que prevé una fecha de aplicación anterior a la notificación o a la publicación es ilegal en la medida en que es retroactiva.

La justificación de que esta regla es igual que la del artículo 2 del Código Civil en cuyos términos: "La ley dispone solo para el futuro, y no tiene efecto retroactivo". Cuando se aplica una regla jurídica a una época en que, por hipótesis, no podía ser conocida se iría al encuentro de la función fundamental del Derecho que es garantizar la seguridad jurídica. A esto se agrega la idea de que los autores de una decisión retroactiva usurpan la competencia de sus predecesores y violen así el principio de la competencia *ratione temporis* (Tessier, concl CE 17 de mayo de 1.907, Le Bigot, Rec pág 460).

Si la jurisprudencia razonaba en términos de la no retroactividad desde el siglo XIX, el "principio en virtud del cual los reglamentos disponen solo para el futuro" fue invocado expresamente, por primera vez, en una sentencia del 28 de febrero de 1.947, en la ciudad de Lisieux (Rec, pág 83) relativo a las tarifas retroactivas y extendida a todas las decisiones administrativas reglamentarias o individuales. La sentencia La Aurora (*supra*) lo confirma en una hipótesis en donde una sentencia de mejoramiento del precio de la venta de la electricidad tenían por efecto ajustar la tarifa mejorada de consumiciones anteriores a su publicación. La solución obtenida por estas sentencias fue extendida a las cláusulas anexadas en los cuadernos de carga tipo de concesiones destinadas a figurar en los contratos de concesiones (CE Asociación 5 de mayo de 1.961, ciudad de Lyon, Rec 294; CJEG 1.961 Pág. 175 conclusión Braibant). Así que la Administración no puede, aun por vía contractual escapar del principio de no retroactividad.

La jurisprudencia sobre la retroactividad es abundante. El Consejo de Estado censuro notablemente a las diversas reiteraciones de la retroactividad de los textos fiscales (v p ejemplo CE Asociación 14 de



mayo de 1.965, Secretario de Estado de las Finanzas c/ Jacquier), o de los reglamentos relativos al Estatuto y a la remuneración de los funcionarios (v p ejemplo CE Asociación 11 de julio 1.984, Unión de Agrupaciones de los superiores cargos de la función Pública, AJDA 1.984, pág 627 conclusión Labetoulle).

Esta jurisprudencia precisa en que consiste y de que resulta la retroactividad.

Ella comprende no solamente la aplicación de una nueva medida (p ejemplo una nominación o una radiación, v CE sect 25 marzo de 1.983, Consejo de la Región Parisina de Expertos contables, Rec pág 137, conclusión Franc), sino también el cuestionamiento de las situaciones que se fijaron en el pasado (por ejemplo la aplicación de un nuevo impuesto a los ejercicios cerrados, v CE Asociación 16 marzo 1.956, Garrigou, Rec pág 121, AJDA 1.956, pág 220, Crónica Fournier y Braibant).

Con referencia a estos criterios, no es contradictorio que el juez concluya que hay ausencia de retroactividad en ciertas hipótesis particulares. En efecto, los vínculos que los actos administrativos puedan tener con situaciones pasadas no son suficientes para ser contaminados por la retroactividad.

Las autoridades administrativas pueden basarse sobre circunstancias pasadas para determinar las soluciones que se aplicaran en el futuro.

Por ejemplo, ellas pueden, sin infringir el principio de no retroactividad fijar nuevas reglas tomando en cuenta resultados anteriores (CE Asociación 9 de noviembre 1.988, Fourcade, Rec pág 399).

Ellas pueden aplicar también las nuevas disposiciones a situaciones que, teniendo su origen en el pasado no han sido definitivamente adquiridas. Las medidas fiscales pueden también aplicarse a los ejercicios no cerrados, cubriendo eventualmente las rentas o los beneficios realizados antes de su intervención. (CE 8 de enero 1.959, Unión de la propiedad hilbanera de Francia, Rec pág 13).

Un reglamentación de la producción de productos agrícolas que se aplica a las operaciones de comercialización efectuadas posteriormente a su entrada en vigor no esta contaminada de retroactividad aún cuando lleva sus productos cosechados con anterioridad (CE 27 de mayo 1987, Sindicato de productores y clasificadores de injertos de asperjas, Rec pág 342).

Las autoridades administrativas pueden, en el ejercicio sus poderes para garantizar la seguridad de las personas, prescribir la aplicación de las nuevas disposiciones a los inmuebles ya construidos. (CE Sect 26 de octubre 1984, S.C.I de Caminos vert, Rec pág 342)

Poniendo al lado los casos particulares, ésta es la manera en que rigurosamente la jurisprudencia vela con respecto al principio de no retroactividad de los actos administrativos. En numerosos casos, ella se niega a tomar en cuenta las consideraciones prácticas que sin embargo habrían podido incitarla a una cierta flexibilidad: así como por ejemplo, por un incremento de salario para acabar con un conflicto social (CE 8 de julio 1949, Delacourneuve, Rec pág 340), o por un aumento de tarifas eléctricas entre dos listados de contadores(CE 25 de junio 1948, Soc. del diario La Aurora, supra).

El Consejo de Estado se muestra severo cuando las justificaciones provenientes de la urgencia o del interés general no son suficientemente evidentes, notablemente anulando las medidas retroactivas de aumentación de precios y tarifas (v ej: CE 14 de mayo 1965, Asoc. Departamental de Rhône para la salvaguarda de la infancia, Rec pág. 379); de fijación de salarios (CE 17 de julio 1950, Soc. civil de la Escuela Gerson, Rec pág 447), o de reglamentación de las producciones (v ej: CE 1ro de marzo 1967, S.A de los establecimientos Pequeño Juan, Rec, pág 97).

En la mayoría de los casos, a pesar del rigor el principio de no retroactividad conoce numerosos reajustes y excepciones.

La importancia y la naturaleza de los reajustes y las excepciones no son los mismas cuando se trata de una o de la otra hipótesis de retroactividad que acabamos de mencionar. En otras palabras, cuando nos encontramos en presencia de una retroactividad *stricto sensu*, con



una aplicación de una medida en un momento del pasado (I), o de una retroactividad *lato sensu*, en caso de aplicación inmediata de una medida en una situación ya constituida (II).

I. LA RETROACTIVIDAD STRICTO SENSU

La retroactividad propiamente dicha es admitida por el Consejo de estado no solamente en virtud de una ley, sino también en ciertos casos sin base legal.

A. La retroactividad en virtud de la ley

Si el principio de no retroactividad constituye un principio general del derecho (v. CE Sociedad del Diario 'La Aurora', *supra*), sólo tiene valor constitucional en materia penal y represiva (C.C. No. 82-155 DC, 30 de diciembre de 1982, Rec. 88), en virtud del artículo 8 de la Declaración de 1789 en los términos de aquel principio "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito". El Consejo constitucional sostiene una amplia interpretación de este texto al no juzgar que el principio de no retroactividad "no concierne únicamente las penas aplicadas por jurisdicciones penales, sino que necesariamente se extiende a toda sanción que tenga el carácter de punitiva, aún cuando el legislador haya creído conveniente encomendar su imposición por una autoridad de naturaleza no judicial" (C.C. No. 87-237 DC, 30 de diciembre de 1987; Rec. 63; RFDA 1988, p. 350, caso Genovés).

Si separamos el dominio penal y represivo, la disposición retroactiva que "escapa el poder reglamentario" (C.C. No. 69-57 L, 24 de octubre 1969, Rec 32) podría entonces ser dictada por una ley (v. p. ej. C.C. No. 89-268 DC, 29 de diciembre de 1989, RFDA 1990, p. 143, artículo Genovés).

Cuando una ley así lo prevea, ya sea expresamente (CE Asoc. 7 de febrero de 1958, Groslières, Rec. P. 77), o de manera implícita (CE sect 12 de enero de 1951, Asociación profesional de bancos, RDP 1951, p. 895, caso M. Waline) el Consejo de Estado admite que un acto administrativo puede y en algunos casos debe ser retroactivo (v. p. ej.

CE 23 de julio de 1976, Sec. Algeco, AJDA 1977, p. 380; 3 de octubre de 1986, Cettier, Rec, t., p. 383).

Así por ejemplo, la ley del 28 de noviembre de 1990, completando algunas disposiciones del estatuto general de la función pública territorial (ley del 26 de enero de 1984) pudo válidamente permitir (para facilitar la gestión de los poderes) que las decisiones de ascenso de los funcionarios territoriales (actos administrativos individuales) puedan prever una fecha de entrada en vigor anterior a la de su transmisión.

Resaltando igualmente la hipótesis de la retroactividad en virtud de la ley existen casos de ciertos reglamentos en los cuales la fecha de entrada en vigor es fijada por la ley (CE 6 de febrero de 1953, Mourgeon, Rec. P. 51; CE Asoc. 18 de octubre de 1974, Viuda Rodet y otros, Rec. 495).

Cuando la retroactividad es impuesta por la ley, el Consejo de Estado realza esa forma de oficio (CE 6 mayo 1983, Coz, Rec. P. 175).

Si la voluntad del legislador lo conduce sobre el principio general del derecho en el que el valor es supra legal (‘Sobre el nivel de los principios generales del derecho dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho’, ver R. Chapus, Derecho Administrativo General, Tomo I, sexta edición No. 106 y siguientes) y se impone aún así al juez administrativo, en ciertos casos aquel a terminado por sobrepasarse a la autorización administrativa admitiendo excepciones al principio de no retroactividad por la simple toma en consideración de las necesidades propias de la actividad administrativa y de las particularidades que ella presenta. La retroactividad es así admitida sin base legal.

B. La retroactividad fuera de los casos previstos por la ley

Fuera de los casos previstos por la ley, un acto administrativo puede producir un efecto retroactivo al menos en tres tipos de casos:

1° La regularización de medidas anteriores

Puede haber retroactividad en materia de regularización de medidas anteriores, ya sea para obtener las consecuencias de una anulación por exceso de poder (CE 26 de diciembre de 1925, Rodière,



GA novena edición, No. 46; 27 de marzo de 1949, Véron-Réville, GA No. 43), o para proceder al retiro de una decisión ilegal (CE 3 de noviembre 1922, Dame Cachet. GA No. 42).

Esta última hipótesis es importante en sí misma, pero sería superfluo abordarla aquí, dado que el marco de nuestro congreso habrá otra ponencia dedicada especialmente al estudio de la ‘Revocación de los actos administrativos’.

Nosotros nos limitaremos por tanto a recordar que según la jurisprudencia del Consejo de Estado conviene distinguir entre actos administrativos no creadores de derechos y aquellos que sí lo son.

En cuanto a los primeros, la Administración está obligada a retirarlos por ser irregulares. Si por el contrario el acto es legal, la cuestión será saber si es posible por un mero motivo de oportunidad. En este respecto, la doctrina se encuentra dividida en relación a los actos reglamentarios. M.M. Rivero, Vedel y Waline están de acuerdo con la posibilidad de retirarlos invocando en tal sentido el principio de adaptación. Por el contrario, M. Benoit y Laubadère no están de acuerdo. Retirar actos reglamentarios por motivos de oportunidad ha sido admitido por la jurisprudencia en algunos casos (CE Asoc., 12 de diciembre de 1953, Unión nacional de asociaciones familiares, Rec. p. 545; 29 de abril 1964, Adige-Trivial, Rec. p. 262). En materia de actos individuales hay un punto sobre el cual no hay desacuerdo alguno: es el de las sanciones disciplinarias tomadas en contra de funcionarios y que pudiesen ser objeto de retiro (CE 28 de febrero de 1908, Franco, Rec. p. 187; 12 de marzo de 1909, Sauquet, Rec. p. 270, y jurisprudencia constante desde entonces).

Si se trata de actos creadores de derechos, salvo ciertas flexibilidades y excepciones en detalle las cuales no nos es posible abordar, la regla principio es que el acto creador de derechos se vuelve irrevocable desde el momento en que es definitivo. En consecuencia, tenemos:

- Que para el acto legal ante el cual sólo pueden hacerse valer, hipotéticamente, razones de oportunidad, el retiro está prohibido desde el momento en que el acto es definitivo, en virtud de la intangibilidad de los derechos adquiridos.

- Que para el acto irregular, el punto de partida de su irrevocabilidad está diferido hasta el vencimiento de la oportunidad par interponer un recurso contencioso, o si el recurso ya ha sido interpuesto hasta la decisión del mismo, si el retiro no es posible sino por motivos de ilegalidad. Elaborada por la decisión Dame Cachet (ya citada) en relación a decisiones expresas, esta jurisprudencia es igualmente aplicada por el Consejo de Estado en materia de autorizaciones tácitas cuando estas tienen por objeto medidas de publicidad (CE Asoc. 1ª de junio de 1973, Min. Equip. Y Log. C/ Esposos Roulin, Rec. p. 390, AJDA 1973, p. 478, Franc y Boyon).

Sea cual fuere, en todos aquellos casos en los cuales el retiro de un acto administrativo es emitido, el retiro es retroactivo por definición, ya que la autoridad administrativa que retira su acto pretende abolir sus efectos, no solamente hacia el futuro, sino también hacia el pasado.

2º La retroactividad de los actos que condicionan la aplicación de medidas anteriores

Se trata de actos que se agregan a medidas anteriores condicionando su aplicación.

Antes que la ley de descentralización del 2 de marzo de 1982 suprimiera el control *a priori* de las colectividades locales, éste era el caso de medidas de aprobación tomadas por autoridades tutelares en atención a colectividades descentralizadas: ellas hacían retroactiva la entrada en vigor de la decisión aprobada (CE 17 de enero de 1951, comunidad de Joinville-le-Pont, Rec. p. 24; CE sect. 17 de junio de 1961, Contessato, Rec. p. 406; sect. 19 de marzo de 1965, Jean-Louis, Sévère y Caraman, Rec. p. 451).

Es decir, que cuando un primer acto preveía por sí mismo que sus medidas de aplicación serían retroactivas al día de su entrada en vigor, tales medidas podían así ser retroactivas sin ilegalidad alguna (CE sect 30 de septiembre de 1955, Sociedad Roger Grima, Rec. p. 451). Así por ejemplo, un decreto podía prever la titularización de funcionarios, luego de un período de pasantía, a la fecha de su nominación, en consideración a la naturaleza jurídica del estado y de la titularización (CE Asociación,



8 de noviembre de 1974, Asociación de estudiantes de la Escuela Nacional de Administración, Rec. p. 451).

Puede igualmente ser retroactivo un decreto necesario para determinar los derechos de remuneración de profesores nombrados con anterioridad (CE del 7 de febrero de 1979, Asociación de profesores agregados de disciplinas artísticas, Rec. p. 41; RDP 1980, p. 423, nota de M. Waline).

En todos éstos casos, la seguridad jurídica no se ve afectada por la retroactividad, puesto que desde el principio los interesados han sido informados.

3º La retroactividad fundada sobre la unidad de algunos períodos de tiempo

Como lo señala P. Delvolvé (en ‘El principio de no retroactividad en la jurisprudencia económica del Consejo de Estado’, *Mélanges offerts* a M. Waline, p. 355 y siguientes), en materia económica, ‘hay etapas de producción que, por tener una cierta duración, no están menos sujetas a las mismas características, correspondiendo a las mismas ya dadas, que tiene el mismo objeto, producen los mismos resultados: el paso de los días no provoca diferencia alguna. En vista de la actividad llevada a cabo, hay una cierta permanencia’.

Tal es el caso en particular con los campos de producción a propósito de los cuales el Comisario de Gobierno Baudoin (conclusiones según CE 21 de octubre de 1966, Sociedad Graciet, AJDA 1967, p. 278) constata que ellos ‘se componen de operaciones técnicas o económicas ligadas entre sí’ y se encuentran ‘revestidas... de ese carácter de indivisibilidad y periodicidad que ordena la naturaleza de las cosas’.

En estas condiciones, después de ser rechazado anteriormente (v CE 9 de octubre de 1959, Grandes Molinos Maurel), la jurisprudencia ha admitido que una medida adoptada en curso de campaña puede retroactuar al comienzo de esta.

Es con la sentencia de la Sociedad Graciet del 21 de octubre de 1966 (cuya solución fue confirmada por la sentencia del 8 de junio de

1979, Confederación general de los productores de remolacha, Rec pág 269; D.1979, I.R. 382, obs P. Delvolvé) que el Consejo de Estado admitió claramente la aplicación de una medida adoptada en curso de campaña a partir de la misma.

El asunto que dio lugar a esta decisión era relativo a la reglamentación del campo de la pesca de atún 1962-1963. Después de haber adoptado el 1º de febrero de 1963 una primera medida aplicable, las autoridades competentes habían adoptado una segunda medida el 17 de julio de 1963. Esta segunda anulaba la decisión precedente y era de la misma manera aplicable a partir de 1º de diciembre de 1962.

En sus conclusiones el comisario de gobierno (v conclusiones Baudoin, *supra*) había propuesto admitir la regularidad del régimen de esta reglamentación a razón de la unidad necesaria del régimen del campo de producción, pero rechazar la demora de la primera decisión de la primera por la segunda. El Consejo de Estado no lo siguió enteramente, admitiendo los dos aspectos de la retroactividad, el primero porque " el campo de pesca no estaba todavía terminado", el segundo porque comprobaba que la decisión del 1º de febrero de 1963, de hecho inaplicable, no había en esta misma fecha recibido un comienzo de la aplicación ni había podido conceder los derechos adquiridos de las empresas interesadas.

Desde el ángulo de la retroactividad esa motivación de la sentencia llama la atención a dos puntos de vista:

1. Por una parte el retiro de la primera decisión por la segunda sólo es posible en la medida en que siendo inaplicable no haya podido hacer nacer derechos adquiridos.
2. Por otra parte, independientemente de la cuestión del retiro, una reglamentación posterior al comienzo de la campaña de producción no puede ser retroactiva hasta el comienzo de aquélla hasta tanto no haya finalizado. Una medida tomada luego de la conducción no puede ser aplicada sino hacia el futuro.

Dentro de esta última hipótesis la única duda que levantarían esas nuevas medidas sería la de saber si ellas podrían tener efectos sobre



situaciones constituidas bajo la vigencia de la reglamentación anterior, pero en ese caso, como lo precisa P. Delvolvé (citado *supra*, p. 360), ‘ya no se trata de una cuestión de retroactividad en sentido estricto, pero de aplicación inmediata de una decisión’, es decir de retroactividad considerada en un sentido más amplio.

II. LA RETROACTIVIDAD *LATO SENSU*

La efectividad de una decisión administrativa está a veces ligada a su aplicación inmediata; la urgencia puede demandar su entrada en vigor de manera instantánea. En ese caso aparece un nuevo aspecto de la retroactividad que es igualmente tomada en cuenta por la jurisprudencia.

La doctrina (ver notablemente J.M. Auby, ‘La incompetencia *ratione temporis*’, RDP 1953, p. 23 y siguientes; Delvolvé, citado *supra*, p. 361; O. Dupeyroux, ‘La regla de no retroactividad de los actos administrativos’, LGDJ 1954, p. 110 y siguientes) tiene dudas sobre el fundamento teórico de su actitud (en referencia a la noción de derechos adquiridos; a la distinción de situaciones legales u objetivas y situaciones individuales o subjetivas; a la distinción de la fase dinámica y de la fase estática de situaciones jurídicas y aún a la noción de orden público), pero en realidad parece que fuese desde las sistematizaciones doctrinales que el juez se guía por una preocupación de realismo y eficacia, de manera que al examinar sus decisiones en conjunto no es posible extraer una línea directriz.

Preguntándose si no podría ser buscada ‘dentro de la distinción de situaciones contractuales y no contractuales’, P. Delvolvé (citado *supra*, p. 361) asevera que ‘allí no se encuentra la separación de las hipótesis de aplicación inmediata y retardadas’, pues si el tema se plantea en términos diferentes, ‘en cada uno de los dos tipos de situación se admiten ambas soluciones’.

1º Situaciones no contractuales y aplicación inmediata de la medida administrativa

En algunos casos la situación no contractual sobresale de un régimen general e impersonal que no debe prolongarse a ningún acto en particular.

En otros casos, se caracteriza por el hecho que una medida individual, por ejemplo una autorización, pone de manifiesto el régimen general e impersonal.

En esta segunda hipótesis, existen casos en los que la medida individual se aplica a una operación que se prolonga en el tiempo, en una actividad continua.

En este contexto, los efectos del acto individual continúan produciéndose igualmente si sobreviene otra reglamentación que no le concierne puesto que en relación a ella no tiene aplicación inmediata. Sin embargo, en algunos casos la nueva reglamentación pone fin a los efectos del acto individual en cuestión, puesto que la jurisprudencia considera que esta nueva reglamentación debe ser de aplicación inmediata. Es entonces cuando se produce una retroactividad en el sentido amplio que ya se indicó anteriormente. Encontramos un ejemplo significativo de este tipo de situación en un trabajo que cita y desarrolla el estudio ya citado de P. Delvolvé (p. 362 y siguientes) y que dio lugar a una sentencia del Consejo de Estado el 3 de marzo de 1967 (CE 30 de marzo de 1967, Ministro de la construcción c/ Sociedad Behr Monnig y la Sociedad de abrasivos Norton; AJDA 1967, p. 348, nota de Liet-Veaux y p. 528, concl. Fournier).

Los hechos de esta naturaleza eran los siguientes: En el marco de la política de descentralización industrial, el Ministro de la reconstrucción y de urbanismo había dado en 1951 su ‘acuerdo de principio’, cuando para la época tal autorización no era necesaria, para la instalación de una fábrica en dos municipios de la región parisina. Seguidamente entraban en vigor las nuevas disposiciones reglamentarias que sometían a una autorización el establecimiento o la extensión de las instalaciones industriales. Basándose en el nuevo régimen instituido por decretos, el ministro consideraba que el acuerdo dado en 1951 había caducado, y pretendía sugerir la explotación de la fábrica cuando se tratara de nuevas condiciones.

El ministro razonaba entonces en términos de la aplicabilidad inmediata del nuevo dispositivo reglamentario, pero éste no había sido seguido por el Consejo de Estado. En efecto este último consideró:



- Que la decisión de 1951 había creado en provecho de la sociedad los derechos a instalar una fábrica en las condiciones en ella precisadas;
- que desde entonces, a partir de la entrada en vigor de nuevas disposiciones reglamentarias que sometían a una autorización el establecimiento o la extensión de instalaciones industriales, ‘debía reputarse que dicha sociedad había adquirido esa autorización’;
- que por consiguiente, ‘el ministro... no podía legalmente basarse en el nuevo régimen instituido por decretos para ver como caduca la autorización que había dado precedentemente, tanto para las nuevas condiciones como para aquellas para las cuales originalmente había dado su autorización’.

Juzgando al respecto, el Consejo de Estado descarta la aplicabilidad inmediata de disposiciones reglamentarias. Excluye entonces que aquellas hayan podido ser retroactivas, en el sentido amplio que damos ahora a la retroactividad de los actos administrativos. Sin embargo, al estudiarlos con mayor atención, esa decisión consagra en realidad la posibilidad de una retroactividad en sentido amplio, por el sesgo de la aplicación inmediata del acto administrativo a una situación ya constituida.

En efecto, la motivación de la decisión expresa dos reservas:

Por una parte, si consideramos que la sociedad ya ha recibido la autorización exigida por la nueva reglamentación de hecho dada en 1951, eso si es que ese primer acuerdo correspondía al mismo objeto, al mismo procedimiento, y a los mismas preocupaciones que el segundo (sobre todos estos puntos, v P. Delvolvé, citado *supra*); pero en el caso contrario, una nueva autorización conforme a las exigencias de la nueva reglamentación habría sido necesaria. Se admite por lo tanto que en esta hipótesis habría tenido lugar una aplicación inmediata de la nueva reglamentación.

Por otra parte, motivando su decisión por el hecho de que "ninguna disposición de los nuevos decretos no consideraban ilegal la aplicación ulterior de la autorización contenida en la decisión de 1951, el Consejo de Estado considera de manera implícita pero cierta que en caso de

contradicción entre el nuevo régimen y la decisión anterior, esta última debió ser juzgada caduca". Allí aún razonaba en términos de aplicación inmediata de la nueva reglamentación y de retroactividad lato *sensu* de esta última.

Este razonamiento se había seguido incluso desde antes de la decisión de 1967 y así continuó siendo. Ello se verifica por ejemplo con los procedimientos contenciosos de permisos de construcción.

En un caso en el que un permiso de construcción había sido obtenido en el marco de un régimen jurídico donde no existían disposiciones en materia de expiración del permiso, el Consejo de Estado estimó que una ordenanza que instituyera un régimen de expiración era de aplicación inmediata, de manera que sus disposiciones debían aplicarse desde el momento de su publicación a las viejas autorizaciones. En consecuencia, un viejo permiso devenía caduco desde el momento que su beneficiario permanecía más de un año (duración de la perención instituida por la nueva ordenanza) a partir de la entrada en vigor del nuevo texto, sin efectuar las obras de construcción. Por consiguiente, y según el mismo razonamiento, en virtud de que textos posteriores habían modificado el lapso de perención del permiso de construcción llevándolo a dos años, la Alta Asamblea juzgó que el nuevo lapso se aplicaba a los permisos válidos para ese momento (CE del 4 de junio de 1982 MECV c/Janique: AJDA 1982, p. 654, concl. Stern; AJPI 1983, p. 603, chron. Hostion).

Los casos hasta aquí examinados parten de la hipótesis en la que un régimen general e impersonal ha sido prolongado por un acto particular, pero en el que las decisiones tienen el sentido de una aplicación inmediata, y por lo tanto, dado el caso, de una cierta forma de retroactividad, se encuentran también en cuanto al caso en el que la situación del administrado surge de un estatuto general, excluyendo toda medida individual.

Al respecto hay que distinguir dos tipos de situaciones:

A veces la aplicación de disposiciones generales e impersonales se fijan en un momento dado. Así, la modificación ulterior de éstas disposiciones no puede reflejarse sobre un caso ya resuelto. Por ejemplo,



tal es el caso de las prescripciones relativas a la creación de ‘instalaciones clasificadas’ (es decir instalaciones peligrosas, incómodas e insalubres).

A veces por el contrario, las disposiciones generales e impersonales se aplican al ejercicio de una actividad de manera continua. Su modificación es entonces inmediatamente aplicable a esta actividad. Por ejemplo, la jurisprudencia considera que ‘el ejercicio regular de una actividad profesional no confiere ningún derecho al soporte de la legislación y de la reglamentación general concerniente a esta actividad y se encuentra sujeta, a la fecha de su publicación, a las nuevas reglas dictadas por la autoridad competente’ (CE del 13 de octubre de 1967, Asociación nacional para la defensa de la nacionalidad francesa, Rec. p. 366).

En período de reglamentación de precios, la misma situación se aplica a las modificaciones de esta reglamentación que también son de aplicación inmediata (CE 10 de marzo de 1961, Sindicato nacional de fabricantes de azúcar de Francia, Rec. p. 163). Ella encierra en realidad diversas hipótesis, por ejemplo la instrucción de solicitudes de permisos de construcción que toman en cuenta las modificaciones urbanísticas aplicables por haber sido incluidas con posterioridad a la introducción de la solicitud de permiso (CE sect. 13 de febrero de 1973, Comunidad de Bordères-sur-l’Echey, Rec. p. 178); también por ejemplo la modificación de reglas relativas al aumento de las cotizaciones de seguro social (CE del 17 de mayo de 1963, Sindicato de industrias metalúrgicas de Loiret, Rec. p. 302); y también como ejemplo la aplicación de una nueva reglamentación de estudios a los alumnos en curso escolar (CE sect. El 19 de diciembre de 1980, Asociación para la protección de la naturaleza de la región de Damgan, Rec. p. 487).

Entre estos diversos ejemplos, la cuestión de la modificación de la reglamentación de precios presenta en relación a los otros la particularidad de hacer surgir con frecuencia el problema de la incidencia de esas modificaciones sobre los contratos que se encuentren en curso de ejecución.

Debemos remarcar ahora con P. Delvolvé (citado *supra*, p. 364) que la cuestión se encuentra entonces en términos nuevos, en razón del carácter contractual de las situaciones consideradas.

2º Situaciones contractuales y aplicación inmediata de la medida administrativa

Según M.R. Chapus (Derecho Administrativo General, citado *supra*, No. 1153), salvo disposición legal en contrario, las relaciones contractuales están exceptuadas del principio de aplicación inmediata de los reglamentos a las situaciones en curso, porque éstas se rigen por las leyes y reglamentos en vigor.

Si efectivamente se ilustra por nuevas decisiones, esta opinión no ha sido totalmente respaldada por la jurisprudencia.

Cuando las situaciones económicas cambian, la reglamentación jurídica es modificada para adaptarse a esos nuevos cambios. Es necesario continuar regulando los contratos por las reglas en vigor al momento de su conclusión, o bien aplicar las nuevas medidas.

En principio, parece lógico considerar que la situación subjetiva en la que el contrato ha colocado a las partes no se diferencia de la situación subjetiva que resulta de las medidas individuales, lo que hace que la solución aplicable deba ser la misma, sabiendo que los contratos deben otorgar un derecho adquirido en base a las disposiciones bajo cuyo imperio han sido concluidos.

Efectivamente es en este sentido en el que en general se pronuncia la doctrina, que juzgan las jurisdicciones civiles por la cual se pronuncia con mayor frecuencia el juez administrativo.

Tratándose de la jurisprudencia del Consejo de Estado, observamos por ejemplo que la reglamentación de una campaña no puede revisar los contratos ya celebrados entre productores y fabricantes (CE del 1^a de marzo de 1967, SA de establecimientos Petit Jean, Rec. P. 97), o que a los baux en vigor no se les pueda aplicar la modificación de la superficie por la cual pudo haber derogado la reglamentación des baux rurales (CE del 29 de enero de 1971, Emery y otros, Rec. P. 80, AJADA 1971, p. 409, concl. Vught).

Otras sentencias rechazan con certeza el medio obtenido de la violación del principio de no retroactividad, pero ello se debe a que en



realidad ese principio no se encuentra violentado por los casos en los que no se trataba de la aplicación inmediata de las nuevas medidas a contratos en curso, sino de la aplicación de esas medidas a los contratos susceptibles de ser concluidos posteriormente (CE 1ro. De enero de 1963, Destilería de Manac-Laval, Rec. P. 62; 20 de mayo de 1966, Hautbois, Rec. P. 346).

La jurisprudencia dominante se pronuncia a favor de la no aplicación de nuevas medidas a los contratos en curso, así como el sentido estricto respeto del principio de no retroactividad a situaciones contractuales. Conoce, sin embargo, algunas excepciones que el estudio de P. Delvolvé ya citado pone claramente en evidencia.

En algunos casos el Consejo de Estado ha tenido en cuenta que había que enfrentar la urgencia de conjeturas particulares por considerar que las nuevas disposiciones eran inmediatamente aplicables a contratos administrativos en curso y, por igual, admitió la necesidad de una retroactividad ampliamente entendida.

Ejemplos de esta posición de la jurisprudencia son notablemente relativos a la reglamentación de los precios. En la materia, cuando el contrato involucrado es un contrato de derecho privado, el Consejo de Estado le remite al Juez civil, juez del contrato, el distinguir si la nueva reglamentación de precios le es aplicable; pero tratándose de contratos administrativos se encuentran numerosas reiteraciones que juzgaban que las nuevas medidas de reglamentación eran inmediatamente aplicables a los contratos en curso, y por ejemplo obstaculizando la aplicación de cláusulas de modificación que ellos contenían (en este sentido, ver CE 22 de febrero de 1963, ciudad de Avignon, Rec. P. 115; 30 de abril de 1965, comuna de Dourdan, Rec. P. 981; 10 de noviembre de 1967, Sociedad Unión Francesa de industrias, Rec. P. 716).

Estas diversas sentencias ciertamente versan dentro de un contexto de reglamentación de precios hoy en día obsoletos, mas no por ello son menos significativas de la tendencia del juez administrativo a admitir la hipótesis de una cierta forma de retroactividad en cuanto a las relaciones contractuales.

Es de una manera parecida que igualmente ha razonado en cuanto a diversas otras reglamentaciones, estimando por ejemplo en relación a las medidas de devaluación que la naturaleza misma de la operación de devaluación impone su aplicación inmediata a los contratos en curso que estén relacionados, de suerte que es la tasa de cambio en vigor a la fecha de la devaluación la que se aplica a los pagos previstos en el contrato, aún cuando ese pago haya sido modificado tras la conclusión del contrato (CE 28 de noviembre de 1958, viuda Langlois, Rec. P. 590; 2 de febrero de 1968, Sociedad Mobil Oil, Rec. P. 866; 7 de octubre de 1970, P. Lavigne, Rec. P. 1097).

Con estos diversos ejemplos, es de una manera explícita que el Consejo de Estado admite la retroactividad en sentido amplio que constituye la aplicación inmediata de nuevas reglamentaciones a los contratos en curso de ejecución; pero en otros casos, pretendiendo rechazar la retroactividad adopta una solución que, de una manera tortuosa pero cierta, termina por admitirla.

Se ve claramente con el caso Sociedad de Establecimientos Sonauto (CE 11 de diciembre de 1970, AJDA 1971, p. 227) como se analiza con precisión el estudio de P. Delvolvé (citado supra, p. 366 y siguientes) y que aquí se tratará de evocar de la manera más sucinta posible.

Se trataba en este caso de la reglamentación de contratos de cobertura de cambio a término por una circular reglamentaria del ministro de finanzas que no solamente había prohibido nuevas operaciones, sino que había ordenado, para aquellas que estaban en curso de ejecución, concluir esas operaciones de cambio inversas que anulaban las precedentes.

Se encontraba aquél caso en presencia de la aplicación inmediata de una nueva medida a los contratos en curso de ejecución. El Consejo de Estado sin embargo se negó a admitirla en base a que la forma ‘de concluir una operación de cambio inverso... no tenía por efecto alcanzar a los contratos en curso’, de manera que la circular impugnada no producía ningún efecto en el pasado y por lo tanto carecía de efecto retroactivo.



En realidad, y como ya ha sido señalado (ver P. Delvolvé, citado supra, p. 367), ‘estos motivos juegan con las palabras; sin duda la circular trata de ordenar ciertos actos nuevos, pero ella tendía directamente a anular los efectos de los contratos ya concluidos: de hecho se trataba de aplicarle la nueva reglamentación’, y por tanto, en último análisis, admitir una cierta forma de retroactividad.

En definitiva, se constata con los casos de aplicación de nuevas medidas administrativas a un período pasado y con otros casos de aplicación inmediata de medidas administrativas igualmente nuevas a situaciones ya constituidas, una doble alteración del principio de no retroactividad de los actos administrativos. Se puede lamentar viendo así una debilidad de la seguridad jurídica, que este principio general del derecho tiene por objeto garantizar a los particulares. La mayoría de las veces este inconveniente debe ser relativizado en la medida en que algunos ejemplos a los cuales nos acabamos de referir sean limitados y constituyan excepciones que no cuestionan la firmeza del principio expresado en la sentencia Diario La Aurora y confirmado regularmente por el Consejo de Estado, así como por las situaciones contractuales (ver por ejemplo, CE 4 de febrero de 1991, ciudad de Caen, AJDA 1991, p. 371, obs. Ph. Ternegre) y no contractuales; y tratándose de actos cuya retroactividad no es admitida, tanto para los reglamentos (ver por ejemplo CE 27 de enero de 1991, ciudad de Millau, DA 1989, No. 87) como para las medidas individuales (ver por ejemplo CE 27 de septiembre 1991, SARL Sociedad Difusión Rhône-Alpes).

**LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL TIEMPO
IRRETROACTIVIDAD
Y SOMETIMIENTO
A CONDICIONES**

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL TIEMPO IRRETROACTIVIDAD Y SOMETIMIENTO A CONDICIONES¹

Luis Fraga Pittaluga

Profesor de Postgrado en la Universidad Católica del Táchira
Ex-Director de lo Contencioso Administrativo
en la Procuraduría General de la República

I INTRODUCCION

El tema de los actos administrativos en el tiempo plantea la interrogante fundamental de cuándo y hasta cuándo éstos, como actos jurídicos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, producen sus efectos, vale decir, desde qué momento y durante cuánto tiempo son eficaces.

Sin duda alguna la eficacia temporal de los actos jurídicos en general es uno de los más complejos e interesantes problemas de la teoría general del derecho y lo propio sucede en la teoría general del acto administrativo.

Cabría esperar, desde una visión un tanto simplista del asunto, que el acto administrativo se hiciera eficaz, que desplegara todas sus consecuencias, desde el mismo momento en que es dictado, es decir, a partir del momento que cobra existencia dentro del mundo jurídico y, asimismo, podría preverse, ordinariamente, que continuara produciendo tales efectos hasta que agotare el cometido o alcanzaré la finalidad para la que fue dictado. En este escenario no habría mayores reflexiones que realizar porque poca o casi ninguna dificultad existiría a la hora de precisar desde cuándo y hasta cuándo el acto administrativo es eficaz, o sea, dentro de qué ámbito temporal se crean, modifican o extinguen las relaciones jurídicas que del mismo dimanar.

¹ Comentarios a la ponencia presentada por el Profesor Pierre Subrá sobre el tema "Los actos administrativos en el tiempo: irretroactividad y sometimientos a condiciones", en el marco de las III Jornadas de Derecho Administrativo "Allan Brewer Carías", dedicadas al acto administrativo, celebradas en Caracas del 11 al 14 de noviembre de 1997.

Sin embargo, la cuestión no se reduce a tales niveles de sencillez pues ocurre, normalmente, que la existencia misma del acto está separada del momento en que éste se hace eficaz; que es posible demorar o diferir tal eficacia en el tiempo o que se prevean cláusulas que la limiten a un término específico o a la ocurrencia de determinado evento; que la misma sea suspendida temporalmente; que se retrotraiga al pasado; y, finalmente, que se extinga por eventos imprevistos asociados a la existencia de un vicio que provoca la desaparición del acto o su decaimiento.

En estas breves notas asumimos la difícil tarea de estudiar, muy brevemente, dos de los aspectos más importantes que plantea el problema de la eficacia temporal del acto administrativo, a saber, la retroactividad y el sometimiento a condiciones, dividiendo nuestro análisis en dos capítulos, el primero referido a la eficacia que hemos denominado normal u ordinaria del acto (cap. I), es decir, aquella que prevé el legislador como la que, en principio, ocurre o debe ocurrir en la generalidad de los casos y el segundo a la eficacia atípica (cap. II), es decir, la que constituye una excepción a las reglas comunes de eficacia temporal, bien porque la retarda o bien porque la retrotrae al pasado.

CAPITULO I

LA EFICACIA NORMAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El tema de la eficacia normal del acto administrativo atiende al aspecto de su entrada en vigor, es decir, el momento a partir del cual ese acto es ejecutivo y da nacimiento a la situación jurídica que él está destinado a producir. Expresan Villar Palasi y Villar Ezcurra, que la eficacia de los actos administrativos significa tanto como su posibilidad para modificar la realidad, creando, extinguiendo o consolidando situaciones jurídicas o derechos².

Con la frase "eficacia normal", queremos significar aquella que cabe esperar con respecto al acto administrativo en la generalidad de los casos, o sea, la que se produce de acuerdo con los principios fundamentales que informan la teoría general del acto administrativo; en

2 VILLAR PALASI, J.L. - VILLAR EZCURRA, J.L. Principios de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, t.II, p.123.

otras palabras, la que es ordinariamente previsible cada vez que la administración dicta un proveimiento administrativo.

1.1.- Validez y eficacia

La eficacia del acto administrativo suele confundirse, con frecuencia, con la validez del mismo; confusión ésta que sin ser abiertamente manifestada, puede intuirse de las conclusiones que en ocasiones se predicán con respecto a diversos efectos del proveimiento.

Normalmente, cuando las manifestaciones de voluntad de los entes que actúan en ejercicio de potestades administrativas, son proferidas con acatamiento de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico y contienen, al menos en apariencia, todos los elementos necesarios para configurarse como verdaderos actos administrativos, se dice que tales manifestaciones son válidas o por lo menos así se presume, mientras no se demuestre lo contrario. En este sentido se ha dicho que el acto administrativo es válido cuando concurren en él todos los elementos que lo integran y que tal validez se materializa una vez que el mismo es dictado por la autoridad competente³. Señala el profesor Brewer Carias que un acto administrativo puede ser válido, si cumple con todas las condiciones tanto de fondo como de forma que hagan que el mismo esté de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁴.

El problema de la validez, entonces, nada tiene que ver con el de los efectos del acto administrativo; se vincula, en cambio, con la adecuación del proveimiento al bloque de la legalidad, en tanto que, como se sabe, es manifestación de la actividad de los entes que actúan en ejercicio de potestades administrativas, siempre sometidos al principio de la legalidad y sus implicaciones. Decía el maestro Moles Caubet que la potestad administrativa, esto es, el complejo de poderes, derechos y deberes pertenecientes a la Administración -que a su vez, en la repartición de las distintas tareas entre diversos órganos o complejos orgánicos, dan lugar a la atribución y la competencia- viene determinada

3. PARADA, R. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1992, T.I, p.138.

4. BREWER CARIAS, A. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. EJV, Caracas, 1982, p.195.

siempre por la ley lo cual es una condición del principio de la legalidad⁵.

Sin embargo, la validez del acto administrativo no viene determinada por un examen sucedáneo, verificado con posterioridad a su emanación, en cuanto al apego del mismo al señalado bloque de la legalidad, sino que, como consecuencia del exorbitante principio de legitimidad que le acompaña, se ampara en una presunción *juris tantum*, desvirtuable por prueba en contrario y de allí que, al menos dentro de los moldes más conservadores del Derecho Administrativo, el acto administrativo, una vez dictado, es válido mientras no se determine lo contrario, bien por la propia Administración o bien por el juez contencioso administrativo.

Problema diverso, como hemos dicho, es el de la eficacia del acto administrativo, en tanto que, como bien afirma la mejor doctrina, éste puede ser válido mas no eficaz y viceversa. Según el profesor Garrido falla un acto administrativo se perfecciona una vez que está constituido por el conjunto de elementos que funcionan como requisitos de su validez, pero, por la simple circunstancia de reunir tales elementos, el acto administrativo no es jurídicamente eficaz⁶. La validez y la eficacia son atributos distintos e independientes que acompañan las manifestaciones de voluntad de la Administración, pero ninguno de los dos es condición determinante de la presencia del otro al punto que suele suceder que ambos estén presentes, o que ambos estén ausentes, o que sólo esté uno de ellos, o cualquiera de los dos.

Nuestra jurisprudencia recoge todos los argumentos esbozados anteriormente al señalar:

-
5. MOLES CAUBET, A. "El principio de la legalidad y sus implicaciones". Revista de la Facultad de Derecho. UCV, Caracas, 1971, Nro.50, pp.79 y ss. En contra De la Cuetara, para quien el poder público se distribuye directamente por el bloque constitucional, el cual acude en muchas ocasiones a criterios principales e institucionales que se imponen al mismo legislador, por lo que ni el Derecho escrito ni la voluntad de los Parlamentos gozan de la exclusividad de creación de potestades sino que ésta pueden nacer de una institución jurídica (potestad autoorganizadora), de una calificación (como la de servicio público) o del juego de los principios generales del Derecho. DE LA CUETARA, J.M. Las potestades administrativas. Tecnos, Madrid, 1986, pp.74-75.
6. GARRIDO FALLA, F. Tratado de derecho administrativo. Tecnos, Madrid, 1987, T.I, p.453.

"Todo acto administrativo para ser perfecto requiere validez y eficacia: válido es todo administrativo que ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, la eficacia sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica. Un acto administrativo se hace eficaz adquiriendo ejecutoriedad mediante su publicación o notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter general o de carácter particular, respectivamente.

Es decir, la notificación o publicación, según sea el caso, es una formalidad posterior a la emisión del acto. Sin el previo cumplimiento de la publicidad o notificación el acto administrativo podrá ser válido más no eficaz, pues en la medida en que no se haya efectuado se considerará que los administrados ignoran su existencia, ya que el fundamento de la publicidad y de la notificación consiste en llevar al conocimiento del interesado el acto administrativo"⁷.

1.2.- Comienzo de la eficacia⁸

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el español, en el nuestro no se señala un evento específico que marque el comienzo de la eficacia del acto administrativo. Sin embargo, coinciden la doctrina y la jurisprudencia al señalar que la eficacia está supeditada a la comunicación formal del proveimiento a su (s) destinatario (s)⁹.

En efecto, no basta que el acto adquiriera existencia jurídica con su emanación formal por parte del ente respectivo; la sola materialización de la voluntad administrativa en el acto que cumpla con todos los requisitos de forma a que se refiere el artículo 18 de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no basta para que éste irradie sus efectos hacia el particular destinatario del mismo y así las cargas,

7. Cf. S. CSJ/SPA, 20.07.93.

8. Para un breve panorama del asunto en nuestra legislación, consúltase: RODRIGUEZ GARCIA, N. "La eficacia de los actos administrativos". *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1989, Nro.38, pp.17 y ss.

9. Cf. S. CSJ/SPA, 10.10.89, 23.02.94, et passim.

obligaciones, gravámenes o sanciones que éste imponga o los derechos o beneficios que otorgue, se hagan exigibles.

Es preciso entonces el despliegue de un labor adicional por parte de la autoridad autora del acto, encaminada hacia la comunicación de su contenido al destinatario señalado en el mismo. Sólo cuando tal formalidad sea satisfecha en los términos previstos en la ley, el acto administrativo adquiere eficacia jurídica.

Nuestro Derecho Administrativo formal prevé dos formas distintas de comunicación de la voluntad administrativa, atendiendo a los efectos del acto de que se trate. En efecto, según la *summa divisio* que en nuestro ordenamiento ha sido receptada con respecto a la clasificación de los actos administrativos, en actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares, la información sobre el contenido de éste, se valdrá de un mecanismo distinto en cada caso. Si el acto es de efectos particulares, el mecanismo previsto en la Ley es la notificación, si el acto es de efectos generales, será la publicación¹⁰. De seguidas pasamos a referirnos a cada uno de ellos.

1.2.1.- Notificación

Dispone el artículo 73 de la LOPA que se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que procedan con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deben interponerse. Según el artículo 74, *eiusdem*, las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se consideran defectuosas.

La notificación de los actos administrativos puede ser analizada desde dos perspectivas; de una parte, como un derecho de los administrados que se conecta directamente con el derecho constitucional a la defensa (art.68 CN) en tanto les permite enterarse de las manifestaciones de

10. Aun antes de que la LOPA entrara en vigencia la jurisprudencia distinguía las distintas formas de comunicación del acto administrativo según que sus efectos fueren generales o particulares, Cf.S. CSJ/SPA, 31.07.80.

voluntad de la Administración que afectan sus derechos subjetivos o sus intereses particulares, legítimos y directos, para asumir frente a tales manifestaciones la conducta que consideren más idónea a la protección de los mismos.

Se habla así en la moderna doctrina del Derecho Administrativo formal de un derecho constitucional a la notificación¹¹. La ausencia de la notificación entonces puede ser causa eficiente de la indefensión del administrado frente a la conducta de la Administración, si es posible comprobar que los derechos o intereses de aquél han resultado lesionados por no habersele comunicado formalmente, no sólo el contenido del proveimiento, sino también los medios de defensa contra el acto, los plazos para ejercerlos y los órganos ante los cuales debe hacerlo.

Sobre este particular la jurisprudencia ha indicado lo que sigue :

"La notificación de los actos administrativos, prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es más que la materialización de la garantía del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna"¹².

De otra parte, la notificación puede ser analizada como una condición necesaria, mas no imprescindible, para que el acto administrativo sea eficaz. Desde esta segunda perspectiva esbozada nos interesa referirnos muy brevemente a la notificación del proveimiento administrativo y en este orden de ideas debemos afirmar desde ya que la eficacia de éste queda diferida en el tiempo hasta tanto no se produzca su notificación al interesado.

La regla no es, pues, como ya se ha dicho, la eficacia inmediata. Es preciso que además de la emanación del acto, la autoridad que lo profiere cumpla una labor adicional, de carácter instrumental y formal, mediante la cual procurará llevar al conocimiento del "interesado" el contenido y alcance del proveimiento de "carácter particular" que "afecte sus derechos".

11. DIEZ SANCHEZ, J.J. El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional. Civitas, Madrid, 1992, p.221.

12. Cf. S. CPCA, 04.05.94.

Como ya hemos afirmado, mientras esa operación instrumental de comunicación de la voluntad administrativa no se cumpla, el acto dictado no adquiere eficacia jurídica aun cuando exista y, por ende, sea válido.

Pero la notificación no es requerida en todos los casos, pues de ella puede prescindirse cuando se trate de actos administrativos de mero trámite, siempre y cuando éstos no afecten en forma alguna los derechos del interesado.

De otra parte, su exigencia existe única y exclusivamente, por mandato del propio legislador, con respecto a los "interesados", vale decir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la LOPA, las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la LOCSJ.

La doctrina más autorizada expresa que el de «interesado» es un concepto mucho más amplio que el de parte. El primero es aquella persona cuyo derecho o interés personal, legítimo y directo resulte afectado por una decisión administrativa. El segundo, se refiere a los interesados que efectivamente intervienen en el procedimiento administrativo, ya sea iniciándolo, ya con posterioridad a su iniciación, por haber sido llamados (art. 48 LOPA), o haberse personado (art. 23 LOPA). Así pues, pueden considerarse interesados, en general, a todas aquellas personas naturales o jurídicas que, ejecutando una pretensión de carácter administrativo, inicien o promuevan el procedimiento respectivo, así como a quienes la ley otorgue el derecho de intervenir en el mismo¹³.

En otro orden de ideas es preciso señalar que para que la notificación sea válida, debe cumplir con una serie de formalidades previstas en el artículo 73 de la LOPA. La omisión de estos presupuestos trae consigo que la notificación se considere defectuosa y que no produzca efecto alguno. En este orden de ideas, la jurisprudencia ha expresado :

"(...) y en tal sentido se observa que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene diversas normas relativas a los requisitos que

13. ARAUJO JUAREZ, J. Principios Generales del Derecho Administrativo Formal. Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1993, pp.166 y 167.

deben cumplirse para que los actos administrativos produzcan sus efectos, en tal sentido (sic) prevé la notificación al interesado. En efecto, el artículo 74 de la citada Ley dispone que la notificación que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 73 ejusdem se considerará defectuosa y no producirá efecto alguno. Por ello, si en la notificación del interesado no se indican los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales antes los cuales debe interponerse, el acto no comienza a surtir efectos y, en consecuencia, el lapso de caducidad tampoco podrá empezar a contarse"¹⁴.

Finalmente, debe señalarse también que, como se ha dicho, la notificación es una condición necesaria mas no imprescindible para la eficacia del acto. Esta afirmación, que pudiera ser mal interpretada, merece algunas precisiones. Dado el carácter instrumental de las formas en el procedimiento administrativo, la jurisprudencia ha admitido las llamadas "notificaciones de hecho" las cuales pueden sustituir válidamente la notificación formal¹⁵ y, por ende, provocar la eficacia del acto.

Se trata de casos en los cuales el interesado adquiere un conocimiento total del alcance y contenido del acto que le afecta y asume frente al mismo la posición idónea a los fines de defender sus derechos. Así ocurre, por ejemplo, cuando sin que el acto haya sido notificado formalmente o cuando lo ha sido pero en forma defectuosa, el interesado lo impugna en tiempo hábil y ante los organismos competentes, bien en la vía administrativa bien en la judicial, al punto que su derecho a la defensa no resulta en modo alguno lesionado. En este supuesto, el formalismo sede ante el principio del logro del fin.

1.2.2.- Publicación

Dispone el artículo 72 de la LOPA que los actos administrativos de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas, deberán ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión. De esta regla están exceptuados aque-

14. Cf. S. CPCA, 01.07.93.

15. Cf. S. CPCA, 17.12.92.

llos actos administrativos referentes a asuntos internos de la Administración, pero puede extenderse a los actos administrativos de efectos particulares, cuyo mecanismo de comunicación como hemos visto es la notificación, si así lo dispone la ley.

Una vez que el acto es publicado en la Gaceta Oficial, despliega a plenitud sus efectos, a menos que en el texto del mismo se disponga en forma expresa otra cosa, en cuyo caso la eficacia del acto no se materializará sino a partir de la fecha así indicada.

Hasta aquí los supuestos de eficacia normal del acto administrativo, es decir, la que cabe esperar ordinariamente una vez que el acto administrativo es dictado. Veamos de seguidas aquellos supuestos en que la eficacia asume una forma que llamaremos atípica.

II LA EFICACIA ATÍPICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

2.1.- La eficacia retroactiva

2.1.1.- Principio de la irretroactividad

La gran mayoría de la doctrina clásica coincide en afirmar que el acto administrativo no produce efectos sino hacia el futuro. Se ha dicho que uno de los pilares básicos del Derecho Administrativo lo constituye el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, en aras de preservar la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto que llevar los efectos del proveimiento hacia el pasado, afectando situaciones jurídicas ya consolidadas, supone arbitrariedad y desorden¹⁶.

En la ponencia del Profesor Pierre Subrá de Bieusses, que tenemos el honor de comentar, se afirma que el acto administrativo unilateral es jurídicamente perfecto desde su firma y que sostener lo contrario sería ilógico porque la existencia del acto se haría depender entonces de un factor cualquiera extraño a la voluntad de su autor.

16. Doctrina de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1983, p.43.

Ya desde finales del siglo XIX el Consejo de Estado francés declaraba la nulidad de los actos administrativos que adolecían del llamado "vicio de retroactividad", cada que ves que se constataba la anterioridad de los efectos del acto con respecto a la fecha de su entrada en vigencia. En 1925 el Consejo de Estado francés formula por primera vez el principio general de que los reglamentos no podían estatuir sino para el futuro¹⁷, lo cual se extiende en 1948 a los actos administrativos individuales¹⁸. Sin duda, reconocer la posibilidad abierta e indiscriminada de la Administración de afectar relaciones jurídicas trabadas con anterioridad a la emanación del proveimiento administrativo, choca abiertamente con el principio de la legalidad en tanto es un atentado contra la seguridad y certeza jurídica de que deben gozar tales relaciones.

Afirma el profesor Rivero que el acto no produce efectos sino hacia el futuro y de allí la regla de la no retroactividad de los actos administrativos de la cual el Consejo de Estado ha hecho un principio general del derecho (25.06.48, Société du journal L'Aurore). Dice el profesor francés que la Administración no puede remontar el efecto de su acto más allá de la fecha en la que intervino, sino cuando la ley la ha autorizado expresamente para ello¹⁹. Comparten esta opinión Vedel²⁰, Garrido Falla²¹, García de Enterría y Fernández²² y Dromi²³, todos ellos admitiendo, sin embargo, algunas excepciones a la regla general. También con este parecer coinciden en nuestro país los profesores Brewer Carias²⁴ y Lares Martínez, aclarando este último que puede ser retroactivo el acto si así lo dispone la ley o lo exige la naturaleza misma del

17. Cf. S. CE, caso "Sieur Rodière".

18. Cf. S. CE, caso "Société de filatures et tissages de Madagascar".

19. RIVERO, J. Derecho Administrativo. UCV, Caracas, 1984 (tr. 9a. ed.), p. 115.

20. VEDEL, G. Derecho Administrativo. Aguilar, Madrid, 1980 (tr. 6ta. ed.), p. 159.

21. GARRIDO FALLA, F. O.c., T.I, p. 454.

22. GARCIA DE ENTERRIA, E- FERNANDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, 1993, T. I, p. 568.

23. DROMI, J.R. El acto administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p. 25.

24. BREWER CARIAS, A. O.c., p. 196.

proveimiento (i.e. actos declarativos)²⁵. A la misma conclusión arriba Hernandez Breton en una excelente monografía dedicada al tema, afirmando que el principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos aparece admitido hoy, a la luz de la jurisprudencia venezolana, como principio general del derecho²⁶.

Efectivamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

"La jurisprudencia de esta Corte ha acogido el principio de que los actos administrativos particulares deben surtir efecto únicamente a partir del momento en que, después de perfeccionados, son notificados a los interesados, o lo que es lo mismo, que los actos de tal naturaleza no deben tener efectos retroactivos, porque tal circunstancia los viciaría de ilegalidad"²⁷.

2.1.1.1.- Contenido del principio

La gran pregunta es: ¿Cuándo un acto administrativo es retroactivo? La respuesta, afortunadamente, no amerita internarse en lo que Diez califica como el «laberinto» de los conflictos intertemporales de las leyes. Así, señala, el contenido del principio de la no retroactividad de los actos administrativos ofrece las ventajas de la simplicidad y claridad²⁸.

El principio de la no retroactividad se refiere en general a la prohibición de que una norma nueva se aplique a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia; así, la nueva norma es ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado²⁹.

25. LARES MARTINEZ, E. Manual de Derecho Administrativo. Caracas, 1990, 8va. ed., p.186.

26. HERNANDEZ BRETON, E. "El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo". Revista de Derecho Público. EJV, Caracas, 1985, Nro.24, p.228.

27. Cf. S. CSJ/SPA, 11.08.83.

28. DIEZ, M.M. El acto administrativo. TEA, Buenos Aires, 1958, p.403.

29. Cf. S. CPCA, 25.11.92, RDP Nro.52, p.95.

En el caso específico de los actos administrativos el principio alude a la nulidad de aquellos proveimientos cuyos efectos pretendan aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado antes de que el acto adquiriese eficacia jurídica. Por tal razón, deben distinguirse claramente tales actos de aquellos que se refieren a hechos o situaciones ocurridos en el pasado, pero cuyos efectos se proyectan hacia el futuro, en los cuales, lógicamente, no hay irretroactividad.

Dice el Profesor Subrá de Bieusses que la jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante con respecto al principio de la irretroactividad, señalando que ésta se produce i) no solamente con la aplicación de una medida nueva hacia el pasado, ii) sino también con la revisión de situaciones definitivamente fijadas en el pasado.

En algunas ocasiones el principio de la no retroactividad de los actos administrativos ha sido confundido con el de la intangibilidad de los actos creadores de derechos subjetivos o generadores de intereses personales, legítimos y directos, el cual en nuestro ordenamiento jurídico se deduce, por interpretación a contrario sensu, del artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³⁰.

El primero, como ya hemos dicho, prohíbe a la Administración que afecte situaciones jurídicas que se consolidaron antes de que el proveimiento fuera jurídicamente eficaz. El segundo, en cambio, establece una barrera infranqueable para la Administración en cuanto a la afectación ilegal, hacia el pasado o hacia el futuro, de los derechos subjetivos o los intereses, personales, legítimos y directos de un administrado. Como dice Díez³¹, uno se refiere al pasado (irretroactividad) el otro al pasado y al futuro (intangibilidad).

Nuestra jurisprudencia ha definido la retroactividad del acto administrativo en los siguientes términos:

30. El referido artículo dispone : "Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el superior jerárquico."

31. Díez, M.M. O.c., p.402.

"La retroactividad del acto administrativo se dirige a conferirle efectos en el pasado, es decir, antes de que el mismo entre en vigor, de donde resulta que la problemática de la irretroactividad del acto administrativo se enlaza con la de su eficacia, entendida ésta como la imposibilidad del acto para producir efectos jurídicos directos sobre terceros, si no ha sido exteriorizado debidamente a través de la publicación, bien por medio de su notificación, según se trate de actos generales o singulares"³².

También se ha ocupado la jurisprudencia de advertir las diferencias que cabe distinguir entre los efectos retroactivos del acto administrativo y sus efectos inmediatos, señalando que los primeros suponen la eliminación o modificación de hechos pasados y consumados, de modo que se trata de regular una situación hacia el pasado; mientras que, por el contrario, los segundos son los efectos normales y ordinarios de las leyes y demás actos jurídicos, es decir, la regulación de las situaciones futuras³³.

Así pues, según la jurisprudencia que se comenta, la retroactividad consiste en cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y sustituirlas por otras simplemente para hacerlas desaparecer, en tanto que la aplicación inmediata de los actos jurídicos a la realidad, cuyo origen es el pasado, es otra cosa. Entonces, lo importante es precisar si una decisión administrativa propiamente está desconociendo situaciones consumadas para aplicar consecuencias futuras, lo que sería retroactividad, o por el contrario, si al regular consecuencias futuras de situaciones pasadas, sin alterar éstas, lo que está haciendo es darle efectos inmediatos a dicha decisión. Esta misma decisión, especialmente didáctica, distingue situaciones claras de retroactividad de aquellas que suponen la simple y llana aplicación inmediata de las normas:

"...pechar con nuevos impuestos de importación bienes que estaban libres de ello, es retroactividad, porque un hecho consumado, la importación exonerada o exenta de tributos, se modifica para gravarla cuando antes no lo era. Igualmente, efectuar un reintegro de un im-

32. Cf. S. CSJ/SFA, 31.07.80.

33. Cf. S.CPCA, 29.01.87.

puesto pagado, porque la actividad a la cual se refiere resultó después exonerada, es aplicar retroactivamente una exoneración para modificar el hecho pasado, o sea, la imposibilidad de la misma actividad. Pero, por ejemplo, si en un determinado momento los propietarios de inmuebles no soportan cierta obligación y posteriormente se les impone legalmente una nueva dentro del concepto de función social que trae el artículo 99 de la Constitución, no por ello los propietarios que lo fueran con anterioridad podrían alegar que a ellos no les es aplicable aquella obligación porque la adquisición de la propiedad ocurrió mucho antes. Por el contrario, esta nueva obligación es aplicable a los nuevos propietarios y a los antiguos, porque ello no significa una modificación del derecho mismo de propiedad, que sí sería retroactivo, sino que regula su ejercicio futuro."³⁴

Uno de los casos más controversiales en materia de retroactividad de los actos administrativos, fue la eliminación del régimen de cambios diferenciales a través del conocido Decreto Nro.76. Mediante este acto administrativo de efectos generales, el Ejecutivo ordenó al BCV que se abstuviera de suministrar divisas a una tasa de cambio preferencial, ni siquiera en aquellos casos en que los particulares habían obtenido las llamadas "Conformidades de Importación" y "Certificados de Disponibilidad de Divisas"³⁵.

Este acto fue atacado por CONINDUSTRIA a través de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad. Entre los diversos alegatos expuestos ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se sostuvo que las normas del Decreto Nro.76 eran retroactivas, porque afectaban efectos pasados de hechos pasados, incurriendo en una retroactividad de segundo grado. La Corte, al decidir el recurso planteado, señaló:

"De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, la retroactividad, en términos generales, es la aplicación de una ley dirigida al pasado. Conforme a esta definición, la ley retroactiva es aquella cuyo campo de

34. Ib. ib. Esta decisión ha sido ratificada en S. CPCA, 09.11.94, RDP Nro.59-60, pp. 150-151.

35. Nuestros comentarios sobre este fallo han seguido muy de cerca el trabajo de Henrique Iribarren Monteverde, intitulado "Notas sobre algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del Decreto Nro. 76 y del Convenio Cambiario Nro. 1". Revista de la Facultad de Derecho. UCAB; 1991, Nro.43, pp.253 y ss.

aplicación está constituido por situaciones jurídicas surgidas bajo el imperio de una ley anterior, lo que ocasiona el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos" (...)

El principio de retroactividad fundamentalmente significa que el dominio del pasado no corresponde al legislador; y, por ello, la nueva ley sólo ha de aplicarse a situaciones que se creen o desarrollen desde el momento mismo de su vigencia con proyección hacia el futuro. Sin embargo, no es frecuente que la nueva ley contenga en sí misma disposiciones que de modo expreso regulen situaciones pasadas y, por ello, el problema de la retroactividad generalmente se concreta a la aplicación de leyes nuevas a situaciones jurídicas que se desenvuelven en el tiempo, es decir, a situaciones nacidas bajo el régimen de la ley anterior".

Refiriéndose específicamente al alegato de retroactividad del Decreto Nro. 76, la Corte dijo:

"A las disposiciones citadas no se les atribuye afecto retroactivo, esto es, vigencia para el pasado, sino que expresamente se dispone que el mandato del nuevo ordenamiento regirá "desde la entrada en vigencia del Decreto". No se dispone tampoco que ese Decreto se aplicará a las situaciones que nacieron al amparo de las normas que autorizaban y reconocían las solicitudes y el otorgamiento de divisas preferenciales que, según el régimen vigente para la fecha de entrada en vigor del Decreto Nro.76, se encontraban en trámite.

Por consiguiente, para esta Corte, el problema surgido con el nuevo ordenamiento no se refiere a que contenga disposiciones de índole retroactiva, sino a la retroactividad en que podía incurrirse si se aplicara el nuevo ordenamiento a situaciones consolidadas para el momento de la entrada en vigencia del mencionado Decreto Nro.76".

De la decisión transcrita surge una conclusión que no podemos compartir, cual es, si una ley o un acto administrativo dice expresamente que comenzará a aplicarse a partir de su publicación o notificación, según sea el caso, entonces nunca habrá retroactividad; pareciera, pues, que no importa sin efecto, aunque la ley o el acto digan tal cosa, sus normas en verdad trasuntan hacia el pasado, afectando situaciones

jurídicas consolidadas. Creemos que una solución así es un tanto superficial, en tanto no procura desentrañar las consecuencias que en la realidad se producen con la aplicación de una medida. Para nosotros es incuestionable que el Decreto Nro. 76 afectaba situaciones nacidas en el pasado; el punto central era, tal vez, que posiblemente dichas situaciones jurídicas no estaban concluidas sino en estado de pendencia hasta el efectivo otorgamiento de las divisas preferenciales.

2.1.1.2.- Fundamento

En un principio el fundamento del principio de la irretroactividad de los actos administrativos se hizo descansar sobre la intangibilidad de los derechos subjetivos de los particulares, a modo de límite infranqueable para la aplicación hacia el pasado de las manifestaciones voluntad de la Administración. Se decía que "El fundamento de esta regla, como en el caso de la anulación (...) es la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de los particulares"³⁶.

Se suponía, pues, que los llamados "derechos adquiridos" eran la barrera principal contra la cual se enfrentaba la retroactividad de los actos administrativos. Sin embargo, las serias críticas que se han hecho al concepto de "derechos adquiridos" y la dificultad que plantea su efectiva aprehensión, han hecho que la doctrina y la jurisprudencia privilegien hoy día la noción de las situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, como límite a la referida retroactividad. Así se desprende de una decisión de nuestra Suprema Corte, de vieja data, en la cual se señaló:

De todo lo expuesto se evidencia que tanto la antigua teoría de los "derechos adquiridos", como la que parece que habrá de sustituirla y que impone la aplicación de la nueva ley a los efectos futuros de situaciones nacidas bajo la ley antigua, coinciden en que han de regirse por la ley antigua los derechos adquiridos o lo que es equivalente, las situaciones nacidas y definitivamente perfeccionadas bajo su imperio"³⁷.

36. GUAITA, A. "Eficacia del acto administrativo". Revista de Administración Pública. Madrid, 1958, Nro. 25, p. 164.

37. Cf. S. CF, 24.09.58.

En nuestro país, aun cuando no existe una disposición legal expresa que se refiera al principio de la irretroactividad de los actos administrativos, salvo por lo que respecta al artículo 11 de la LOPA que alude a la irretroactividad de los actos de la Administración consultiva³⁸, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido desde hace bastante tiempo que tal principio puede deducirse con facilidad del postulado contenido en el artículo 44 de la Carta Fundamental.

En efecto, dispone el artículo 44 de la CN que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Aun cuando el Texto Fundamental se refiere de manera específica a las disposiciones legislativas, vale decir, a las leyes, en los términos que la propia Constitución las define (artículo 162), se ha entendido que el de la irretroactividad es un principio general del derecho en nuestro ordenamiento jurídico que abarca también a los actos administrativos. Al respecto la jurisprudencia ha dicho:

"debe llenarse, por ahora, mediante la aplicación de los principios generales de Derecho a los que hace mención el artículo 4 del Código Civil, acorde con los cuales si en el ordenamiento jurídico venezolano la irretroactividad de la ley es disposición de jerarquía normativa superior, puesto que se contiene en un dispositivo constitucional, 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".³⁹

En el mismo sentido, pero tal vez en forma más contundente, la jurisprudencia ratificó inmediatamente este criterio, señalando:

"(...) el principio de la retroactividad es en Venezuela de orden constitucional (art. 44 Constitución Nacional), y aún cuando aparece re-

38. Alguna jurisprudencia considera que esta norma consagra de manera indirecta el principio de irretroactividad de los actos administrativos: Cf. S. CSJ/SPA, 21.2.91

39. Cf. S. CSJ/SPA, 31.07.80.

dactada refiriéndose únicamente a "disposiciones legislativas" o "leyes", ya la jurisprudencia de esta misma Sala lo aplicó también a los "Reglamentos", o sea, a los actos administrativos de efectos generales (...) y en esta oportunidad, lo extiende a los actos administrativos de efectos particulares"⁴⁰.

Así pues, sin desmedro del principio general de respeto a las situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, puede sostenerse que en nuestro país, por vía de interpretación jurisprudencial, el principio de irretroactividad de los actos administrativos tiene su fundamento en la propia Constitución y es, como lo ha afirmado reciente sentencia de la Corte Suprema, bajo la ponencia del Magistrado Humberto La Roche, "...piedra angular de la seguridad jurídica..."⁴¹.

Este es, según hemos entendido, el mismo fundamento que encuentra el Profesor Subrá de Bieusses para el principio de la irretroactividad, pues, según expresa en su ponencia, aplicar un regla jurídica hacia el pasado iría en contra de la función fundamental del derecho que es garantizar la seguridad jurídica. En criterio del citado Profesor, que compartimos totalmente, a lo anterior se añade la idea de los autores de una decisión retroactiva usurpan la competencia de sus predecesores y violentan así el principio de la competencia *rationae temporis*.

2.1.1.3.- Actos de la Administración consultiva

El principio de la irretroactividad de los actos administrativos abarca no sólo a los proveimientos que genera la Administración activa, sino que también alcanza a los que emanan de la Administración consultiva.

En la Administración Pública, la función de interpretar la norma jurídica, abstractamente considerada o en relación a hechos concretos, se lleva a cabo a través de la actividad consultiva cuya tarea es entonces, según este enunciado, la de asesorar a los órganos de la administración activa sobre los actos y las resoluciones que deban tomar en el

40. Cf. S. CSJ/SPA, 05.08.80.

41. Cf. S. CSJ/SPA, 21.07.94, RDP Nro.69-60, p.223.

ejercicio de sus funciones⁴², sea para eliminar la dificultad que surge de la aplicación de la enorme variedad de leyes y reglamentos, sea para dar una interpretación sobre las fuentes del derecho, sea para suministrar su propia competencia técnica⁴³. Su razón de ser reside, como se advierte, en la extensión y complejidad de las funciones administrativas y en las cuestiones técnicas y jurídicas que ha de resolver la administración⁴⁴.

En nuestro derecho positivo, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dispone que los criterios establecidos por la Administración pública, podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados y que, en todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes⁴⁵. Consagra el precitado artículo, como se advierte, tres principios:

- Que la Administración puede cambiar sus criterios.
- Que tales cambios no pueden aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más beneficiosos a los administrados (principio de la irretroactividad).
- Que la revisión de los criterios no puede conducir a la revisión de los actos administrativos definitivamente firmes (cosa decidida administrativa)⁴⁶.

Con respecto a este particular, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente :

42. RANELLETTI, O. Istituzioni di diritto pubblico. Padua, 1937, p.427.

43. SALEMI, G. Corso di diritto amministrativo. Padua, 1938, p. 262.

44. DIEZ, M.M.. O.c., p.33.

45. Cf. S. CPCA, 19.03.87.

46. Sobre el alcance y contenido de esta norma, consúltese: BRICEÑO LEON, H. "El valor del precedente administrativo en el derecho administrativo venezolano". Derecho Procesal Administrativo. 1ra. Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo. VADELL HERMANOS EDITORES, Valencia, 1995.

"La Administración tiene la posibilidad de modificar sus criterios de interpretación en su actuación frente a particulares. El artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece el valor del precedente administrativo y consagra también en forma indirecta el principio de la irretroactividad de los actos administrativos. La Administración no está sujeta a sus precedentes y puede, en consecuencia, modificar los criterios ; sin embargo, esta posibilidad tiene límites como son : la nueva interpretación no puede aplicarse a situaciones anteriores, con lo cual, dictado un acto administrativo en un momento determinado conforma a una interpretación, si luego se cambia esa interpretación, no puede afectarse la situación y el acto anterior. Por tanto, el nuevo acto dictado conforme a la nueva interpretación no tiene efecto retroactivo. La otra limitación es que si bien la nueva interpretación puede aplicarse a situaciones anteriores, cuando fuese más favorable a los administrados, ello es aplicable sólo para actos que estén definitivamente firmes ; por tanto, le está impedido a la Administración modificar o revocar estos actos aun cuando siendo más favorables, están firmes"⁴⁷.

2.1.2.- Excepciones

El principio de la irretroactividad de los actos administrativos no es absoluto; antes bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde hace bastante tiempo, admiten la posibilidad de que las manifestaciones de voluntad de la Administración afecten situaciones jurídicas perfeccionadas en el pasado, pero en casos muy excepcionales.

2.1.2.1.- La Doctrina extranjera

Desde hace bastante tiempo la doctrina italiana ha tratado el punto señalando que en ausencia de disposición legal expresa y de acuerdo con la jurisprudencia de ese país, nada impide a la Administración dictar actos con efecto retroactivo, todo dependiendo del carácter gravoso o ventajoso del acto en relación con los derechos de los particulares⁴⁸.

47. Cf. S. CSJ/SPA, 21.2.91.

48. PERRONE CAPANO. La retroattività degli atti amministrativi. Napoli, 1950, p.83.

Así, se admite la retroactividad del proveimiento si éste crea derechos a favor del administrado, pero no si su objeto es establecer cargas o deberes a cargo de éste. Si el acto afecta una situación consolidada en el pasado, estableciendo al propio tiempo cargas y deberes, la solución es que será posible la retroactividad en tanto se equilibren las ventajas y las cargas⁴⁹.

La doctrina española admite de igual forma las excepciones al rígido principio, específicamente en los casos de i) actos que se dicten en sustitución de otros anulados y ii) actos que produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieren ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y que la retroacción no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas⁵⁰.

También la doctrina francesa (Rivero, Vedel, Dupeyroux, Stassinopoulos, Yeanneau) admite ciertas excepciones a la retroactividad pero tal vez con menos amplitud que la doctrina italiana que, en este punto, pareciera un poco laxa. Los casos que en el Derecho Administrativo francés han sido considerados como excepciones al rígido principio de la irretroactividad, son los siguientes:

a.- El respeto al principio de la legalidad impone que los actos absolutamente nulos desaparezcan del ordenamiento jurídico, de tal manera que el acto administrativo mediante el cual la Administración ejerza su facultad de autotutela, deberá tener efecto retroactivo (*ex tunc*) para alcanzar esta finalidad.

b.- Admitir la distinción de los actos administrativos en declarativos y constitutivos supone reconocer la posibilidad de que exista cierta categoría de proveimientos (i.e. actos administrativos declarativos) cuyos efectos se referirán siempre a situaciones pasadas.

c.- Finalmente se admite la retroactividad cuando ésta es inofensiva y se rechaza en este caso el recurso por exceso de poder, en virtud de una falta evidente de interés en la anulación del acto.

49. Ib., p.46.

50. PAREJO ALFONSO, L.-JIMENEZ-BLANCO, A.-ORTEGA ALVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996, V. I, pp.574-575.

De acuerdo con el Profesor Subrá de Bieusses, el principio de no retroactividad admite excepciones. El distingue en primer lugar entre la i) la retroactividad propiamente dicha, que consiste en la aplicación de una medida hacia un período pasado; y, ii) la retroactividad lato sensu, que supone la aplicación inmediata de una medida a una situación ya constituida.

i) En el primer grupo el Profesor Subrá incluye :

a.- La retroactividad en virtud de la ley. Dado que en Francia el principio de irretroactividad de la ley no tiene rango constitucional sino en materia represiva y sancionatoria, es perfectamente posible que la ley disponga que una decisión administrativa se aplique hacia el pasado. Se cita como ejemplo el caso de leyes que fijan la entrada en vigor de reglamentos.

b.- Fuera de los casos previstos en la ley, un acto puede tener efecto retroactivo, según el nombrado Profesor, en tres supuestos :

b.1.- Regularización de medidas anteriores. Se trata de los supuestos de revocación o anulación de los actos administrativos. El acto administrativo anulatorio o revocatorio puede tener efectos ex tunc.

b.2.- Actos que condicionan la aplicación de medidas anteriores. Este es el caso, por ejemplo, del nombramiento de un funcionario que requiere una aprobación posterior. El acto aprobatorio tendrá efectos hacia el pasado.

b.3.- Finalmente, la retroactividad, según el Profesor Subrá, puede estar basada en la unidad de ciertos períodos de tiempo. En este caso estaríamos, por ejemplo, frente a procesos productivos que consumen un tiempo relativamente largo y en los cuales una medida administrativa puede afectar hechos consolidados al inicio de dicho proceso.

ii) En el segundo caso, la irretroactividad lato sensu, abarca, como ya se ha dicho, la aplicación inmediata de medidas administrativas a relaciones jurídicas consolidadas en el pasado, distinguiéndose aquellas que afectan a situaciones no contractuales y las que inciden sobre situaciones contractuales.

Según nos refiere el Profesor Subrá de Bieusses, el Consejo de Estado ha admitido, por ejemplo, que un permiso de construcción obtenido bajo un régimen jurídico específico en el que no existían disposiciones relativas a la caducidad del mismo, puede resultar afectado por una nueva reglamentación que sí establezca tal caducidad. No habría aquí irretroactividad sino aplicación inmediata o lo que el Profesor Subrá de Bieusses denomina retroactividad en sentido amplio.

Ocurre lo mismo en el caso de ejercicio de una actividad de manera continua. Enseña el Profesor Subrá de Bieusses que el Consejo de Estado ha señalado que el ejercicio regular de una actividad profesional no confiere ningún derecho a mantener la legislación y la reglamentación general concerniente a esta actividad, por que la misma se encuentra sometida a las nuevas regulaciones dictadas por la autoridad competente a partir de su publicación⁵¹.

Por lo que respecta a la aplicación inmediata de medidas administrativas a situaciones de naturaleza contractual, el Profesor Subrá de Bieusses difiere de la conclusión a la que arriba René Chapus, para quien, salvo disposición legislativa en contrario, las relaciones contractuales están exceptuadas del principio de aplicación inmediata de los reglamentos a situaciones en curso, pues ellos permanecen regidos por las leyes y reglamentos en vigor.

Señala la ponencia que se comenta que cuando las situaciones económicas cambian, la reglamentación jurídica debe cambiar para adaptarse a estos cambios. Refiere el Profesor Subrá de Bieusses el caso de las devaluaciones de la moneda, que provocan una aplicación inmediata de la nueva tasa de cambio a los contratos concluidos en el pasado.

2.1.2.2.- La situación en Venezuela

En nuestro país la jurisprudencia ha asumido igualmente la existencia de excepciones al principio general de la irretroactividad de los actos administrativos, al señalar lo siguiente:

51. C.E. 13.10.67, "Association nationale pour la défense de la qualité française".

"(...) Pero , igualmente, ha reconocido la Corte que la retroactividad de dichos actos es admisible cuando así lo disponga la Ley o tal posibilidad sea inherente a la naturaleza del acto especialmente considerado"⁵².

También la jurisprudencia ha dicho que dentro de las múltiples clasificaciones que pueden soportar los actos administrativos, una de ellas es la división en providencias administrativas declarativas y constitutivas, tomada del Derecho Procesal Civil para clasificar a su vez las sentencias. En tal sentido, el acto administrativo como manifestación unilateral de voluntad de un poder público que crea o modifica situaciones jurídicas también puede gozar de esta clasificación y efectivamente la Doctrina Administrativa señala que los actos administrativos declarativos son los que se limitan a constatar la realización de un hecho o de un acontecimiento, haciendo una mera certificación que no va a introducir ningún elemento novedoso, sino que se concreta a ser un medio de verificación de supuestos preexistentes⁵³. Entran aquí, las convalidaciones, la corrección de errores materiales, las aprobaciones, etc.

Obsérvese que estas decisiones recogen los casos en los cuales la doctrina, especialmente la extranjera, admite la posibilidad de que el principio de irretroactividad de los actos administrativos ceda. Sin embargo, una certera crítica ha hecho la doctrina patria con respecto a uno de estos supuestos, específicamente el referido a que una Ley disponga la aplicación retroactiva de un proveimiento administrativo.

En efecto, se ha dicho que es dudoso que la ley pueda autorizar aquello que no le está permitido, porque si la ley no puede tener efecto retroactivo como lo manda la Constitución y todo acto administrativo es ejecución indirecta y mediata de la Constitución, la eficacia retroactiva de un acto administrativo supondría, aunque sólo en parte, la eficacia retroactiva de la ley⁵⁴.

52. Cf. S. CSJ/SPA, 11.08.83.

53. Cf. S. CPCA, 29.01.87.

54. HERNANDEZ BRETON E. O.c., p.227.

En nuestra particular opinión, el asunto de la retroactividad de los actos administrativos debe ser tratado en atención a los siguientes principios:

a.- En Venezuela el principio de la irretroactividad tiene rango constitucional, de manera que resulta un tanto aventurado sostener que una ley pueda disponer la aplicación retroactiva de un proveimiento, cuando ella misma no puede aplicarse hacia el pasado porque la Carta Fundamental lo prohíbe. La situación en otros países como Francia, es diversa, pues como hemos dicho, no en todos los ordenamientos jurídicos la irretroactividad es un principio de rango constitucional, de tal forma que una ley bien puede establecer regulaciones al respecto.

b.- La regla de la irretroactividad debe ceder sólo en casos excepcionales, que no quebranten en modo alguno la norma constitucional y el principio fundamental que la inspira, esto es, el de la seguridad jurídica.

c.- La libertad de apreciación de la Administración y del Juez contencioso de aquellos casos en que es posible la retroactividad del acto administrativo, es mínima y se encuentra irremisiblemente atada a la norma constitucional y a los límites que de su contexto dimanar.

d.- En perfecta sintonía con el artículo 44 de la Constitución, puede decirse que la retroactividad del acto administrativo es admisible:

i) Cuando se impone por la naturaleza misma de éste. Si el acto no modifica en forma alguna una situación consolidada en el pasado, sino que se limita a declarar las consecuencias jurídicas que de tales situaciones se producirán hacia el futuro, no hay retroactividad. Si el acto altera aunque sea en forma mediata la situación de hecho preconstituida, es retroactivo.

ii) Cuando se impone por el respeto al principio de la legalidad. Todos los actos que persiguen regularizar otros que violentan el bloque de la legalidad, pueden retrotraer sus efectos al pasado, con la única limitación de no desconocer los intereses legítimos y los derechos subjetivos nacidos de tales actos, a menos que la violación del ordenamiento sea de tal magnitud que genere en el proveimiento un vicio de nulidad absoluta.

iii) Cuando la retroactividad es necesaria para desencadenar a plenitud los efectos jurídicos de situaciones consolidadas en el pasado.

iv) Cuando sin quebrantar en modo alguno la Constitución, las leyes, el interés público y la seguridad jurídica, el acto retroactivo favorezca al administrado. La aplicación retroactiva del acto administrativo, incluso en favor del administrado, es un asunto que debe ser examinado con extrema cautela, en tanto siempre lleva consigo el riesgo de causar inseguridad jurídica. Además, esta posibilidad no debe abrirse sólo bajo el argumento de que la retroacción del acto es provechosa para el administrado y eso basta para hacerla posible, pues el interés público o un tercero pueden estar interesados en cosa distinta y, en ese caso, no es posible llevar al pasado los efectos del proveimiento administrativo.

e.- De la retroactividad es preciso distinguir otras situaciones que, aunque muy semejantes, no son iguales. Nos referimos a los casos de aplicación inmediata de los actos administrativos a relaciones jurídicas que nacen en un momento específico, pero que se prolongan en el tiempo, siendo susceptibles de verse alteradas por los cambios coyunturales de la época⁵⁵.

f.- La retroactividad del acto administrativo debe distinguirse de la retroactividad misma de la ley en cuyo desarrollo el acto se aplica. Si la ley es retroactiva y el acto se pronuncia en perfecta sintonía con ésta, tanto la ley como el acto, serán inconstitucionales. Si es el acto el que aplica retroactivamente la ley, aquél será ilegal, no inconstitucional, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia⁵⁶.

2.2.- La eficacia condicionada

Como antes se señaló, es predecible que, en la generalidad de los casos, el acto administrativo despliegue sus consecuencias jurídicas tan pronto sea dictado y comunicado formalmente a su (s) destinatario (s). En principio, pues, coinciden en el tiempo la perfección y el co-

55. Cf. S.CPCA, 29.01.87.

56. Cf. S. CSJ/SPA, 28.06.83, caso "CENADICA".

mienzo de la eficacia; tal como lo ha asentado la Procuraduría General de la República "una vez perfecto el acto por reunir todos sus elementos esenciales, surge su eficacia"⁵⁷. En ese sentido, se habla de eficacia externa, inmediata o formal del acto administrativo, la que supone su mera existencia, su aparición efectiva en la realidad jurídica, que no se verifica sino con la comunicación del proveimiento⁵⁸, desde ese momento el acto puede ser recurrido y la Administración queda autovinculada de tal manera que no puede revocarlo sino en los supuestos autorizados por la ley.

Asimismo, lo natural es que la eficacia del acto se agote cuando éste haya desplegado todos sus efectos y consecuencias jurídicas o cuando, en el caso de que así fuere, se cumpla el plazo de vigencia que en el mismo se fijó.

Sin embargo, como ya hemos dicho, el asunto no se reduce a tales niveles de simplicidad porque el llamado principio de la eficacia ab initio puede sufrir alteraciones, del mismo modo que la eficacia del acto puede depender de un hecho futuro y desconocido. Se dice entonces que la eficacia interna, práctica o mediata del acto puede o no ser concomitante a la eficacia externa, o sea, que el despliegue efectivo de las consecuencias jurídicas que la norma legal ha fijado para el acto en cuestión puede estar sometido a una condición, suspensiva o resolutoria.

En efecto, no es poco frecuente que la eficacia se difiera en el tiempo, de tal suerte que los efectos del acto no ocurran a partir del instante de su comunicación, sino, hecha ésta, cuando se verifique el acontecimiento que en el mismo se señale como desencadenante de todas sus consecuencias jurídicas. Existirá entonces "un período intermedio que transcurre entre la perfección y la adquisición de su eficacia, durante el cual el acto se encuentra en estado de pendencia, surgiendo por tanto, aunque todavía ineficaces, una serie de relaciones jurídicas latentes"⁵⁹.

57. Doctrina de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1983, p.42.

58. GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A. Los actos Administrativos. Civitas, Madrid, 1991, p.324.

59. Doctrina de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1983, p.42.

La doctrina clásica del Derecho Administrativo ha señalado desde hace bastante tiempo que sin haber ilegalidad puede haber discordancia entre el momento en que el acto administrativo entra en vigor y aquel en que se producen sus efectos o por lo menos sus efectos particulares, es decir, que la Administración puede en ciertos casos fijar un punto de partida de esos efectos anterior o posterior a la entrada en vigor⁶⁰.

Asimismo, el tiempo durante el cual el acto es eficaz, o sea, en el cual un beneficio o gravamen derivado del mismo va estar vigente, puede depender de un acontecimiento futuro e incierto.

La sujeción del comienzo o fenecimiento de la eficacia del acto a eventos que se producirán en el futuro, es un aspecto que toca con frecuencia al establecimiento de las llamadas "cláusulas accesorias del acto administrativo" (también llamadas "elementos accidentales", "contenido eventual", "determinaciones accesorias", etc.⁶¹). Aunque el condicionamiento de la eficacia del acto puede provenir tanto de la ley como del propio acto administrativo, a través de sus cláusulas accesorias, conviene delimitar las peculiaridades que acompañan a la condición en cada caso.

El acto administrativo tiene un contenido que podemos llamar básico o fundamental, compuesto por la regulación (favorable o gravosa) que indica la norma jurídica y que la administración debe aplicar al caso concreto con vista a los supuestos de hecho que constata en la realidad. Ocurre sin embargo que, en muchas ocasiones, la autoridad administrativa debe complementar el contenido nuclear del acto para lograr que los efectos jurídicos que deberían derivarse del mismo se amplíen o restrinjan respecto de los que serían normales, porque así lo imponen razones de oportunidad y conveniencia o el interés general.

Esta ampliación del contenido esencial del acto administrativo, se logra a través del establecimiento de las cláusulas accesorias definidas

60. AUBY, J.M. "L'incompétence "ratione temporis". Reserches sur l'aplication des actes administratifs dans le temps". Revue du Droit Public. Paris, 1953, Nro.69, p.12.

61. Nosotros nos adherimos sin reserva a la expresión "cláusulas accesorias" que usa Francisco Velasco Caballero en su excelente monografía sobre el tema, intitulada Las cláusulas accesorias del acto administrativo. Tecnos, Madrid, 1996.

por la doctrina como la expresión formal de una consecuencia jurídica (contenido del acto administrativo) no decidida por la norma o que, aunque dispuesta por la norma, es ineficaz sin una previa concreción administrativa, en cada acto administrativo⁶².

Estas cláusulas accesorias deben distinguirse nitidamente de las denominadas por la doctrina *conditio juris*, y ello es de trascendental importancia porque en la mayoría de los casos nos enfrentamos ante éstas y no ante verdaderas cláusulas accesorias.

Las *conditio juris* son determinaciones del acto administrativo que son establecidas por el legislador; no son un elemento del acto ni tampoco un requisito del mismo, en tanto son extrañas o externas a éste. Ellas forman parte de lo que podría calificarse como el contenido implícito del proveimiento, no de su contenido básico. Las *conditio juris* se presentan cada vez que la propia ley determina un término, una condición o una modalidad que complementa el contenido del acto, sin que la Administración intervenga en forma alguna en la determinación de dicho contenido implícito.

Cuando ellas se incluyen en el acto, se limitan a repetir lo que ya ha sido establecido por la norma, pues ciertos efectos jurídicos del acto administrativo se producen aunque en su texto nada se disponga al respecto.

La diferencia capital de las *conditio juris* y las cláusulas accesorias es que las primeras son parte de la actividad reglada de las autoridades administrativas, mientras que las cláusulas accesorias son un reflejo del contenido discrecional que, según lo ha destacado con acierto nuestra jurisprudencia⁶³ y la mejor doctrina, posee todo acto administrativo; se trata de aquellos casos en los cuales, frente a diferentes opciones elegibles, la Administración puede escoger la más oportuna y conveniente al interés público o la que, sin quebrantar éste, beneficie por igual a la Administración y al administrado. Son pues de situaciones donde es legalmente posible atribuir un contenido eventual al proveimiento.

62. VELASCO CABALLERO, F. O.c., p.66.

63. Cfr. S. CSJ/SPA, 02.11.82, caso "Depositaria Judicial".

Alguna doctrina sostiene que las cláusulas accesorias pueden incluirse siempre, por principio general, a menos que una disposición legal expresa lo prohíba⁶⁴ y ello tiene sentido si se asume que ningún acto administrativo es absolutamente reglado, por lo que, allí donde haya un margen de discrecionalidad, podrán preverse cláusulas accesorias.

Sin embargo, existen limitaciones: unas que vienen impuestas por la propia naturaleza del acto, otras por su contenido y otras por la ley. En cuanto a la naturaleza, autorizada doctrina señala con razón que no es dable establecer cláusulas accesorias en los meros actos administrativos o actos internos de la administración, en tanto estos no tienen efecto directo hacia el exterior del órgano y carecen por ello de relevancia jurídica frente a los particulares; lo propio sucede, pero por distintas razones, con las manifestaciones de juicio o de conocimiento, las cuales, obviamente, no admiten someterse a término, condición o modo.

Por lo que respecta a las limitaciones impuestas por el contenido del proveimiento, el establecimiento de cláusulas accesorias enfrenta como límite infranqueable el objeto nuclear del acto administrativo, en tanto nunca pueden contrariarlo o distorsionarlo.

Finalmente, es claro que donde la ley fija las determinaciones del acto, no hay campo para las cláusulas accesorias y, por otra parte, que el alcance y contenido de éstas, en tanto manifestación del actuar administrativo, jamás puede violar el bloque de la legalidad. Asimismo, como manifestación típica de la discrecionalidad administrativa, deben mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma (art.12 LOPA).

De todo lo dicho pueden extraerse como características diferenciadoras de las cláusulas accesorias del acto administrativo, las siguientes :

a.- Los efectos que ellas provocan deben ser **ampliatorios o restrictivos** con respecto a los normales del proveimiento.

64. GARCIA-TREVILJANO FOS, J.A. O.c., p.172.

b.- Debe tratarse de determinaciones adicionales y distintas del contenido esencial del acto, en todo caso eventuales, que encuadran dentro del contenido discrecional del proveimiento.

c.- Ellas deben estar integradas al acto y no formar parte de un acto distinto o complementario.

d.- No deben venir impuestas por la ley, es decir, no deben consistir en condicionamientos implícitos dispuestos por la norma jurídica, que producen efectos con independencia de que se incluya o no en el acto la cláusula correspondiente.

En todo caso, como hemos dicho, la eficacia condicionada del acto administrativo puede ser un mandato del legislador (*conditio juris*) o provenir del establecimiento de una cláusula accesorias por parte de la Administración

En el caso que nos ocupa, haremos alusión a una de las manifestaciones más importantes de la eficacia condicionada que suelen contemplarse en la ley o a través de las cláusulas accesorias de los actos administrativos: la condición suspensiva o resolutoria.

2.2.1.- Condición

La condición, en general, se refiere a un acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación. Esta definición es propia del derecho común y ha sido recogida por nuestro CC en su artículo 1.197, en el campo específico de las obligaciones, al señalar que "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto".

La pregunta es si en el Derecho Administrativo es posible afectar la eficacia de la voluntad administrativa, sujetándola a una condición, en cuyo caso el inicio o la extinción de un beneficio o gravamen depende de la desconocida ocurrencia de un hecho en el futuro. La respuesta ante tal interrogante es afirmativa; sin embargo, aun cuando en este campo el Derecho Administrativo se nutre del Derecho Civil, la

traspolación de conceptos no es total y requiere de ciertas precisiones, las cuales se irán haciendo en cada caso.

2.2.2.- Clases

La mayoría de la doctrina civilista distingue entre la condición según que ésta suspenda la eficacia o la extinción de la obligación a un acontecimiento futuro e incierto, hablándose en cada caso de condición suspensiva o de condición resolutoria. Esta distinción es perfectamente trasladable al Derecho Administrativo.

Asimismo, se distingue la condición según la fuente de la cual provenga el acontecimiento del cual se hace depender el nacimiento o la extinción de la obligación; estaremos así frente a una condición casual o ante una condición potestativa. También esta diferenciación es aplicable en el campo del Derecho Administrativo.

a.- Condición suspensiva o resolutoria

La condición suspensiva se refiere a un acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender el inicio de la eficacia del acto administrativo. Al igual que la condición suspensiva, la resolutoria se refiere a un acontecimiento incierto que tal vez ocurra en el futuro y que afecta la eficacia del acto; pero, la diferencia estriba en que, en vez de pender el inicio de sus efectos, lo que está en suspenso es su extinción.

b.- Casual o potestativa

La condición casual, o propiamente dicha, depende de un acontecimiento que es ajeno, externo, al destinatario del acto; la eficacia del acto está sujeta a un hecho sobre cuya ocurrencia no tiene ninguna injerencia el administrado. La condición potestativa o impropia se refiere a un acontecimiento cuyo origen es el despliegue por parte del destinatario del acto de una conducta específica, activa o pasiva⁶⁵.

65. VELASCO CABALLERO, F. O.c., p.78.

2.2.3.- Efectos de la condición

Ocurrido el acontecimiento futuro e incierto previsto en la ley (*conditio iuris*) o en una cláusula accesorio del acto administrativo, como condicionante de la eficacia del proveimiento administrativo, comienzan o cesan los efectos del mismo. La solución de cada Derecho Administrativo es un reflejo de la regulación equivalente en el Derecho Civil.

2.2.3.1.- Efectos de la condición resolutoria.

El acto administrativo sometido a una condición resolutoria comienza a surtir sus efectos a partir de su emanación y una vez que haya sido comunicado a su (s) destinatario (s), todo de acuerdo a lo que al respecto se expuso supra. Sin embargo, tal eficacia pende de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto que de materializarse provocará la cesación de la misma. No se trata de que el acto se extinga, sino de que su eficacia cesa.

a.- Naturaleza de la condición resolutoria

Es importante destacar que la ocurrencia de la condición resolutoria no supone ni una sanción ni una revocatoria del acto administrativo.

En efecto, suele calificarse como una sanción a aquellos supuestos en que se produce el incumplimiento grave de las condiciones previstas en el acto. En este caso, la condición resolutoria envolvería una sanción administrativa grave que es la cesación absoluta de los efectos del acto, pero lo cierto es que a veces, la sanción administrativa propiamente dicha se impone para evitar que se materialicen los efectos de la condición resolutoria, evitándose así la cesación de la eficacia.

La cesación de la eficacia por efectos del cumplimiento de la condición resolutoria, tampoco es revocación. Esta última resulta bien de un vicio de nulidad de que adolezca el acto administrativo (revocatoria *lato sensu* o anulación) o bien de la incompatibilidad del acto con nuevas circunstancias que imponen su desaparición (revocatoria *strictu sensu*).

b.- Efectos ipso iure o necesidad de declaración

En cuanto al momento en que se materializan los efectos de la condición resolutoria, la regla en el Derecho Civil es el automatismo; sin embargo, la situación en el Derecho Administrativo es diversa. La producción de la condición resolutoria requiere en el Derecho Administrativo una declaración expresa para que cesen los efectos del acto administrativo. Se dice con acierto que el automatismo resolutorio que se predica en el Derecho Civil no es adecuado para la resolución administrativa porque crea inseguridad jurídica: se desconoce si el acto se ha extinguido o no⁶⁶. Por ello, tal declaratoria no es discrecional de la Administración sino reglada.

c.- Naturaleza declarativa o constitutiva

La declaración de cumplimiento de la condición resolutoria, puede ser meramente declarativa si se limita a la mera constatación de un hecho que es ajeno o externo al destinatario del acto, es decir, en el caso de la condición casual. En cambio, en el caso de que la labor de la Administración no se limite a la mera constatación de un hecho objetivo, sino a la verificación de una conducta que debía cumplir el destinatario del acto y a la calificación jurídica de la misma, se dice que tal pronunciamiento es constitutivo.

d.- Efectos ex nunc o ex tunc

Si la condición es objetiva de tal manera que el acto que la constata es meramente declarativo, los efectos de la misma son ex tunc. Si la condición resolutoria es potestativa, de modo que el acto que la constata y califica es constitutivo, sus efectos serán ex nunc. En todo caso, es preciso atenerse a lo previsto por la ley en caso de *conditio iuris* o en el acto administrativo en el caso de condiciones previstas como cláusulas accesorias, pues resulta en verdad difícil establecer fórmulas generales en un tema que carece totalmente de regulación.

Recuérdese además, en sintonía con lo que se expuso anteriormente en estos comentarios, que conferirle efectos ex tunc al acto que declara producida la condición resolutoria, supone retrotraerlo al pasado,

66. Ib. pp. 96-97.

lo cual enfrenta el límite previsto en el artículo 44 de la Constitución, a menos que se trate de actos meramente declarativos que, por su naturaleza, pueden irradiar sus efectos hacia atrás en el tiempo.

2.2.3.2.- Efectos de la condición suspensiva

Un acto administrativo que ya ha sido comunicado a su (s) destinatario (s), y que, por ende, es externamente eficaz, puede posponer su eficacia interna hasta la materialización de un determinado acontecimiento futuro e incierto. Cuando tal hecho tenga lugar, el acto administrativo comenzará a surtir sus efectos típicos.

a.- Efectos ipso iure o necesidad de declaración

A diferencia de lo que anotamos con respecto a la condición resolutoria, los efectos de la condición suspensiva se producen en la generalidad de los casos de pleno derecho, sin necesidad de declaración alguna por parte de la Administración. Ello es lógico si se tiene en cuenta que no es justo someter la eficacia del acto a una declaración de la Administración que bien puede producirse con excesivo retraso o bien no producirse nunca.

Se dice además que el automatismo de la condición suspensiva descansa en dos razones fundamentales, primero porque es lo propio de la regulación del asunto en el Derecho Común y su traslado al Derecho Administrativo no enfrenta obstáculos y, en segundo lugar, porque generalmente la condición suspensiva beneficia al administrado.

b.- Efectos ex nunc o ex tunc

Los efectos de la condición suspensiva trasuntan hacia el pasado, porque el acto administrativo existe desde que se dicta y no desde que se cumple la condición. De hecho, la doctrina sostiene que mientras está pendiente la ocurrencia de la condición suspensiva, son inválidos los actos administrativos que se dicten en contradicción con éste y que las nuevas normas que se dicten durante dicha pendencia son inaplicables⁶⁷.

67. Ib. p.110.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO JUAREZ, J. Principios Generales del Derecho Administrativo Formal. VADEL HERMANOS EDITORES, Valencia, 1993.

AUBY, J.M. "L'incompétence "ratione temporis". Reserches sur l'aplication des actes administratifs dans le temps". Revue du Droit Public. París, 1953, Nro.69.

BREWER CARIAS, A. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. EJV, Caracas, 1982.

BRICEÑO LEON, H. "El valor del precedente administrativo en el Derecho Administrativo venezolano". Derecho Procesal Administrativo. 1ra. Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo. VADELL HERMANOS EDITORES, Valencia, 1995.

DE LA CUETARA, J.M. Las potestades administrativas. Tecnos, Madrid, 1986.

DIEZ, M.M. El acto administrativo. TEA, Buenos Aires, 1958.

DIEZ SANCHEZ, J.J El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional. Civitas, Madrid, 1992.

DROMI, J.R. El acto administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

GARCIA DE ENTERRIA, E- FERNANDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, 1993.

GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A. Los actos Administrativos. Civitas, Madrid, 1991.

GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo. Tecnos, Madrid, 1987.

GUAITA, A. "Eficacia del acto administrativo". Revista de Administración Pública. Madrid, 1958, Nro. 25.

HERNANDEZ BRETON, E. "El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo". Revista de Derecho Público. EJV, Caracas, 1985, Nro.24.

LARES MARTINEZ, E. Manual de Derecho Administrativo. Caracas, 1990, 8va. ed..

MOLES CAUBET, A. "El principio de la legalidad y sus implicaciones". Revista de la Facultad de Derecho. UCV, Caracas, 1971, Nro.50.

PARADA, R. Derecho Administrativo. Marcial Pons, Madrid, 1992.

PERRONE CAPANO. La retroattività degli atti amministrativi. Napoli, 1950.

RANELLETTI, O. Istituzioni di diritto pubblico. Padua, 1937.

RIVERO, J. Derecho Administrativo. UCV, Caracas, 1984 (tr. 9a. ed.).

RODRIGUEZ GARCIA, N. "La eficacia de los actos administrativos". Revista de Derecho Público. EJV, Caracas, 1989, Nro.38.

SALEMI, G. Corso di diritto amministrativo. Padua, 1938.

VEDEL, G. Derecho Administrativo. Aguilar, Madrid, 1980 (tr. 6ta. ed.).

VILLAR PALASI, J.L. - VILLAR EZCURRA, J.L. Principios de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS: SU PRESUNCIÓN DE
LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SU PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

JAIME VIDAL PERDOMO

Profesor Emérito de la Universidad del Rosario
Profesor Honorario de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional (Colombia)

I. INTRODUCCIÓN

Al participar con el mayor interés en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", quien es un gran maestro del derecho administrativo de Latinoamérica, quiero comenzar haciendo unas consideraciones sobre el tema que me ha sido propuesto.

En la primera parte del enunciado se utiliza el término "ejecutividad", y no el más empleado de "ejecutoriedad", que procede del lenguaje italiano.

Al indicarse en la segunda parte título de esta conferencia el efecto jurídico de la presunción de validez se plantea bajo las ideas de "legalidad" y de "legitimidad", como conceptos diferentes, aunque hay un entendido general que los toma como equivalentes.

Si se piensa también en las diferentes acepciones o formas de empleo que se asignan al adjetivo "ejecutorio" (*decisión exécutoire* en Francia, "fuerza ejecutoria" de la legislación argentina), vemos que existen cuestiones terminológicas que suponen algún análisis en este trabajo; la claridad en la identificación del objeto del mismo, o de los fenómenos Jurídicos que se quieren discutir en el importante coloquio de Caracas, puede verse menguado, si no hay alguna reflexión adicional consagrada a los aspectos terminológicos.

Ya no desde un ángulo formal, sino desde el fondo del asunto, tanto la ejecutoriedad del acto administrativo como su presunción de

legalidad evocan privilegios o maneras de ser de la administración o el poder público administrativo, que no son iguales en el derecho europeo continental y en el derecho inglés, y que resumen una diferente posición del Estado ante la Justicia.

Por lo tanto, habrá de ocuparse esta comunicación de todas estas cuestiones y sus principales consecuencias, en el orden en que le han sido formuladas.

No obstante la extensión temática y la abundante bibliografía que sobre el particular existe, por razón de los límites de la exposición serán pocos los autores que se citen. Se hará referencia al Código Contencioso Administrativo de Colombia de 1984 para ver la regulación de la materia, así como a la legislación argentina y a la española; como ejemplos del tratamiento legal en esta especie de comunidad jurídica que se ha venido formando cuando se estudian problemas -del derecho desde la perspectiva de la América Latina, que exige un conocimiento del sistema positivo de la región Jurídica y el de la doctrina europea.

Será de mucho provecho en un futuro el estudio detenido de la Ley española número 30, de 1992, del régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; por ahora será aconsejable seguir el debate que ella ha creado, por lo que apenas se harán referencias al estatuto indicado, no obstante la enorme influencia que está ejerciendo el derecho español en el hispanoamericano, como desde España se prefiere decir.

No alcanzará el desenvolvimiento que a la materia pueda darse el extremo del examen de coacción directa, que guarda relación, naturalmente, con la teoría de la decisión ejecutoria y el privilegio de la acción de oficio, como se presenta en el formidable libro de Iñaki Agirreazkuenaga (La coacción administrativa directa, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, Civitas, 1990), pero que toma también otra dinámica de la ejecución administrativa.

II. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD

El término de ejecución se equipara al de cumplimiento de una norma jurídica. En el derecho colombiano la potestad reglamentaria la



otorga la Constitución Política (art. 189.11) al presidente de la República como una facultad normal que esta autoridad posee para "la cumplida ejecución de las leyes".

En el caso de los actos administrativos lo que se quiere destacar al mencionar la palabra ejecución es referirse a su fuerza obligatoria.

Esta fuerza obligatoria se extiende como un privilegio otorgado a la función ejecutiva que encarna el presidente de la República, como lo hace Juan Carlos Cassagne al citar el art. 86 de la anterior Constitución argentina modificada en 1994, que enumeraba las atribuciones del Presidente de la Nación (La ejecutoriedad del acto administrativo, en Acto y Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1975).

Continuando la reflexión a que invita el ejemplo colombiano, fácil es comprender que los reglamentos, sean obligatorios, como que son parte de la voluntad del legislador para poder alcanzar sus cometidos.

La novedad, entonces, de la ejecutividad en la teoría jurídica sería extenderla a actos administrativos que están en una escala inferior a los reglamentos, menos comprometidos -sí así puede decirse- con el deber de la cumplida ejecución de la Ley.

Aparece también el uso del término ejecutoriedad, tomado del lenguaje italiano. La ejecutoriedad es concepto utilizado en el tratado de los profesores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1989, volumen V, p. 481), y se presenta como un privilegio administrativo.

El profesor Cassagne relaciona la discusión que se ha sostenido entre ejecutividad y ejecutoriedad, prefiriendo este último; aquel haría referencia al carácter del acto que hace que deba cumplirse; la ejecutoriedad pondría el acento en quién dispone el cumplimiento del acto y en que forma. Este segundo concepto, a mí entender, sería más completo, en cuanto engloba al primero sobre la base de que la ejecución está a cargo de la administración, no pasando por el juez. La legislación colombiana en el art. 64 del Código de la materia menciona el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, como respondiendo a la sutil distinción.

III. EJECUTORIEDAD Y "DECISIÓN EXECUTOIRE"

En el excelente manual de Droit Administratif del profesor Jean Rivero, que ahora publica con la colaboración de Jean Waline (Paris, Dalloz, 1994), sobre la "*décision exécutoire*" se enfatiza el carácter de decisión que debe tener el acto al cual se aplican los efectos de la ejecutoriedad; por ello el capítulo comprende los actos administrativos que no tienen esa virtud, como los puramente declarativos, los que preceden y preparan las decisiones, las circulares e instrucciones de servicio, las directivas.

Así el efecto ejecutorio se centra en aquellos actos en los cuales sus autores desean modificar las situaciones jurídicas existentes; los autores son las autoridades administrativas superiores dotadas de un poder de decisión general y los jefes de servicio que dentro del cuadro de sus competencias toman también decisiones unilaterales.

De manera excepcional las personas privadas pueden hacer otro tanto, para el cumplimiento de una misión de servicio público, dice Rivero. En Francia ha ocurrido con las órdenes profesionales y con asociaciones o sociedades que dirigen servicios públicos administrativos.

Al respecto en mi libro de Derecho Administrativo (Bogotá, Temis, 1997), he criticado la noción de rama ejecutiva dada por la nueva Constitución colombiana de 1991, al incluir (art. 115) a las empresas industriales y comerciales del Estado en ella, cuando sólo por excepción tienen funciones ejecutivas adicionales a las de gestión económica.

Naturalmente que los efectos a los cuales se ha referido el profesor emérito de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) no son sólo los de modificar una situación jurídica existente, sino también la de crearla o extinguir la, según las distintas clasificaciones de los actos administrativos, que no son de recibo en el momento.

En el estudio citado de Cassagne se da una definición de la ejecutoriedad y se avanza sobre el privilegio que significa la posibilidad de la administración de ejecutar ella misma sus decisiones.

Para el profesor argentino la ejecutoriedad es la facultad atribuida por el ordenamiento jurídico a los órganos estatales que ejercen la función



administrativa para la realización o cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, acudiendo de ser necesario al empleo de medidas de ejecución.

Se reconoce, obviamente, por este autor que existen numerosos actos administrativos cuya realización opera por su propia virtualidad, sin que la administración tenga que apelar a la ejecución forzada, como las declaraciones de conocimiento o de juicio que producen efectos jurídicos directos (actos registrales y certificaciones).

Para referirse a la ejecutoriedad los profesores García de Enterría y Fernández afirman que la administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias por propia autoridad (arts. 44 y 101 de la ley anterior de procedimientos administrativos), de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento.

Pero si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados, tampoco necesita la administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer por sus propios medios la ejecución forzosa (art. 102 de la anterior Ley de Procedimientos Administrativos).

Los autores españoles citados, cuya obra es de las más estudiadas en Hispanoamérica, agregan una precisión procesal que contribuye a dar aún mayor claridad a su pensamiento: la ejecutoriedad de los actos administrativos no puede confundirse con la fuerza ejecutoria de ciertos títulos del tráfico jurídico particular, pues dicha fuerza únicamente puede hacerse valer dentro del juicio o proceso ejecutivo.

Por tal consideración rematan su argumento sosteniendo: "la administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo", como lo están los demás sujetos del ordenamiento jurídico sin excepción.

IV. EJECUTORIEDAD, EJECUTIVIDAD Y LA LEGISLACIÓN

Ya estamos viendo del recorrido conceptual que venimos haciendo en la doctrina que la comprensión del fenómeno de lo que el derecho

francés denomina "*privilege du préalable*", o de la noción de ejecución de los actos administrativos, que es privilegiada, según lo que hemos expuesto y se expresa en el concepto mismo citado.

Así los términos de ejecutivo, ejecutorio, ejecutividad y ejecutoriedad surgen para comunicar esa noción jurídica en la legislación, con los desacuerdos terminológicos a que pueda dar lugar.

Los textos referenciados por García de Enterría y Fernández de la Ley española de procedimiento administrativo de 1958 decían así: "los actos de la administración sujetos al derecho público serán ejecutivos, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V del título V de esta Ley" (art. 44).

Por su parte el art. 101 definía: "Los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en el art. 116 y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o requiera aprobación o autorización superior".

Hoy en día la ley 30 de 1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en el capítulo de la eficacia de los actos declara: "Los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta ley" (art. 56).

En el derecho, argentino también la ley ha pasado a definir los efectos ejecutivos de los actos administrativos. En el art. 12 de la ley número 19549 se dispone que su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlos en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieran la intervención judicial, según la cita que hace Juan Carlos Cassagne.

En el derecho colombiano el denominado Código Contencioso Administrativo de 1984 (decreto-ley 01 de ese año) agrupa bajo el título: de carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos el siguiente precepto:

Art. 64. "Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que



pueden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán entes, 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".

Para finalizar estos aspectos de terminología, dos artículos, siguientes versan sobre la pérdida de fuerza ejecutoria y la excepción de pérdida de ejecutoriedad.

V. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el momento ya de descender a esta concreción de los efectos ejecutivos o ejecutorios de los actos administrativos nos resulta de mucho provecho la lectura de la exposición de Jean Rivero y Jean Waline.

Como ya se indicó, la naturaleza privilegiada de los actos administrativos está destinada a producir modificaciones en el ordenamiento jurídico.

De este modo, continúa el maestro de París, la afirmación de la situación jurídica nueva crea inmediatamente esta situación. El particular que es objeto de una decisión se encuentra, desde que ésta tiene lugar, titular de un derecho o de una obligación que aquella ha buscado establecer: es acreedor o deudor, está obligado a hacer o no hacer, está investido de un *status* nuevo, etc.

De allí extrae la definición del "*privilège du préalable*" como la autoridad que se atribuye la decisión, previa a cualquier verificación por el juez. Recuerda ahí la expresión de "*autorité de chose décidée*" empleada por Georges Vedel por analogía con la autoridad de la cosa juzgada.

Siguiendo el desarrollo de su pensamiento, se llega a la ejecución de las "*decisions exécutoires*", esto es, de traducir en los hechos la situación jurídica creada. Distintas hipótesis se pueden distinguir:

Cuando la ejecución incumbe a la misma administración, corresponde a ella tomar las medidas necesarias, como otorgar la subvención acordada, dejar de pagar el sueldo del funcionario, etc.

Si la decisión ha otorgado un derecho a una facultad a un particular (permiso de construir, autorización de ocupación del dominio público), éste debe usar de su derecho y la administración no debe ponerle obstáculo.

El problema es más difícil a cuando la decisión pone a cargo de un particular una obligación que no es cumplida voluntariamente. ¿Cómo obtener la obediencia?, se pregunta Rivero.

Dispositivos penales pueden sancionar el incumplimiento; también pueden existir sanciones administrativas, como el retiro de cartas o de autorizaciones.

En otros casos de rebeldía puede llegarse al empleo de la coacción bien con la "ejecución de oficio" quitando un vehículo mal estacionado de la vía pública, bien con la "ejecución forzada" obligando al ocupante de un inmueble a dejarlo, por ejemplo.

Delante de estas hipótesis más delicadas en que es preciso vencer la resistencia particular surge también la preocupación de un equilibrio dentro de la seguridad jurídica de los ciudadanos y la inconveniencia de dejar desarmada la administración ante los intereses privados.

La jurisprudencia francesa apela a los criterios a ese respecto derivados por el Comisario de Gobierno Romieu con ocasión del célebre fallo del tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, Sociedad Inmobiliaria de Saint-Just.

También se destaca por el autor citado que en casos de urgencia se autoriza la ejecución de oficio o forzada, aún sin resistencia que vencer y sin recurso a la sanción penal; igualmente que las medidas adoptadas no deben ir más allá del fin buscado.

VI. EL CONTRASTE CON EL SISTEMA DEL COMMON LAW

Los profesores García de Enterría y Fernández se encargan de establecer el contraste entre el privilegio de la decisión previa que encarnan los actos administrativos y el sistema anglosajón.



En este último afirman ninguna obligación de cumplimiento dimanada de los actos administrativos por su procedencia subjetiva de la administración. La fuerza de los actos administrativos es la fuerza de la ley que aplican, de modo que -agregan- si puede demostrarse que el acto no está cubierto por la ley. El cumplimiento del mismo no es obligatorio, frente a él es legítima la resistencia física incluso, cuando él pretende limitar o desconocer la libertad del ciudadano.

El que incumple un acto administrativo se arriesga a una condena penal si el acto es considerado legítimo, pero no tiene un carácter ejecutorio como se ha visto en el derecho continental y que ha llegado hasta nosotros.

Los profesores españoles continúan explicando que el juez penal, como juez de la libertad, protegerá el incumplimiento cuando éste aparezca fundado en la ilegalidad del acto.

Tampoco posee la administración inglesa poderes de oficio para imponer por su coacción la ejecución forzosa de los actos desatendidos. Se debe acudir a la vía penal, como ocurrió con un propietario de un terreno dedicado al camping, no obstante que le había sido negada la licencia al respecto. La sanción penal fue aumentada por la renuencia del interesado, hasta cuando se mostró inclinado a ejecutar el mandamiento del tribunal. En el derecho administrativo europeo -y en el latinoamericano-, la resistencia del propietario se hubiera quebrado por la fuerza pública, sin perjuicio de que hubiera podido cometerse también un delito de desobediencia.

La ejecución judicial de las pretensiones administrativas puede seguir también los cauces civiles y no sólo los penales: sostiene García de Enterría y Fernández finalizando su análisis, es el proceso ejecutivo propiamente tal.

Como excepción que reconoce un poder legal de "acción de oficio" (así llamada en derecho francés) a la administración se citan por los autores españoles los "*direct enforcement powers*", limitados a dos casos: acciones sumarias exigidas por una urgente necesidad de proteger los intereses de otras personas (por razones de salubridad), y la acción de la policía de seguridad en la seguridad y prevención de los delitos, con modalidades, sin embargo, de eventual intervención judicial.

De todos modos, el contraste que se ha mostrado hunde sus raíces en la historia del derecho anglosajón y el continental y el diferente espíritu de encarar el tema de la justicia, con críticas al origen "absolutista" que se ha hecho por algunos autores ingleses, como lo recuerdan García de Enterría y Fernández.

Se entraría al fondo del examen comparatista de los dos grandes sistemas de derecho, desbordando el objetivo de esta comunicación, pero atendiendo un propósito que está en boga, como lo muestra el libro del presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, profesor Jorge Vélez García, titulado "Los dos sistemas del Derecho Administrativo" (Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arbleda, 1994).

VII. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD

Para concluir este estudio según el enunciado temático, queda como último punto este de la presunción de legalidad o legitimidad.

En la doctrina francesa (René Chapus, *droit Administratif Général*, Paris Montchrestien, 1995), la presunción de la legalidad de las decisiones administrativas se ubica como parte del deber de obediencia, en cuanto ellas contienen obligaciones, para los gobernantes o los mismos administrados.

Es a esta presunción a la cual está ligada "la autoridad de la cosa decidida", ya invocada en este trabajo; es lo que justifica que desde su entrada en vigor toda decisión sea introducida dentro del ordenamiento jurídico sin necesidad de verificar su regularidad.

El administrado -continúa el profesor Chapus cuyo tratado ha tenido mucho éxito en los últimos años de la doctrina francesa- no está admitido a hacerse juez de las decisiones que se imponen a él. El no puede sino controvertirlas delante de la propia administración o ante el juez, sin que, en principio, el recurso dirigido a la una o al otro tengan un efecto suspensivo de la decisión.

De esta manera, en la obligatoriedad de los actos administrativos y en el carácter suspensivo o no de los recursos que contra ellos se



ejerzan se centra el tema de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas.

Alrededor de este núcleo conceptual y las posibilidades de impugnación de los actos administrativos gira también la exposición de los profesores García de Enterría y Fernández.

El empleo indiferente de los vocablos legalidad o legitimidad los lleva a precisar las consecuencias de la presunción, dentro de las cuales está que ella no es definitiva sino *juris tantum*, con lo cual se recoge la diferencia de la doctrina francesa entre "cosa juzgada" y "cosa decidida".

Lo cual, supone -agregan- que los ciudadanos quedan gravados con la carga de recurrir, de actuar como demandantes, para destruir esa presunción previa de validez de que se beneficia la administración.

Dentro de la misma perspectiva se coloca el análisis de José Roberto Dromi dentro del libro argentino citado, al acometer el tema de la presunción de legitimidad.

Las consecuencias de esta presunción de legitimidad cuya precisión terminológica se mencionará adelante, son similares a las que ya se han puesto sobre el tapete. El significado que toma la presunción es la de que el acto ha sido emitido conforme al derecho, o sea presunción de regularidad del acto.

La referencia a la ley argentina número 19.549 afianza la tesis de la legitimidad del acto, como presunción de validez de los actos estatales, y es solamente *juris tantum* (que no cubriría a los actos nulos), y con efectos en cuanto a la impugnabilidad de las decisiones, las posibilidades de suspensión de las mismas y las cargas procesales, según el abanico de consecuencias que ya se abrió.

Por último, para cerrar el análisis correspondiente a esta comunicación, asoma la cuestión terminológica. Mientras en la doctrina española invocada es indiferente la utilización del vocablo legalidad o legitimidad, Dromi afirma que según el tratadista Manuel María Díez al hablar de legalidad se comprendería legitimidad y oportunidad del

acto sino su simple legitimidad, entendida según el autor como regularidad del acto.

Sólo se añade que desde el ángulo del derecho administrativo colombiano la expresión más cotizada es la de presunción de legalidad.

MATERIALIZACION DEL
ACTO ADMINISTRATIVO.
DOCUMENTO ADMINISTRATIVO
Y DOCUMENTO PUBLICO

MATERIALIZACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO DOCUMENTO ADMINISTRATIVO Y DOCUMENTO PUBLICO

CONSUELO SARRÍA

Profesora de Derecho Administrativo
en la Universidad del Externado de Colombia

1. Planteamiento General

El análisis del tema relativo a la materialización del acto administrativo está vinculado con materias propias del Derecho Administrativo y del Derecho Probatorio.

En efecto, el acto administrativo como acto jurídico que es¹, en cuanto es la manifestación de la voluntad de quien ejerce la función administrativa para que se produzcan determinados efectos en derecho, se materializa a través de unas formas que constituyen un elemento propio de su estructura, su elemento formal. El acto administrativo, además, tiene como atributos propios su presunción de legalidad y su ejecutividad, los cuales son considerados como prerrogativas a favor de la Administración para poder cumplir las actividades a su cargo, de una manera eficaz y lograr así los fines propios del Estado.

Los temas mencionados forman parte de la temática propia del Derecho Administrativo, pero en relación con la materialización de los actos administrativos, además es necesario mencionar sus aspectos instrumentales o materiales, los cuales se refieren al documento que lo contiene y acredita su existencia y a su valor probatorio, aspectos que encuadran dentro de otra disciplina jurídica como lo es el Derecho Probatorio, en el cual se desarrollan conceptos tales como los de la

1. TAFUR GALVIS, ALVARO, Estudios de Derecho Público, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, Pág 304. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Procedimiento Administrativo Municipal, Abella, Madrid, 1978, Pág 243

prueba literal, el documento público, el instrumento público, el documento privado y su respectivo valor probatorio.

El objeto fundamental del presente estudio es el análisis de los aspectos instrumentales o materiales del acto administrativo, para abordar el cual es del caso hacer previamente algunas precisiones respecto de su elemento formal y de su presunción de legalidad y su ejecutividad, así como respecto del documento público y su valor probatorio.

2. El elemento formal del Acto Administrativo

Al contrario de lo que sucede en el ámbito del derecho privado, en el cual, por regla general, los actos jurídicos de los particulares no están sometidos a especiales requisitos de forma y sólo por excepción la ley establece para ciertos actos, determinadas formas, las autoridades administrativas, al hacer sus manifestaciones de voluntad y expedir actos administrativos, como norma general, deben hacerlo con el cumplimiento de formas especiales.

Lo anterior, porque la declaración de voluntad, que busca la producción de efectos en derecho, la hace la Administración Pública a través de una persona física o un particular que ejerce la función administrativa y por lo tanto su voluntad está enmarcada por los límites de la propia ley que le otorga la competencia específica, de que se trata², con el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como garantía para los administrados³.

El acto administrativo como declaración de voluntad que es, debe manifestarse externamente para producir los efectos jurídicos que le son propios, y "... la 'forma' es la manera como se expresa o como se traduce el contenido" y "... al exteriorizar un pensamiento, un movimiento

-
2. Sobre el tema de la competencia y la forma de los actos administrativos, ver: CALOGEROPOULOS, ANDRÉ, *Le Controle de la Légalité Externe des Actes Administratifs Unilatéraux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, Pág 58 y siguientes.
 3. Entre otros GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Quinta Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, Pág 518. PAREJO ALFONSO, LUCIANO y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Cuarta Edición, Ariel, Barcelona, 1996, Pág 571.



volitivo interno, transforma la ‘voluntad’ en un fenómeno que entonces queda ubicado dentro del mundo jurídico, que es un mundo externo” (Resaltados del texto)⁴.

El elemento formal de los actos administrativos, está integrado por la forma misma de exteriorización de la voluntad, es decir, lo relativo a su emisión y las formalidades, las cuales se refieren, tanto al procedimiento relativo a la formación del acto, como a los requisitos para dictarlo, y pueden ser anteriores (procedimiento de formación del acto), concomitantes (como su motivación) o posteriores al mismo (como la forma de su notificación).

De los anteriores aspectos relacionados con el citado elemento formal del acto administrativo resulta de interés para el análisis del tema de la materialización del acto administrativo, el relativo a la forma de su emisión, es decir, a la manera de exteriorizarse la voluntad administrativa.

Aunque siempre se estará a lo dispuesto en la respectiva legislación positiva, la norma general es que el acto administrativo tiene la forma escrita y sólo por excepción será materializada la voluntad de la autoridad administrativa de manera verbal o simbólica⁵.

4. MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, Pág 303. En igual sentido CASSAGNE, JUAN CARLOS, Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, Pag 165.

5. En la legislación española, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, en su artículo 55 dispone que los actos administrativos deben ser escritos a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia. En la legislación argentina, desde la vigencia de la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo Nacional (Artículo 8) se estableció como norma general que el acto administrativo debe ser escrito y que sólo por excepción y cuando las circunstancias lo permitan podrá utilizarse otro medio.

Ver sobre la regulación en el derecho venezolano BREWER-CARIAS, ALLAN R., El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pág 160.

En el Código Contencioso Administrativo de Colombia, contenido en el Decreto 01 de 1984, modificado por el Decreto 2304 de 1989, no se establece dicha previsión de una manera expresa, pero de la regulación de todo el procedimiento administrativo es sencillo llegar a la conclusión de que el legislador consideró que los actos administrativos eran escritos. En este sentido pueden consultarse sus artículos 6, 15, 17, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 64 y 68, entre otros.

En efecto, si se considera que los actos administrativos, como actos jurídicos que son producen efectos en derecho y pueden crear, modificar o extinguir obligaciones y además tienen el atributo de la ejecutividad, y como consecuencia su ejecutoriedad, es necesario que, respecto de los mismos, exista certeza en cuanto a todos sus aspectos para los administrados, y ello se logra de manera efectiva a través de la forma escrita.

También, en cuanto los actos administrativos deben ser notificados o publicados, según el caso, deben constar por escrito.

Y si los requisitos de forma de los actos administrativos se consideran como una garantía para los particulares, éstos deben tener la posibilidad de interponer los recursos administrativos para cuestionarlos y ello será posible si el acto administrativo es escrito y es debidamente notificado y el particular es informado de los mecanismos de protección jurídica que en cada caso son procedentes.

Además, si el acto administrativo puede haber implicado la realización de diferentes actos administrativos de carácter preparatorio, es de gran importancia que conste, en el mismo, dicha actuación administrativa.

Pero si bien, por las razones anteriores, la norma general es la forma escrita de los actos administrativos, hay ciertas actividades administrativas que permiten por excepción, la forma verbal, así por ejemplo a) las decisiones que surgen dentro de la relación de jerarquía u órdenes internas, b) las que surgen en ejercicio de las facultades de policía administrativa, las cuales además pueden expresarse, en algunos casos, con señas o símbolos y en fin, c) en aquellos casos en los cuales por regulación especial así lo autorice la ley.

Las anteriores son formas expresas a través de las cuales se exterioriza la voluntad de la autoridad competente de producir efectos jurídicos en materia administrativa, pero debe mencionarse también una figura propia del Derecho Administrativo y es la que surge en relación con los actos presuntos o tácitos, en los cuales no hay una manifestación externa de la voluntad administrativa, sino que la ley presume cual es la



voluntad de la Administración ante su silencio, el cual, según el caso puede ser negativo como regla general o positivo en aquellos casos expresamente previstos en la ley, y los actos tácitos en los cuales la decisión tácita surge enfrente a determinados hechos o actos positivos de la administración⁶.

Es claro que en relación con las anteriores “formas” de expresión de la voluntad de la Administración se exigen requisitos diferentes, no son los mismos los de los actos escritos, que los que deben reunir los actos que tienen la forma verbal o los de aquellos en los cuales la voluntad se presume, y ello, dependerá de la regulación que en cada legislación positiva se establezca al respecto⁷.

En términos generales puede afirmarse que los requisitos formales que se refieren a la expedición del acto escrito son: la expresión de la autoridad que expide el acto administrativo de que se trata, el lugar y fecha de su expedición, la motivación de la decisión, la parte dispositiva, la firma de quien lo expide, lo relativo a su notificación y la advertencia de los recursos procedentes contra el mismo.

Pero quizás el aspecto de mayor trascendencia en relación con el elemento formal es el relativo a establecer sus efectos, en cuanto a la validez y eficacia de los actos administrativos⁸, toda vez, que no toda irregularidad formal vicia el acto de invalidez y por ello se distingue entre requisitos formales sustanciales que son aquellos que tienen como finalidad proteger el derecho de defensa de los particulares interesados o que si se omiten el acto administrativo no logra su finalidad y por lo tanto vician su validez y los requisitos de forma no sustanciales los cuales no invalidan el acto, sino que suspenden su eficacia.

6. MARIENHOFF, MIGUEL S., opus cit., Pág 316.

7. En el Código Contencioso Administrativo de Colombia, su artículo 42, al regular la figura del silencio administrativo positivo y el procedimiento para invocarlo, dispone que se le dé forma escrita, mediante la protocolización en escritura pública de la copia de la petición hecha a la Administración y de la declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión al respecto.

8. Sobre el tema resulta de especial interés la Monografía titulada “Validez y Eficacia de los Actos Administrativos”, elaborada por la Profesora MARGARITA BELADIEZ ROJO, publicada por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1994.

3. La presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos

Se trata de dos atributos del acto administrativo, que al suponer, que el acto fue expedido conforme a derecho, implican que una vez expedido, puede ser puesto en ejecución inmediatamente y que por lo tanto son atributos que se complementan entre sí y se refieren a actos administrativos que tanto desde el punto de vista de su validez, como del relativo a su eficacia son perfectos, es decir, que fueron expedidos conforme a derecho y que cumplieron los requisitos necesarios para su eficacia, tales como su notificación o publicación, según el acto de que se trate.

Y el fundamento de la presunción de legalidad se encuentra en que, de acuerdo con la concepción del Estado sometido al derecho, según la cual, las autoridades públicas deben actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido, se presume que sus actos serán expedidos conforme a derecho y por ello como consecuencia de dicha presunción, la legitimidad de los actos administrativos no hay que declararla, su declaratoria de ilegalidad no puede ser de oficio por el juez administrativo y en cuanto se trata de una presunción desvirtuable, quien lo pretenda tendrá que alegar y probar sus afirmaciones, demostrando que, el acto administrativo de que se trate, desconoció el ordenamiento jurídico al que estaba sometida la autoridad que lo expidió.

Por su parte, la ejecutividad del acto administrativo es consecuencia de su presunción de legalidad y es el atributo que implica su eficacia o exigibilidad ya que, una vez perfeccionado produce sus efectos, sin que sea posible diferir su cumplimiento y surge así otro atributo, el de su obligatoriedad.

La ejecutividad de un acto administrativo es diferente de su ejecutoriedad, aspecto este referido a la capacidad que tiene la Administración, de acuerdo con el orden jurídico de ejecutar por sí y ante sí el acto, haciendo uso, si fuere necesario, de medidas de carácter coercitivo⁹.

9. RIVERO, JEAN, Derecho Administrativo, Traducción de la 9ª Edición, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág 110 y siguientes.



Los anteriores aspectos se han analizado para concluir que el acto administrativo producirá sus efectos de manera inmediata siempre y cuando hubiere sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico establecido, y con el cumplimiento de los requisitos formales y analizar a continuación los aspectos probatorios en relación con el documento que lo contiene, en el cual se materializa la voluntad de quien ejerce la función administrativa y su carácter de documento público, así como su valor desde el punto de vista probatorio.

4. El documento como medio probatorio. Documento Público y Documento Auténtico

El documento como uno de los medios de prueba es considerado como una “cosa”¹⁰ u objeto que por ser susceptible de ser percibida por los órganos de los sentidos, sirve por sí misma para comprobar o ilustrar, por representación, la existencia de un hecho o la exteriorización de un acto humano.

Se trata entonces de una prueba indirecta, representativa e histórica.

Indirecta porque el conocimiento del juez es indirecto en relación con el hecho o acto que se pretende probar.

Representativa en cuanto representa lo que se quiere probar, algo diferente al documento mismo, y por ello no debe confundirse el documento con lo que éste prueba, que generalmente es un hecho pretérito.

Lo anterior aunque también el documento puede ser de carácter declarativo, cuando el hecho documentado es una declaración de hombre y contiene una declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo¹¹.

Y es una prueba histórica, en cuanto como indirecta que es, representa el hecho pretérito que se trata de probar y el juez aprecia la

10. CARNELUTTI, FRANCESCO, La Prueba Civil, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, pág 154.

11. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, Teoría de la Prueba Judicial, Editorial Jurídica Dike, Bogotá, Tomo 2º, 1987, Pág 501.

verdad del hecho a través de su representación sin necesidad de deducción alguna.

De acuerdo con lo anterior, se consideran documentos como medios de prueba, no solamente los documentos escritos, sino también otra clase de impresos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, grabaciones, radiografías, cupones, etc.¹², que pueden representar la existencia de un hecho o una declaración de voluntad.

El anterior criterio es aceptado unánimemente en la doctrina del derecho probatorio y recoge la realidad originada en el avance tecnológico que al documento escrito ha agregado muchas otras posibilidades de documentos que materialmente son diferentes a la prueba escrita propiamente dicha.

Pero además es necesario distinguir entre el autor del documento y el autor del hecho documentado, ya que puede documentarse un hecho ajeno o de la naturaleza (documento heterógrafo) y también hechos propios como en los documentos declarativos o dispositivos (documento autógrafo).

Y asimismo es diferente el documento en sí mismo considerado de la declaración en él contenida.

Ahora bien, los documentos pueden ser documentos públicos y documentos privados.

Es documento público el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención y con el cumplimiento de las formalidades legales.

Es decir que para que un documento sea considerado como público se requiere:

12. El artículo 251 del Código de Procedimiento Civil de Colombia, dispone: “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.



- que haya sido otorgado, autorizado o suscrito por un funcionario público,
- con el cumplimiento de las formalidades legales, y
- que ese funcionario lo haya otorgado en ejercicio de sus funciones.

Además, de la anterior precisión conceptual de lo que es el documento público, es posible que la ley reconozca, de manera expresa, el carácter de documento público con todas sus consecuencias a determinadas actuaciones de los funcionarios públicos, como sucede Colombia en donde el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 262, reconoce expresamente el carácter de documentos públicos a:

- las certificaciones que expiden los jueces sobre la existencia de procesos, la ejecutoria de resoluciones judiciales, y sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones,
- las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos, y
- las que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos autorizados por la ley.

Reconocimiento que es reiterativo si se tiene en cuenta que los documentos a que se refiere el citado artículo están incluidos dentro de la definición general de documento público que se ha precisado y que también acoge el mismo Código de Procedimiento Civil de Colombia en su artículo 251.

El documento que reúna los anteriores requisitos, además se presume auténtico, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad, lo que significa que existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado y prueba su otorgamiento, su fecha y las declaraciones que en él haga el funcionario que lo autoriza¹³.

13. Con los alcances precisados el Código de Procedimiento Civil de Colombia, regula los documentos públicos en sus artículos 252 y 264 y el Código Civil en su artículo 1758.

Pero no es sinónimo el documento público del auténtico, ya que si bien es cierto que el documento público siempre es auténtico hay documentos auténticos que no son públicos y es que la autenticidad se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por la persona que lo suscribe y que su existencia es cierta, mientras que su carácter de público significa que fue expedido por un funcionario en ejercicio de funciones públicas y que no es reservado para los interesados sino otorgado para todos¹⁴.

Por otra parte, si el documento es un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario es instrumento público y cuando es otorgado por un notario e incorporado en el protocolo se denomina escritura pública¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, se trata de conceptos diferentes el de documento público y el de instrumento público, ya que este último es el documento escrito y no las demás clases de documentos y también es diferente el concepto de escritura pública de los demás instrumentos públicos, en cuanto la escritura es otorgada por las partes, pero la autoriza o suscribe el Notario.

5. Valor probatorio del documento público

El valor probatorio de un documento se refiere a su poder demostrativo como elemento de convicción y al respecto debe distinguirse entre el documento público y el documento privado. En razón del tema del presente estudio limitamos el análisis al valor probatorio del documento público.

El documento público, en cuanto se presume su autenticidad, tiene valor probatorio pleno, erga omnes y da fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que haga el funcionario que lo autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones hechas por los

14. ROCHA ALVIRA, ANTONIO, De la Prueba en el Derecho, Ediciones Lerner, Bogotá, 1967, Pág 468.

15. Así lo precisan los artículos 1758 del Código Civil y 251 del Código de Procedimiento Civil de Colombia.



interesados y las en él contenidas sólo son plena prueba contra los declarantes.¹⁶

Como los documentos públicos también pueden contener declaraciones de los funcionarios públicos que los expiden o suscriben, en este caso también son plena prueba de su expedición, de su fecha, del funcionario que lo expidió y en cuanto a su contenido lo será si así lo reconoce expresamente la ley.

6. Documento Administrativo y Documento Público

Precisados los aspectos relativos a la materialización y forma de los actos administrativos y los puntos fundamentales del documento público como medio probatorio, es del caso establecer, si el documento que contiene al acto administrativo tiene el carácter de documento público, o de instrumento público, y cuál es su valor probatorio.

En este punto es indispensable insistir en que dichos conceptos tienen relación con el aspecto instrumental del acto administrativo, es decir el alcance probatorio del documento que lo contiene, cuando dicho acto ha sido proferido de forma escrita, y no, con su aspecto sustancial y sus atributos propios como lo son su presunción de legalidad y su ejecutividad.

Aunque la materia generalmente es objeto de regulación en las diferentes legislaciones procesales positivas, desde el punto de vista doctrinario el tema puede enfocarse hacia la necesidad de establecer si todo documento expedido por los titulares de la función administrativa del Estado y que contiene una manifestación tendiente a producir efectos en derecho, tiene el carácter de documento público y como tal cuál es su alcance probatorio.

Hay una tendencia doctrinaria que se inclina por considerar que toda actuación administrativa, en cuanto está contenida en un documento proferido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y de

16. El Artículo 1759 del Código Civil de Colombia, dispone que: “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes ...”.

conformidad con la ley, tiene el carácter de documento público auténtico y por lo tanto da plena fe, de su fecha, del funcionario que lo expidió y de su otorgamiento.

Por otra parte, se propone un criterio más restrictivo al considerar que los actos administrativos sólo son documentos públicos en los casos expresamente reconocidos como tales por la ley y por lo tanto, sólo en esos casos tendrán el valor probatorio propio de dichos documentos, sin que ello implique la legitimidad de su contenido.

Pero en lo que si hay un criterio unificado es en cuanto a que no puede confundirse la presunción de legalidad y la ejecutividad del acto con el carácter que excepcionalmente pueda tener el acto administrativo de instrumento público¹⁷.

Lo anterior, por cuanto estos últimos conceptos son atributos propios del acto administrativo como acto jurídico que es, mientras que el valor probatorio hace referencia es al documento que formalmente materializa ese acto jurídico, que prueba su existencia, su autenticidad. Sin embargo, se afirma también que el carácter de instrumento público del documento que contiene un acto administrativo es resultante de la presunción de su legitimidad, aunque ello no implica la legitimidad del acto mismo¹⁸.

Así las cosas, es claro que el considerar al acto administrativo como un documento público o mas exactamente como un instrumento público implica el que el documento que lo contiene, que documenta el acto jurídico es auténtico y tiene por ello fuerza probatoria mayor que la que puede tener un documento privado. Pero para ello es necesario que expresamente la ley le reconozca tal carácter. En otras palabras el documento que materializa un acto administrativo, no es por el solo hecho de ser proferido por una autoridad pública un documento público y en

17. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Acto Administrativo*, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, Pág 361 y 362.

18. DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Tercera Edición Actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, Pág 137.

GARCIA-TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los Actos Administrativos*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1986, Pág 104.



caso de ser aportado como prueba tendrá que ser valorado por el juez de acuerdo con las normas de la sana crítica en materia probatoria.

Si se llegare a considerar que todo acto administrativo tiene el carácter de instrumento público implicaría que el funcionario público actúa en un doble carácter como parte en la expedición del acto y como depositario de la fe pública y esa fe pública hará referencia a la expedición del acto, a su fecha, a su firma, pero no a los motivos que originaron la decisión, a su contenido, ni a su validez.

7. Los Actos administrativos como documentos públicos en el derecho Colombiano

Para desarrollar esta parte es pertinente el análisis de las normas que en el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil reglamentan el tema relativo a los documentos públicos.

El artículo 1758 del Código Civil dentro del título sobre la prueba de las obligaciones dispone que “Instrumento Público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo se llama escritura pública”.

Por su parte, el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil define el documento público como “... el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo se denomina escritura pública ...”.

De conformidad con estas normas, el documento administrativo que contiene un acto administrativo tiene el carácter de instrumento público, en cuanto es expedido por el funcionario competente en ejercicio de su cargo y de acuerdo con las formalidades que establece la ley.

Nótese que la norma expresamente reconoce tal carácter, tanto al documento que es otorgado directamente por el funcionario administrativo en ejercicio de su cargo, como al que es otorgado

simplemente con su intervención. Y si lo otorga un notario o quien haga sus veces y se incorpora en el protocolo es una escritura pública.

En el primer grupo están los actos administrativos cualquiera que sea su contenido, ya que éstos son siempre expedidos por funcionario público, en ejercicio de su cargo y con las formalidades establecidas en la ley, generalmente constan por escrito y por lo tanto el documento que los contiene tiene el carácter de instrumento público.

La legislación colombiana, y concretamente el mismo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 252 precisa que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado y agrega que “... el documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad ...”

Lo anterior indica claramente que el documento administrativo que contiene un acto administrativo que fue expedido por la autoridad competente de conformidad con la ley es un documento público y como tal auténtico, lo que significa que hace plena fe en cuanto al funcionario que lo expidió.

Precisado lo anterior, surge el interrogante ¿y dicha calificación de instrumento público y auténtico, que de conformidad con la legislación colombiana se le reconoce al documento administrativo, que efectos tiene desde el punto de vista probatorio?. La respuesta surge también de expresas disposiciones que regulan la materia.

En efecto, el artículo 1759 del Código Civil prescribe que “ El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.

Y el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil dice: “Alcance probatorio. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública, tendrán entre éstos y sus causahabientes el alcance probatorio



señalado en el artículo 258; respecto de terceros se apreciaran conforme a las reglas de la sana crítica”.

Del análisis de las dos últimas normas transcritas se establece que en el derecho colombiano:

- el instrumento público y por lo tanto el documento administrativo hace plena fe en relación con la expedición del acto, su fecha, el funcionario que lo expidió y las declaraciones hechas por éste, pero no tienen ese efecto en relación con las declaraciones de las partes si las hay.
- las declaraciones de los interesados son plena prueba entre ellos y no frente a terceros, en relación con los cuales hay que considerar el documento administrativo de conformidad con las reglas de la sana crítica que imperan en materia probatoria¹⁹.

8. Conclusiones

De acuerdo con los planteamientos que se han hecho pueden establecerse las siguientes conclusiones en relación con la materialización del acto administrativo y los conceptos de documento administrativo y documento público:

- Como norma general puede afirmarse que el acto administrativo se materializa a través de la forma escrita, la cual se encuentra consagrada en la mayor parte de las legislaciones y constituye su elemento formal.
- El acto administrativo así expedido, de conformidad con las formalidades que establece la ley y como acto jurídico que es tiene como atributos propios su presunción de legalidad y su ejecutividad.
- Es diferente y no puede confundirse el acto administrativo como acto jurídico que es y el documento o instrumento que lo contiene y por lo tanto tampoco puede confundirse su

19. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta en sentencia del 27 de junio de 1997, Expediente 8263, reiterando la jurisprudencia establecida en Sentencia de la misma Sala y Sección del 15 de marzo de 1991 en el Expediente 2908.

ejecutividad y obligatoriedad que son atributos del acto sustancialmente considerado con el carácter de instrumento público y el valor probatorio que puede tener el documento que lo materializa.

- En principio no todo documento que contiene un acto administrativo puede considerarse como documento o instrumento público. Será necesario que la ley expresamente le de tal carácter.
- El documento administrativo cuando de conformidad con la respectiva legislación puede ser considerado como documento público hace plena fe en relación con la expedición del acto, su fecha, el funcionario que lo expidió, pero no en cuanto al contenido y legalidad del acto que contiene.
- El documento administrativo como documento público es plena prueba para los interesados que en él intervengan, pero no enfrente a terceros.
- El tema de la materialización del acto administrativo hace relación a un aspecto puramente instrumental del mismo, el cual varía según la reglamentación que en cada caso específico se establezca sobre el tema.

LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
UNED (ESPAÑA)

I. INTRODUCCIÓN

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 del apoyo judicial para tomar decisiones sobre otras medidas ejecutorias. Este "privilegio" está regulado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y se define en el artículo 95: "Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales".

Ahora bien, el hecho mismo de que se utilice a menudo el término "privilegio", "privilegio de decisión ejecutoria", para designar esta potestad administrativa de la autotutela ejecutiva lleva a la sospecha de que algo oscuro o inconfesado hace dificultosa una justificación plena de esta singularidad de los actos administrativos. Y ello porque la ejecución forzosa de las propias decisiones, quebrantando la libertad y derechos fundamentales de otros sujetos, es, *prima facie*, la más típica de las funciones judiciales en cuanto corolario necesario de la facultad de decidir y juzgar y de haber sido concebido el Juez en el Estado liberal de Derecho como el protector de aquellos derechos y único órgano del Estado con poder de desconocerlos o quebrarlos.

Sin embargo, la ejecutoriedad de los actos administrativos en cuya virtud la Administración puede por sí misma realizar materialmente los efectos que de sus actos se derivan en contra de la voluntad del administrado, se manifiesta de manera diversa según la naturaleza y contenido de éstos. En unos casos la ejecución forzosa como tal no es necesaria porque el acto se cumple sin resistencias de sus destinatarios; en otros porque la naturaleza del acto no comporta ninguna actuación material de ejecución por la Administración, ya que el acto no hace más que definir una situación jurídica de la que no derivan necesariamente derechos o deberes inmediatos, como ocurre con el reconocimiento de la ciudadanía o la inscripción en un padrón municipal.

Tampoco puede hablarse de ejecución forzosa del acto administrativo en contra de la propia Administración, es decir, cuando el acto reconoce derechos a los particulares e impone correlativos deberes a la Administración. Si ésta no cumple voluntariamente, el administrado no tiene más alternativa que forzar su cumplimiento por la vía judicial, provocando previamente los actos desestimatorios. Más o menos debe actuar lo mismo que lo haría ante la negativa o resistencia al cumplimiento de una pretensión legítima que tuviese contra otro particular y que además estuviera protegido por el privilegio de inembargabilidad de sus bienes y derechos. En definitiva, la ejecutoriedad de los actos administrativos no juega nunca a favor del particular y frente a la Administración.

Otro supuesto en que no es necesario recurrir al privilegio de la ejecutoriedad para explicar el efecto compulsivo del acto administrativo, se da cuando las medidas de ejecución de éste se pueden subsumir en el ejercicio natural de la autodefensa posesoria. Así ocurre cuando la Administración ordena la expulsión de un particular de una dependencia del dominio público o del seno de un servicio público. En estos supuestos, la Administración emplea un poder fáctico derivado de la situación de dominación posesoria sobre sus bienes y organizaciones, de la misma forma que lo ejercitaría un empresario o cualquier organización privada, o el simple particular que ordena y expulsa a un extraño que se introduce en su domicilio (ejecución de la orden de expulsión de un trabajador de la empresa o del socio de una compañía, etc.). Al no quebrantarse la posesión ni la libertad del ciudadano porque, por hipótesis, la poseedora del derecho y de la organización es la Administración, está de más decir



en estos casos que ésta emplea el privilegio de decisión ejecutoria para consumir el mandato del acto administrativo.

Fuera, pues, de las hipótesis anteriores, el supuesto necesario para la ejecución forzosa lo constituyen los casos en que el acto administrativo impone deberes positivos o negativos al administrado que impliquen, en cuanto éste se niega al cumplimiento voluntario, una agresión sobre aquél mediante la alteración de su *ius posesionis* sobre sus bienes, o una violencia sobre su libertad personal. En tales supuestos, la Administración utiliza lo que se ha venido llamando el privilegio de decisión ejecutoria o ejecutoriedad del acto administrativo o acción de oficio, regulada en el Capítulo V del Título VI de la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La esencia de potestad de ejecución forzosa de la Administración, de la ejecutoriedad o acción de oficio de sus actos, está, pues, en la posibilidad de quebrantar situaciones posesorias o violentar la libertad personal, de igual forma que los Tribunales imponen sus fallos a los que resisten el cumplimiento de sus sentencias. De este modo, la Administración se libera de la necesidad de acudir a un Juez, como tendría que hacer un particular para hacer efectivas frente a otro sus legítimas pretensiones.

El principio de ejecutoriedad se establece hoy con carácter general para los actos administrativos, sin que tal circunstancia se haya producido en otros ordenamientos, como se verá. Nada menos que tres preceptos -una verdadera obsesión- dedica la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a proclamar la vigencia de este privilegio, esta auténtica potestad judicial de nuestras administraciones públicas: el artículo 56: "Los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley"; el artículo 94: "Los acuerdos de las autoridades y organismos serán ejecutivos salvo que se acuerde su suspensión, una disposición establezca lo contrario o requieran aprobación o autorización posterior"; y, en fin, el artículo 95: "Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales".

La Ley de Bases de Régimen Local de 1985 también se ha sumado a este plebiscito legal en favor de la ejecutoriedad de los actos administrativos, reconociendo a Las Entidades Locales, además de la presunción de legitimidad y ejecutividad de sus actos, las "potestades de ejecución forzosa y sancionadora" [art. 4.f)].

Muy conocida es también la formulación con la que la legislación tributaria viene desde el siglo pasado, como se verá, definiendo la ejecutoriedad: nada menos que atribuyendo a los actos de la Hacienda el valor de las sentencias judiciales como se sigue diciendo hoy en el artículo 129 de la Ley General Tributaria: "Las certificaciones de descubierto acreditativas de deudas tributarias expedidas por funcionarios competentes. . . serán título suficiente para iniciar la vía de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores."

Pero sin perjuicio de que a la ejecutoriedad de los actos administrativos se refieren otras normas, hay que tener en cuenta que la regulación general es la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual exige para la legitimidad de la ejecución forzosa de la Administración el cumplimiento de Las siguientes condiciones:

1. La existencia de un acto de la Administración y que obviamente se trate de actos administrativos y no de actos privados de aquélla: "Las Administraciones Públicas no iniciarán -dice el artículo 93- ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico".
2. Que el acto sea ya plenamente eficaz porque no ha sido suspendida administrativa o judicialmente su ejecutoriedad o su eficacia no esté pendiente de condición, plazo, autorización o aprobación de autoridad superior.
3. Que la ejecución vaya precedida del oportuno requerimiento o apercibimiento a fin de que el obligado no sea sorprendido por aquélla y se le dé la oportunidad de cumplir voluntariamente el mandato de la Administración. Asimismo se debe entender que el requerimiento conlleva el otorgamiento de un plazo razonable



para que el requerido pueda cumplir la prestación a que está obligado, debiendo considerarse que falta ese plazo y, por ende, el requerimiento cuando se señalan plazos excesivamente perentorios como es, por ejemplo, el de veinticuatro horas para que el obligado pague una suma de dinero antes de procederse por la vía de apremio. La exigencia del previo requerimiento se recoge en la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos. . . " (art. 95).

4. Por último, la ejecución administrativa está condicionada, como dice el último inciso de este mismo precepto, a que la Ley no haya configurado con relación al acto que se pretende ejecutar un régimen de ejecución judicial.

La Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es igualmente generosa en la proclamación del principio de ejecutoriedad en el reconocimiento de medios de ejecución, enumerando los siguientes: el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas (art. 96). Pero la enumeración resulta incompleta porque en ella no se recoge la simple ocupación de bienes, y reiterativa, ya que la multa coercitiva es, más que un medio propio y distinto de los restantes, una modalidad de compulsión, la violencia o compulsión económica sobre las personas, como se verá. De acuerdo con esta matización haremos aquí una descripción sumaria de los medios de ejecución, sin perjuicio del estudio separado de aquellos que son de utilización más frecuente y que ofrezcan una mayor problematicidad.

1. La ocupación es la forma de ejecución de los actos que imponen a los particulares la entrega de un bien determinado del que aquéllos están en la posesión; si el particular no lo entrega la Administración toma posesión de él por medio de sus funcionarios. Esta técnica es la que la Administración utiliza para cumplimentar los actos dictados en protección de sus bienes. Dentro de la ocupación cabe incluir, pues, los diversos

supuestos de *interdictum propium* en recuperación de los bienes de dominio público y patrimoniales, dentro de los que constituyen una variedad los casos de desahucio administrativo (art. 30 del Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, de 12 de noviembre de 1976; art. 183 de la Ley del Suelo; art. 51 de la Ley de Expropiación Forzosa; arts. 107 y siguientes del Reglamento de Bienes de Las Corporaciones Locales de 1955).

2. La ejecución sobre los bienes o el apremio sobre el patrimonio mobiliario o inmobiliario del ejecutado se utiliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de dar que se concretan en una suma de dinero, sea por causa tributaria o cualquiera otra. Si el obligado no paga en los plazos que se configuran como de pago voluntario la Administración procede a trabar o embargar los bienes del deudor y, en su caso, a su posterior venta forzosa para hacerse pago con el importe que de aquélla resulte.
3. La ejecución subsidiaria se utiliza para llevar a efecto los actos que imponen al ciudadano una actividad material y fungible, es decir, "aquellos que por no ser personalísimos pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado", como, por ejemplo, la demolición de un edificio o la realización de un inventario. En este caso la Administración realizará el acto por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado, al que se exigiría el importe de los daños y perjuicios, incluso con carácter cautelar, y realizarse antes de la ejecución a reserva de la liquidación definitiva (art. 98).
4. La ejecución por coerción sobre el obligado por el acto administrativo es utilizada cuando se trata de prestaciones que, por ser personalísimas e infungibles, no sirven los medios anteriores. Esta forma de ejecución puede ser directa o indirecta (ZANOBINI). Directa es aquella en que se actúa físicamente sobre la persona del obligado, mientras la indirecta simplemente le coacciona con la amenaza de la imposición de una sanción administrativa o penal. Nuestra Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común alude sólo a la coerción directa, distinguiendo la económica, es decir, la que incide sobre el patrimonio a través de las llamadas multas coercitivas, de la



física, que llama compulsión sobre las personas, y que se estudiarán luego con detalle.

Vista la regulación general de la ejecutoriedad de los actos administrativos en nuestro Derecho, interesa ponderar su alcance en relación con otros ordenamientos y la evolución de nuestra propia Legislación para poder valorar después desde esta perspectiva comparatista e histórica la entidad de las razones por las que el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de esta potestad judicial de las administraciones públicas. El capítulo ha de rematarse con el estudio singularizado de los más problemáticos medios de ejecución forzosa y su control judicial.

Pues bien, en el Derecho comparado se da tanto la solución negativa, que desconoce en la Administración un poder directo de ejecución, debiendo ésta valerse para el cumplimiento forzoso de sus providencias de la cobertura judicial -solución clásica en el liberal judicialismo anglosajón, que igualmente desconoce una potestad sancionadora directa de la Administración-, hasta el reconocimiento paladino de una potestad ejecutoria autosuficiente y autoritaria al servicio de la Administración -así, en el Derecho alemán, cuya influencia en este punto sobre el Derecho italiano y desde éste en la regulación de nuestra Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta evidente-, pasando por soluciones intermedias, como la que hay ofrece el Derecho francés, donde el recurso a la ejecución a través del sistema judicial penal va cediendo cada vez más terreno en favor de la ejecución administrativa.

1. Sistema judicial puro. La tradición anglosajona

La garantía de la eficacia de los mandatos y providencias de la Administración tiene en el Derecho inglés una primera respuesta en la posibilidad de que por leyes singulares se prevean determinadas medidas de ejecución en favor de la Administración, en cuyo supuesto habrán de seguirse estrictamente esas vías específicas. Este es el caso de la Housing Act de 1936, que autorizó a la autoridad local para demoler directamente los locales insalubres si el propietario no lo hiciere en el plazo señalado.

Fuera de Las previsiones legales expresas, la Administración no puede proceder directamente a la ejecución de sus actos, que sólo es posible por vía judicial. Ya en este terreno puede ocurrir que la Ley defina la infracción como delito, en cuyo caso la coacción al cumplimiento vendrá por vía de la sanción prevista. Si no se prevé una sanción penal para la desobediencia de la ley o del reglamento, con arreglo *al common law* cabe la posibilidad de servirse del tradicional procedimiento de inculpación escrita ante el jurado (*indictment*).

Para los supuestos en que no esté expresamente prevista la ejecución administrativa, no exista sanción penal o la establecida resulte insuficientemente intimidante, el Derecho inglés dispone de un arma especialmente potente. Es la *injunction* u orden acordada por la *High Court*, cuya eficacia reside en que se puede condenar al administrado desobediente a una pena de prisión por una duración indeterminada, hasta que cumpla con la orden del Tribunal. La *injunction de la High Court* no puede ser planteada directamente por cualquier autoridad administrativa, sino a través del *Attorney* general, que es primer oficial o jefe de la justicia de la Corona y cuya responsabilidad es la de procurar la ejecución de la Ley.

Así pues, la Administración inglesa ha de seguir normalmente procedimientos judiciales para imponer los efectos de sus actos ante la resistencia de los particulares. Sólo en los casos específicamente previstos por Las leyes puede, en principio, utilizar la fuerza para hacer respetar sus órdenes (LEFEBVRE).

2. Sistema mixto judicial administrativo. El sistema francés

No existe en el Derecho francés una regulación general que establezca el principio de ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración, similar a la que en nuestro Derecho se recoge en los artículos 93 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por el contrario, las soluciones que tienen por base las célebres conclusiones del Comisario Romieu ante el Tribunal de Conflictos (2 de diciembre de 1902, Société Immobilière Saint Just) parten del principio



de que la ejecución forzosa no puede tener lugar sin previo recurso al Juez y generalmente al Juez penal, por cuanto la desobediencia a los mandatos regularmente ordenados por la autoridad administrativo está castigada en el Código Penal. De aquí que la ejecución forzosa por la propia Administración sea irregular, y constituya incluso una *voie de fait*, un atentado al derecho de propiedad y a la libertad fundamental, si la Administración recurre a ella existiendo una sanción penal.

La ejecución de los actos por el juez civil se estima excepcional, aunque una jurisprudencia reciente en materia de demanialidad admite la acción civil o, independientemente, el recurso al juez administrativo para la expulsión de los particulares que ocupan sin título alguno el dominio público. La Administración puede ejecutar la acción posesoria o petitoria ante el juez civil o ante el juez administrativo.

En el Derecho francés la regla general es, por tanto, que la garantía de la eficacia de los actos administrativos discurra en primer lugar por la vía de la intimidación que conlleva la previsión de diversas sanciones penales. A este efecto, el dispositivo previsto comporta que dentro del Código Penal se integre una parte reglamentaria que cubre las infracciones a la Legislación especial administrativa, normalmente con una sanción correccional. Como válvula de cierre y seguridad, el artículo 26.15 del Código Penal incrimina genéricamente con pena de multa Las "infracciones a los reglamentos legalmente hechos por la autoridad administrativa" Para algunos incumplimientos están previstas sanciones administrativas que se admiten con carácter muy excepcional, como se verá al estudiar la actividad sancionatoria de la Administración.

No obstante, cuando del incumplimiento no se derive sólo el efecto jurídico de la sanción (por ejemplo, la multa por la infracción de exceso de velocidad), sino también la necesidad de ejecutar positivamente el mandato del acto administrativo (como ocurre, por ejemplo, con una orden incumplida de demolición de obras ilegales), la ejecución forzosa es la única vía posible para garantizar la eficacia del acto. Frente a opiniones de gran prestigio en el pasado, como la de HAURIOU, que afirmaba la existencia de un privilegio general para todo acto administrativo, esta posibilidad sólo está admitida, al igual que en el Derecho inglés, en los casos en que un texto expreso (con rango de ley

antes de la Constitución de 1958, o incluso reglamentario, después de ésta) así lo establezca. Este es el caso de la ocupación temporal de los inmuebles para facilitar la ejecución de las obras públicas, los derribos por vía administrativa de los edificios ruinosos que ofrecen peligros inminentes o, en fin, el importantísimo supuesto de la ejecución forzosa de las deudas tributarias. Fuera de estos casos, sólo es posible utilizar la acción de oficio cuando se trata de un supuesto de urgencia o el incumplimiento está desprovisto de sanción penal.

La hipótesis normal es, pues, la ejecución a través del Juez penal, que no solamente impone una sanción al infractor -normalmente correccional, como se ha dicho-, sino que al tiempo autoriza a la Administración para la ejecución material del acto administrativo en base a los artículos 539 y 464 del Código de Procedimiento Penal (antes, 161 y 464 del Código de Instrucción Criminal).

La competencia del Juez penal para la ejecución de los actos administrativos demuestra que el Derecho francés parte de las mismas soluciones de principio que el Derecho anglosajón y, por consiguiente, es erróneo afirmar que la ejecutoriedad directa de los actos administrativos sea regla general en Francia a consecuencia del principio de separación de autoridades administrativas y judiciales que impediría a éstas el conocimiento de los actos administrativos de cualquier naturaleza que fuesen. Este principio sólo actúa como justificación del nacimiento de la Jurisdicción administrativa y como fundamento de la técnica de la autorización previa administrativa para encausar a los funcionarios por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Pero no justificó una ejecutoriedad propia de la Administración, que, como se ha visto, necesita recurrir al Juez penal, quien justamente se entromete hasta el fondo en la actividad~administrativa, controlando la regularidad y legalidad del acto administrativo frente a cuya desobediencia debe imponer una sanción y cuya ejecución, en su caso, ha de autorizar. Incluso en los comienzos decimonónicos de la Justicia administrativa, los Consejos de Prefectura dudaban de la posibilidad de ejecutar por sí mismos sus propias sentencias, originando conflictos negativos de competencia con los Tribunales (LAFERRIERE).

La descripción quedaría incompleta sin referir que no faltan opiniones que juzgan negativamente esa competencia judicial por estimar



que el Juez es más exigente a la hora de controlar la regularidad de los actos administrativos (en base al principio de plenitud de jurisdicción que le permite considerar todas Las excepciones a su validez que esgrima el presunto sancionado Cour de Cassation, 21 de diciembre de 1961) que a la de sancionar el incumplimiento a sus prescripciones, lo que explicaría, a su vez, que vayan en aumento los supuestos en que por ley o precepto reglamentario se atribuye poder ejecutorio a la Administración.

Y en este punto la ejecución administrativa parece imponerse sobre la judicial, como se desprende de la regulación -aporte de la singularidad del régimen ejecutorio de las deudas tributarias- de los siguientes supuestos:

A. Créditos por alcances

Se trata de supuestos en que resultan deudores los funcionarios o contratistas por dinero recibido en depósito de la Administración. Aquí la Administración goza a través del *arreté de débet* del privilegio de la ejecutoriedad, según estableció ya la legislación napoleónica que se mantiene en vigor, sin duda porque se trata de casos en que la conducta de los deudores se asemeja al tipo penal de la apropiación indebida.

B. Deudas no tributarias

En estos supuestos la Administración no dispone más que de la ventaja ejecutiva que comporta la técnica del *état exécutoire* que, pese a lo que podría inferirse *prima facie* de su denominación, no es una resolución con virtualidad ejecutoria. Y no lo es porque, notificado al presunto deudor, éste puede formular oposición en el plazo de dos meses ante el Tribunal civil o administrativo competente por razón de la materia -sobre la existencia de la deuda, sobre su montante líquido o sobre la regularidad del acto-, oposición que enerva automáticamente las virtualidades ejecutorias de aquél, sin que tampoco se le otorgue una presunción de validez que provoque la alteración de la carga de la prueba en el proceso subsiguiente. Sólo, pues, cuando no se formula oposición *l'état exécutoire* despliega toda su virtualidad. Así resulta, en definitiva, que mientras les *états exécutoires* no son más que créditos pretendidos, los anteriormente contemplados *arretes de débet* son créditos exigibles por ellos mismos.

C. La ejecución administrativa autosuficiente. Derecho alemán e italiano

El reconocimiento a la Administración de la potestad de ejecución directa de los mandatos contenidos en sus actos lo justifica en el siglo pasado OTTO MAYER en la asimilación del acto administrativo a la sentencia judicial: "el acto administrativo -dirá- es un acto de una autoridad de la Administración que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en cada caso concreto. El acto administrativo es, como la sentencia, una manifestación especial del poder público". De aquí que para su ejecución se prevenga tanto la coacción directa como una "ejecución que sigue las formas del proceso civil", admitiéndose también como refuerzo de la ejecución administrativa las penas correctivas.

La misma presentación autoritaria y autosuficiente de la ejecutoriedad de los actos administrativos se encuentra en este siglo pues, como dice FLEINER, la legislación penal alemana no conoce el delito general de desobediencia a las órdenes oficiales, circulando por caminos propios, a través de la pena coactiva a imponer por las autoridades administrativas, la ejecución subsidiaria y la coerción sobre el patrimonio y las personas. En la actualidad, la ejecución de los actos administrativos se rige no por la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976, sino por la Ley de Ejecución Administrativa de 27 de abril de 1953 y en los términos tradicionalmente autoritarios del Derecho alemán.

En Italia la solución es similar, aunque la terminología no aparezca muy clara en la doctrina, pues mientras unos autores distinguen entre eficacia (o ejecutividad) y ejecutoriedad, otros, como GIANNINI, sustituyen estas expresiones por las de *imperatività* y autotutela. Según este autor, la autotutela o ejecutoriedad es la potestad atribuida a la autoridad administrativa para realizar unilateral y materialmente, y si es necesario coactivamente, la situación de ventaja a favor de la Administración que nace con el acto administrativo sin necesidad de acudir, como los particulares, a la intervención del juez.

Se trata, efectivamente, de una potestad administrativa reconocida abstractamente con carácter general, por la cual la Administración ejecuta sus actos en cualesquiera circunstancias sin necesidad del juez, en



contraste con lo que ocurre en el Derecho inglés o el francés. Su justificación no está en un texto único, pues, como dice el propio GIANNINI, la imperatividad y la autotutela se apoyan en principios no escritos que el Estado contemporáneo ha heredado del Estado absoluto, adaptándolos a las cambiantes situaciones constitucionales. En el Estado actual son muchas las normas escritas, esparcidas por todas las leyes administrativas, que no pueden interpretarse correctamente si esos principios no se presuponen vigentes.

Al margen de esta explicación política, la doctrina italiana ofrece también diversos fundamentos jurídicos para justificar la ejecutoriedad o autotutela. La opinión dominante es que la ejecutoriedad se funda en la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Mientras los particulares para poder ejecutar los efectos que se derivan de un acto o contrato privado deben demostrar antes su legitimidad, lo que forzosamente exige un previo acto del Juez, que la declare, el acto administrativo, por el contrario, se presume legítimo y, por ello, tal acción declarativa resulta innecesaria.

Para otros, la ejecutoriedad es una simple consecuencia del carácter público de la potestad que por medio del acto se desarrolla. El acto administrativo, como todos los actos del Estado, tiene una particular "fuerza", por la cual incide unilateralmente en los comportamientos de otros sujetos; la "fuerza de ley", el "valor normativo", la "autoridad de ley", la "autoridad de cosa juzgada", son modos generales o particulares de manifestarse los actos de Derecho público, los actos del Estado (o de los Entes públicos menores investidos de autonomía o de autarquía). La variedad de contenido de estos actos no impide a que tengan una nota común, constituida por el carácter autoritario que todos ellos ostentan y por virtud del cual se imponen a los sujetos que se resisten a sus mandatos (GIANNINI). La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad serían dos consecuencias paralelas y distintas del carácter público de la potestad administrativa, derivadas de que los actos administrativos son actos del Estado, sin que se pueda decir que una derive de la otra o tenga en ella su fundamento (ZANOBINI).

En cuanto a los medios de ejecución, aunque falta en el Derecho italiano una regulación general y sistemática como la de nuestra Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, se contemplan también la aprehensión de bienes muebles o inmuebles, consecuencia de procedimientos expropiatorios o requisas, la ejecución patrimonial sobre los bienes del deudor de la Administración, la ejecución subsidiaria, la compulsión sobre las personas y las multas coercitivas, medios todos ellos que se ejercitan bajo el control de la jurisdicción administrativa.

Este sistema autosuficiente de ejecución de los actos administrativos se encuentra reforzado con medidas penales en base al artículo 650 del Código Penal, a cuyo tenor son castigados con penas de arresto o con multa los que no observaren una orden legalmente hecha por la autoridad por razones de justicia, de seguridad o de orden público. El juez penal ha de verificar, por supuesto, en el correspondiente juicio la legalidad del acto administrativo desobedecido, lo mismo que en el Derecho francés, y en virtud de idéntico principio de plenitud de jurisdicción que le corresponde. Sin embargo, y a diferencia del Derecho francés, la existencia de la coacción penal y la posible ejecución por esta vía no impide la ejecución directa por los medios propios de la Administración.

II

En la evolución de la ejecutoriedad de los actos administrativos en el Derecho español es perceptible la coexistencia de una línea liberal garantista, que identifica la ejecutoriedad con la función judicial y exige que la ejecución material del acto vaya precedida del correspondiente proceso, con otra autoritaria que reconoce a la Administración -y fundamentalmente a la Hacienda- la autosuficiencia ejecutoria sin necesidad de intermediación judicial.

Una formulación clásica de la primera orientación la encontramos ya en la Ley dada en Toro por Enrique II el año 1371 (Ley II, Título XXXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación), auténtica reliquia democrática en la que con la regulación del denominado juicio de despojo se viene a negar el privilegio de decisión ejecutoria a los mismos mandatos y órdenes reales cuando, por no haber sido precedidos del correspondiente juicio, puede entenderse que no tiene valor judicial: "que ningún alcalde, ni juez, ni persona privada sea osado de despojar de su posesión a persona alguna, sin primeramente ser llamado y oído



y vencido por Derecho; y si pareciere carta nuestra, por la que demandáramos dar la posesión que no tenga a otro, y tal carta fuere sin audiencia, que sea obedecida y no cumplida".

Tan hermosa formulación del principio de garantía judicial efectiva frente a ejecuciones sumarias, como supone la ejecutividad directa de los actos administrativos, no parece, sin embargo, que fuera de general aplicación en el Antiguo Régimen, sobre todo, en lo que se refiere a la actividad de la Real Hacienda. Aquí, como refieren GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se impusieron fórmulas expeditivas que llevaban a la ejecución de las providencias gubernativas sin la previa observancia de las formalidades judiciales: "por providencia económica... oyéndoles sus descargos extrajudicialmente" (Ley VIII, Título IX, Libro VI); previniendo a los funcionarios que "excusen semejantes dilaciones, procurando que no las haya so color de pleytos; porque no se venga a perjudicar por este camino la Administración y cobranza de mi Real Hacienda, y el tomar de las cuentas, pues importa tanto la brevedad en lo uno y en lo otro" (Ley IV, Título X, Libro VI). A los Intendentes de Hacienda se les dice que despacharán las quejas o instancias de los que se sintieren agraviados "tomando el conocimiento necesario de ellas" de modo que "verificado el agravio lo deshagan" (Ley XVI, título XX, libro VI), pudiendo imponerse penas "sin sentencia definitiva ni pleito ligado entre partes"; todo lo cual se podía llevar a ejecución sin que la apelación o recursos tuvieran fuerza suspensiva (Ley XIV, Título VI, Libro VI), como ocurría en los procesos ordinarios; efecto ejecutorio inmediato, no obstante los recursos que se daban, incluso respecto de actos sancionadores "que hasta que por ellos sea vista y determinado lo que de justicia deba ser fecho, que guarden el destierro y carcelera que les fue puesta y cumplan lo que les fue mandado" (Ley VIII, Título XII, Libro V).

Este panorama cambia radicalmente en los orígenes del constitucionalismo español, revelándose de inmediato una fuerte tendencia liberal orientada a instrumentar todas las facultades ejecutorias como estrictamente judiciales al modo anglosajón, privando a la Administración de su pretendido privilegio de decisión ejecutoria, que si era normal en un sistema de confusión de las funciones judiciales y administrativas en unas mismas autoridades, como venía ocurriendo en el Antiguo Régimen, se mostraba, sin embargo, incompatible con las nuevas ideas. Esta

corriente que aplica con rigor el principio de que nadie, ni siquiera la Administración, "puede ser juez en su propia causa", tiene apoyo no sólo en la explícita definición por la Constitución de Cádiz de la función judicial como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 245), que repetirán todas Las Constituciones posteriores, y en la abolición del sistema de fueros privilegiados (salvo el militar, el eclesiástico y el tributario, "mientras el sistema de rentas no se reforme de raíz", como se decía en el Preámbulo de la Constitución), que no eran otra cosa que administraciones que simultáneamente ejercían funciones judiciales, sino también en disposiciones expresas de la primera época del gobierno constitucional, que claramente niegan a la Administración la posibilidad de declarar y ejecutar sus propios créditos, incluso, lo que era un desafío a la historia y al realismo político, en el caso de la declaración y cobro de los tributos. En este sentido, las Cortes de Cádiz establecieron por Decreto constitucional de 13 de septiembre de 1813 un sistema de justicia para la Administración rigurosamente judicialista al modo anglosajón, y que, al someterla al Derecho común, descartaba toda posibilidad de una Jurisdicción Contencioso administrativa, así como de cualquier privilegio de naturaleza judicial o ejecutoria en manos gubernativas. Conforme a este sistema, la Administración de la Hacienda, cuando el contribuyente se opusiera al pago del tributo, había de seguir un pleito civil para que el juez declarase primero la procedencia de la deuda tributaria, para proceder después a la ejecución de la sentencia, como si el accionante fuera un simple particular.

La importancia de esta disposición bien merece los honores de la transcripción literal: "Las Cortes generales y extraordinarias, debiendo fijar las reglas oportunas para que en los negocios contenciosos de la Hacienda Pública se administre la justicia con arreglo a los preceptos constitucionales sancionados en la Constitución política de la Monarquía, y teniendo presente que conforme a ella, por Decreto de 17 de abril del año próximo pasado, se suprimió el Consejo de Hacienda, han venido en decretar y decretan:

"1. Todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública sobre contribuciones, pertenencias de derechos, reversión, amortización, generalidades, correos, patrimonio real, contrabando, débitos de los empleados en el ejercicio de sus funciones y las demás causas y pleitos de que han conocido



hasta ahora los Intendentes y Subdelegados de Rentas y el Consejo suprimido de Hacienda, se proveerán en las provincias conforme al artículo 262 de la Constitución, sustanciándose y determinándose por jueces letrados y en segunda y tercera instancia por las Audiencias respectivas, así de la península como de ultramar... III. Las causas y pleitos sobre contratos generales y particulares se ventilarán en sus respectivas instancias ante los Jueces de letras y Las Audiencias que se hubiesen asignado en los contratos, y a falta de este señalamiento, ante los Juzgados y Tribunales del territorio a que correspondan por las reglas generales del Derecho".

Esta orientación judicialista negadora de potestades ejecutorias en manos de la Administración va a tener el apoyo doctrinal de significados administrativistas que, no obstante defender la introducción en España de una Jurisdicción Contencioso administrativa al modo francés, niegan la ejecutoriedad de las decisiones de la Administración. En este sentido, POSADA HERRERA, a propósito de la hipótesis de que "las decisiones de la Administración pudiesen ejecutarse sin perjuicio de tercero, y con tal que a éste se le permita reclamar ante los Tribunales", afirma "que sería una cosa ridícula, monstruosa, que choca con el sentido común, que la Administración pudiera contestar al particular de esta guisa: espera; yo sigo mi camino, porque creo que ese acto es útil al bien común; yo no lo entiendo muy bien, a la verdad, no estoy perfectamente convencida, pero ahí está un Tribunal que decidirá quién de los dos tiene justicia. Para mí -concluye- esta idea la degradaría a los ojos de los administrados, dándoles a entender que la Administración no conocía sus intereses ni los derechos de la sociedad". Por su parte, SILVELA, en el Preámbulo de su Proposición de Ley sobre el Establecimiento de la Jurisdicción Contencioso administrativa, presentado en el Senado en 1838, se pregunta críticamente si "estaría seguro de hacerse obedecer el Gobierno que sólo pudiera decir al súbdito: cumple por hoy, no porque yo tenga razón, que de eso ni tú ni yo sabemos, pero mañana podrás burlarte de mí si nuestro Juez común decide en tu favor".

Congruentemente con estas ideas liberales y judicialistas, el sistema de Justicia administrativa que se instaura en 1845, siguiendo el modelo francés, no implicaba, como ahora ocurre, el enjuiciamiento revisor de actos con fuerza ejecutoria, sino que la ejecutoriedad dependía de que la Administración obtuviese una sentencia favorable de los órganos

jurisdiccionales administrativos: los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado. En otras palabras, el sistema de 1845 está más cerca del modelo del proceso civil, en que ninguna de las partes puede anticiparse alterando las situaciones posesorias con un poder de ejecución directa, que del actual proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, a lo largo del pasado siglo también se manifiesta, e incluso con más fuerza, la línea más realista y autoritaria que defiende el privilegio de ejecución forzosa de la Administración sin intervención del juez, ni civil ni contencioso, principalmente en materia tributaria. Así, en el segundo período de vigencia de la Constitución de 1812, el nuevo sistema administrativo de la Hacienda Pública, aprobado por Decreto de 25 de junio de 1821, recoge ya los principios autoritarios a los que habrá de acomodarse en el futuro el sistema tributario: a) exclusión de los Tribunales civiles del conocimiento de las reclamaciones y su atribución a órganos colegiados de la Administración de la Hacienda; b) cobranza de las contribuciones por vía ejecutoria administrativa (art. 232: "Los contribuyentes que el día 10 del mes no hubiesen satisfecho sus cuotas serán apremiados de pago. A este fin se establecerán portadores de apremios en cada uno de los territorios de los Depositarios de rentas, a quienes se encargará exclusivamente la ejecución de lo que ordenare el Depositario"). Por último, la ejecutoriedad de los actos tributarios encontrará una formulación rotunda y definitiva en el artículo 9 de la Ley Provisional de Administración y Contabilidad de la Hacienda de 25 de julio de 1870: "Los procedimientos, así para la cobranza de las contribuciones como para la de las demás rentas públicas y créditos definitivamente liquidados a favor de la Hacienda, serán meramente administrativos, y se ejecutarán por los agentes de la Administración en la forma que las leyes y reglamentos fiscales determinen. Las certificaciones de los débitos de aquella procedencia que expidan los Interventores y Jefes de los ramos respectivos tendrán la misma fuerza ejecutiva para proceder contra los bienes y derechos de los deudores que la sentencia judicial. No podrán hacerse estos asuntos contenciosos mientras no se realice el pago o la consignación de lo liquidado en las Cajas del Tesoro Público".

Por otra parte, la protección a la acción ejecutiva de la Administración se establecerá muy tempranamente a través de la prohibición de interdictos contra la Administración por las trabas, embargos y ejecución sobre los bienes inmuebles (Ordenes de 8 de mayo



de 1839, 26 de abril de 1841 y 8 de junio de 1843), así como por medio del sistema de conflictos que solamente podía interponer la Administración y que tenía como virtud inmediata la paralización de la acción judicial contraria a la ejecución administrativa.

Otra materia en la que también se va a imponer la ejecutoriedad de los actos administrativos es en la protección de los bienes públicos, reconociendo a la Administración las facultades que se han denominado interdicto propio y recuperación de oficio en cualquier tiempo de los bienes demaniales frente a la contraria posesión de un particular.

III

Frente a lo que ocurre en los Derechos inglés y francés, donde la regla general es la ejecución de las providencias administrativas por vía judicial -con la ventaja de que previamente a la ejecución se produce un control judicial sobre los poderes o competencias de la Administración y, en general, sobre la regularidad del acto administrativo-, en el Derecho español puede afirmarse que el sistema judicial penal demostró pronto su absoluta inoperancia tanto para la protección del ordenamiento legal y reglamentario de la Administración como de los actos dictados en su aplicación. Y esto a pesar de algunas previsiones incriminatorias en defensa de la actividad administrativa y del cumplimiento de las providencias de las autoridades de la Administración establecidas en el Código Penal, tales como:

- a) La resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo (art. 237).
- b) La desobediencia a las órdenes expresas del Gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, productos, semovientes, o cualquier género de mercancías en lo relativo a la substancia, calidad, cantidad o tiempo de los mismos (art. 238).
- c) La desobediencia leve a la Autoridad, dejando de cumplir las órdenes particulares que dictare, la cual es constitutiva de falta (art. 570.5).

Pero a pesar de estas y otras previsiones que recogía el Código Penal en protección de la observancia de los reglamentos de policía, sanitarios, de comercio, dominio público, etc. (arts. 573 a 581), y que fueron derogadas por la reforma de 1989, ni sanción, ni ejecución se actuaron por la vía judicial, sino por el cauce que supuso el reconocimiento a la Administración de un importante poder sancionador sin parangón en los ordenamientos continentales o anglosajones.

Un sistema de ejecución por vía penal, es decir, condenando previamente a una pena la desobediencia al acto administrativo, sólo es posible si la Administración renuncia a la ejecución del acto administrativo por sí misma. Y esto es así porque ningún sentido tiene que mientras el juez penal esté conociendo de la desobediencia al acto, la Administración lo esté ejecutando por sí misma, por lo que hay que entender que el recurso a la vía penal supone, cuando menos, la renuncia por parte de la Administración a ejecutarlo. En segundo lugar, la ejecución por la vía penal, previa la correspondiente condena, supone supeditar la ejecución del acto administrativo a la firmeza de las sentencias criminales, es decir, a que se agoten los recursos en vía penal con el efecto suspensivo que compartan los recursos de casación y, eventualmente, de amparo. Va de suyo, en tercer lugar, que los jueces de este orden pueden, previamente a la formulación de sentencias y como actividad necesaria para éstas, controlar sin limitación alguna, como si de un control contencioso administrativo se tratase, la validez del acto administrativo en cuestión.

La falta de operatividad del sistema penal represivo no ha supuesto, sin embargo, que la ejecución judicial sin carácter represor se haya marginado de la ejecución de los actos administrativos. Por el contrario, se utilizó a los jueces -en una inversión clara de los principios liberales, sobre todo del de separación de poderes- como ciego instrumento de la ejecución de los actos de la Administración, sin que en dicho proceso existiera realmente ningún control previo sobre la regularidad de los actos administrativos, que los Juzgados llevaban a ejecución como si de sentencias firmes se tratase. Esta posibilidad está todavía abierta, pues, como se ha dicho, una de las condiciones para la validez de la ejecución directa de la Administración es justamente que la Ley no exija la intervención de los Tribunales (art. 95 de la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).



Uno de los ejemplos más notables de ejecución de actos administrativos a través del sistema previsto para la ejecución de las sentencias judiciales fue el consagrado inicialmente por el Código de la Circulación para el cobro de las multas por infracciones de tráfico, al disponer que transcurridos cinco días desde la notificación del apremio sin que se haya efectuado el pago, "se pasará el expediente al Juzgado municipal que corresponda para que éste haga efectivo el pago de la multa y apremio por la vía judicial con las costas a que haya lugar" (art. 295). Otro supuesto lo constituye la ejecución de los actos que imponen permutas forzosas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 268 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Texto Refundido de 12 de enero de 1973), permutas que son acordadas por la Administración y se ejecutan por los jueces conforme a los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero el caso más importante por el número de afectados y el volumen de operaciones que comporta lo constituye la ejecución por las Magistraturas de Trabajo de las cuotas impagadas a la Seguridad Social (Decreto de 2 de noviembre de 1972, modificado por el Real Decreto ley de 24 de enero de 1978), si bien dicha intervención precise hoy de los correspondientes conciertos (disposición transitoria segunda de la Ley 40/1980, de 5 de julio; art. 1.º del Real Decreto ley 10/1981, de 19 de Junio, y arts. 2 y 7 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, de 7 de marzo de 1986).

Estos supuestos, que un sector de la doctrina presenta como simples excepciones al privilegio de autotutela administrativa (GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) no son, en realidad, sino el grado máximo de la misma, constituyendo claras pruebas de dominación de la Administración sobre el Poder judicial o, lo que es igual, de la inversión de los papeles que corresponden a la Administración y a los jueces que, en vez de controladores de la actividad de aquella y de sus actos -como ocurre en la ejecución judicial de los actos administrativos en los sistemas inglés y francés-, ponen todo el prestigio y la fuerza del Poder judicial al servicio ciego de la ejecución de actos ajenos, pero sin poderes de control sobre su adecuación con el ordenamiento jurídico. Son por ello, en lo que resta de su vigencia, claramente inconstitucionales, pues conforme ha sido siempre y continúa siéndolo con arreglo al artículo 117.3 de la Constitución, los jueces sólo pueden ejecutar lo previamente

juzgado -o controlado- por ellos mismos (lo que no es óbice a las diversas técnicas de auxilio y colaboración dentro del propio sistema judicial).

Sin llegar a la ejecución completa de los actos administrativos, los supuestos en que los jueces han de ejercer de comparsas en la ejecución de los actos de las administraciones públicas no paran, sin embargo, en lo dicho. En efecto, el papel de los Jueces como defensores de la libertad y propiedad de los ciudadanos determinó también su mera y puntual intervención o presencia en los procedimientos de ejecución administrativa, pero sin que dicha participación fuese acompañada por los correspondientes poderes para controlar la licitud misma de los actos de cuya ejecución se trata.

Así ocurre con las autorizaciones de entrada en domicilio que los jueces "deben" otorgar al servicio de las ejecuciones administrativas, y que se hallan reguladas en el artículo 103 del Reglamento General de Recaudación y en el 130 de la Ley General Tributaria en términos de ineludible, perentoria y, en definitiva, humillante obligación para los Jueces: "previa exhibición del documento acreditativo del crédito tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada del Recaudador en el domicilio de los deudores responsables".

En la actualidad, es competencia de los jueces penales de instrucción otorgar la autorización de entrada en domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares, cuando ello proceda para la ejecución de los actos de la Administración (art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985). La autorización, al exigirse ahora que esté motivada, implica o presupone un cierto control por el juez penal del acto administrativo en ejecución. Esta exigencia plantea el problema de si el juez penal recupera por esta vía la competencia para controlar, al modo francés, tanto la regularidad formal como la legalidad de fondo del acto administrativo que se trata de ejecutar. Pero la solución que ha prevalecido limita el control del juez a la simple regularidad de los aspectos externos del acto y su adecuación a las circunstancias de la ejecución proyectada (por ejemplo: que emana de una autoridad administrativa competente, que el domicilio en donde



se pretende entrar se corresponde con el sujeto pasivo acto administrativo y circunstancias análogas). Así se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, según la cual "nada autoriza a pensar que el Juez a quien se pide permiso y competente para darlo debe funcionar con un automatismo formal. No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona".

La colaboración de la autoridad judicial ha sido también históricamente requerida en el procedimiento de apremio y embargo para presidir las subastas de los bienes de los deudores de la Administración, las cuales se celebraban, además, en la sede de los Juzgados, así como para decretar la transferencia de los bienes inmuebles en favor de la Hacienda. Esta intervención, que implicaba una indudable garantía sobre la regularidad de dichos actos, ha sido, sin embargo, eliminada por el Real Decreto 1327/1986, de 13 de junio, sobre recaudación ejecutiva de los derechos económicos de la Hacienda Pública, que sustituye a los jueces por los funcionarios de Hacienda en la realización de las subastas, a celebrar, ahora, en los locales que ésta designe.

IV

Estos dos rasgos peculiares del Derecho español, que por una parte atribuye a los actos administrativos el mismo valor de las sentencias judiciales -lo que no es sólo un exceso semántico de la legislación tributaria, pues tienen, en efecto, más fuerza ejecutoria que las sentencias civiles y penales de primera instancia, cuya ejecución puede paralizarse automáticamente mediante los recursos de apelación y casación, mientras que los recursos administrativos y contencioso administrativos no suspenden en principio y por sí solos la ejecución del acto- y que, por otra, pone a los jueces al servicio ciego y automático de la ejecución de los actos administrativos, parecen contradecir la definición constitucional de la función judicial ("juzgar y hacer ejecutar lo juzgado") y su reserva en exclusiva a los jueces y Tribunales, así como la propia independencia judicial frente a la Administración cuando aquéllos se configuran como colaboradores de la ejecución administrativa, pero sin funciones de control sobre el fondo y la forma de los actos administrativos.

El primero de estos principios tiene en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 una formulación más rotunda y completa, en cuanto definitoria de la función jurisdiccional ("la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales"), que la que expresaba el artículo 242 de la Constitución de Cádiz ("la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los Tribunales") y que llevó al Decreto Constitucional de 13 de septiembre de 1813 a privar a la Administración de todo privilegio de decisión ejecutoria obligándola a litigar ante los Tribunales civiles como si fuera un simple particular. Admitir el privilegio de decisión ejecutoria significa asimismo violentar en términos substanciales el principio de unidad judicial, pues si resulta funcionalmente equiparable a la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, cada Administración Pública queda así configurada como un órgano judicial, como un Juzgado privativo a la vieja usanza.

Pese a ello, negar a estas alturas las potestades ejecutorias de la Administración, cuando se admiten con carácter general en el Derecho italiano y en el alemán, y cuando en el Derecho francés su extensión depende sencillamente de la atribución en cada caso por un precepto reglamentario, puede resultar inútil utopía, porque la ejecución de los actos administrativos por la propia Administración constituye una realidad incuestionable al margen de lo que la Constitución pueda decir. Y también porque ésta, en evidente contradicción con los principios de reparto de las funciones judiciales y administrativas, reconoce a la Administración una facultad todavía más poderosa que la ejecución directa de sus actos, más rigurosamente judicial como es la potestad sancionadora de la Administración en los términos que más adelante se estudiarán (art. 25).

Invocando, pues, el principio de que quien puede lo más puede también lo menos, el Tribunal Constitucional podría haberse ahorrado la necesidad de fundamentar en la citada Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, el privilegio de decisión ejecutoria de la Administración en el principio de eficacia que consagra el artículo 103 de la Constitución. La eficacia es simplemente una directiva o directriz para la buena organización y funcionamiento de la Administración, pero nunca nadie, ni el constituyente, ni cuantos han afirmado la necesidad de ese comportamiento eficaz de las administraciones públicas, han pensado



que sobre tan endeble fundamento pudiera construirse la atribución de una potestad claramente judicial a la Administración como hace el Tribunal Constitucional, quien, después de reconocer que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales, establecidos en las Leyes, añade a continuación que también corresponde esa facultad a la Administración, pues en base al artículo 103 de la Constitución ha de atenerse al principio de eficacia, lo que "significa una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia". Entre ellas no cabe duda que se puede encontrar la potestad de auto tutela o autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública. Esta facultad de autotutela consiste en emanar "actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata", sin otro límite que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.

LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA
DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES

LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES(*)

RAFAEL BADELL MADRID

Profesor (Pre y Post Grado) de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela
Universidad Católica Andrés Bello

INTRODUCCIÓN: *Sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos.*

1. Los actos administrativos y sus efectos

Como sabemos, los efectos de los actos administrativos son diversos. Existen así, actos que agotan sus efectos en el momento mismo en que se dictan, tales como los que se limitan a declarar una situación de hecho preexistente (constancias, certificaciones, etc.) o a negar una solicitud del administrado. Estos actos, llamados merodeclarativos, no precisan de actividades materiales posteriores para su ejecución, de manera que la Administración no tiene necesidad de utilizar la coacción para lograr su cumplimiento efectivo. Se dice, respecto de estas decisiones, que no tienen *ejecutoriedad*.

Otros actos administrativos en cambio, aparejan efectos constitutivos, desde que establecen ordenes de dar, hacer o no hacer hacia los administrados. En estos casos, el destinatario de la decisión administrativa estará obligado a observar las conductas necesarias, previstas en el acto, para darle adecuado cumplimiento. La decisión administrativa en estos supuestos goza de *ejecutoriedad*.

*. Ponencia presentada en el marco de las Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", organizadas por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), celebradas en la Ciudad de Caracas del 11 al 14 de noviembre de 1997.

Ocurre con frecuencia, sin embargo, que el destinatario del acto que goza de ejecutoriedad, se abstiene de cumplir la orden en él contenida, o realiza la actuación que el acto prohíbe. En algunos casos, es verdad, por la simple reticencia en el cumplimiento de la decisión administrativa que lo perjudica, pero en otros supuestos, por la certeza que tiene el administrado de que la actuación de la Administración es *ilegal*. ¿No son frecuentes acaso, los actos administrativos sin la realización del procedimiento legalmente establecido; los que dictan autoridades manifiestamente incompetentes y aquellos que son productos de claras desviaciones de poder?.

2. Sistemas de ejecución de los actos administrativos

Cuando la Administración se enfrenta a un particular que se niega a cumplir voluntariamente la orden administrativa, será necesario iniciar un procedimiento de ejecución forzosa. A tal efecto, se distinguen en el Derecho Comparado dos sistemas de ejecución forzosa de los actos administrativos.

a. Sistema de ejecución judicial

El primero de ellos, es el sistema de ejecución judicial, en el cual, como su nombre lo indica, la regla general es que la Administración no puede ejecutar forzosamente sus propios actos, sino que debe acudir ante el Juez, a objeto de que éste, luego del respectivo proceso, haga cumplir el contenido del acto administrativo en contra de la voluntad de su destinatario.

Bajo este esquema, habrá que seguir procedimientos judiciales para conseguir los efectos del acto administrativo ante la resistencia de los particulares, y sólo en casos específicamente previstos por las leyes, puede utilizarse la fuerza de la propia Administración para hacer respetar sus órdenes.

Si este sistema judicial es el que se espera en Inglaterra y Estados Unidos, no nos sorprenda que también él se aplica inicialmente en Francia, pues, no existe regulación general que prevea la ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración. Por el contrario,



las encomiables respuestas jurisprudenciales del Tribunal de Conflictos de 1902, cierran la posibilidad de que la propia Administración ejecute sus actos forzosamente, sin contar con el auxilio del Juez. Juez Penal, en el caso francés, por cuanto la desobediencia de los mandatos administrativos, se castiga según lo dispuesto en el Código Penal. Las conclusiones de ROMIEU explican brillantemente la posición francesa: "Es un principio fundamental de nuestro derecho público, que la Administración no debe acudir a la fuerza pública para asegurar *manu militari* la ejecución de los actos del poder público; y que debe dirigirse previamente a la autoridad judicial para que compruebe la desobediencia, sancione la infracción y le permita a la Administración del empleo de los medios materiales de coacción".

Conforme a este sistema judicial, solo en casos excepcionales, i.e.: urgencia, salubridad, o ausencia de sanción expresa, se permite que la Administración ejecute sus actos con sus propios medios.

b. Sistema de ejecución administrativa

La otra forma de lograr la ejecución forzosa de los actos administrativos, reconoce, como regla, la potestad de autotutela ejecutiva a favor de la Administración. El principio consiste, entonces, en considerar que la Administración puede hacer cumplir, forzosamente y con sus propios medios, los actos que dicta, sin necesidad de solicitar la intervención de un Juez. Este sistema de ejecución administrativa de los actos, rige en la mayoría de los países de régimen administrativo, con excepción, curiosamente, de Francia, país que sirvió de cuna a ese régimen.

La presentación originaria de la tesis que reconoce facultades a la Administración, para hacer cumplir coactivamente sus propias decisiones, sin el auxilio de los jueces, obedece al autoritario criterio que informó, en sus orígenes, la relación administración-administrado. Que el acto administrativo sea ejecutorio, y aún más, su mandato exigido y logrado coactivamente por la propia Administración, presenta, más que a un administrado, a un súbdito. Fue esa la fórmula originaria como lo presentó Otto Mayer y el mismo Giannini ha dicho que "la imperatividad y la autotutela se apoyan en principios, no escritos, que el Estado contemporáneo ha heredado del Estado Absoluto".

Recibir estas ideas fue fácil en países que carecían de textos constitucionales protectores de los derechos y libertades de los ciudadanos. Así ocurrió, inicialmente, en España, cuya doctrina fue trasladada, sin más, a América Latina, desde que en la mayoría de los casos se erigía un frente y autoritario Poder Ejecutivo, frente a un débil y entregado Poder Judicial.

En España, sin embargo, ha habido un cambio formidable en la extensión de este principio, a propósito de la Constitución de 1978, de manera que la moderna doctrina propugna el *reacomodo* de las relaciones entre la Administración y el administrado. El replanteamiento de las relaciones entre Administración y administrado, tienen como notable defensor a GARCÍA DE ENTERRÍA, quien, invocando la primacía adquirida por los derechos y libertades públicas a raíz de la Constitución Española del 78, dio por concluida la invocación ritual de los intereses generales, como sinónimo de superiores.

La defensa de los intereses generales, no puede ser un obstáculo para el respeto de los derechos fundamentales que, aún cuando individuales, son el fundamento del orden político y de la paz social, y no existe interés general más importante que su logro y mantenimiento. No creemos que sea irreconciliable la idea de un interés general, atendido por la Administración, frente al interés constitucional, de respetar los derechos fundamentales. Antes por el contrario, la satisfacción de los intereses públicos, responsabilidad de la Administración, debe realizarse con respeto a los derechos fundamentales y es allí en donde, en extremo delicado, resulta el análisis de la ejecutoriedad directa de los actos administrativos.

3. La adopción del sistema de ejecución administrativa en Venezuela

El reajuste que ahora se postula en las relaciones Estado-Administrado no se encontraba suficientemente madurado en Venezuela, por lo que en 1982, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos recogió las más estrictas posturas sostenidas el siglo pasado en Alemania, Italia y España, al consagrar en su artículo 79 el sistema de ejecución administrativa: "*La ejecución forzosa de los actos administrativos*



será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial".

4. Excepciones y límites aplicables en nuestro régimen al principio de ejecución administrativa de los actos

En contraste con la categórica y enfática formulación legal, ese principio de ejecución directa de los actos administrativos encuentra, al menos, tres límites fundamentales, cuyo desarrollo nos proponemos efectuar en el siguiente orden:

- i. La ejecución forzosa en vía administrativa sólo la puede utilizar la autoridad administrativa para hacer cumplir los actos desfavorables para el administrado.
- ii. La ejecución forzosa administrativa no procede para hacer cumplir actos administrativos de sustancia jurisdiccional, a través de los cuales la Administración resuelve un conflicto privado de dos partes.
- iii. La ejecución administrativa de los actos debe sujetarse a las exigencias derivadas de los derechos y garantías fundamentales del ciudadano.
- iv. Finalmente, expondremos las correspondientes conclusiones.

I. EJECUTORIEDAD Y ACTOS DESFAVORABLES

En las relaciones bilaterales (Administración-administrado), la ejecución forzosa en vía administrativa sólo la puede utilizar la autoridad administrativa para hacer cumplir los actos desfavorables para el administrado. Carece, por lo tanto, el administrado, de un medio efectivo para lograr en vía administrativa, que la Administración acate sus propios actos, cuando se trata de decisiones que imponen cargas y obligaciones para la propia Administración. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de otorgar la escritura del contrato, que surge para la Administración y el particular, luego de otorgada la buena pro en una Licitación. Si la parte que incumple tal obligación es el particular co-contratante, la

Administración puede calificar en forma inmediata y unilateral el incumplimiento, e iniciar el procedimiento correspondiente para hacer efectivas las garantías, amén de los otros efectos que pueden derivar de ello, como sería la exclusión del particular del Registro de Contratistas.

Distintas son las cosas, cuando quien incumple la obligación derivada del acto es la propia Administración. En este caso, el particular no puede calificar privadamente el incumplimiento e iniciar un procedimiento administrativo de ejecución forzosa, sino que debe conformarse con requerir la intervención del Juez quien, luego de un largo y extenuante proceso, ordenará que se cumplan los efectos del acto de buena pro.

Visto de esta manera, parece evidente que la ejecución forzosa choca con el derecho a la igualdad.

II. EJECUTORIEDAD Y ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD ARBITRAL

1. **El problema: aplicación jurisprudencial del principio de ejecutoriedad respecto de los actos dictados en ejercicio de actividad arbitral**

Aplicando en forma radical el principio de ejecución administrativa directa, la jurisprudencia ha llegado a señalar que los actos administrativos que dicta la Administración en ejercicio de actividad arbitral, esto es, actuando a instancia de parte y con el objeto de dirimir una controversia entre dos sujetos de derecho, pueden ser ejecutados forzosamente por el propio órgano administrativo.

Específicamente, se ha sostenido que la ejecución forzosa del acto administrativo, mediante el cual la Administración autoriza el desalojo de una vivienda, o del acto a través del cual el Inspector de Trabajo ordena el reenganche de un trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir, puede obtenerse a través de los medios propios de ejecución forzosa en vía administrativa¹, por lo que –según este criterio jurisprudencial– las

1. Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Sentencias del 14 de enero de 1989 y el 3 de marzo de 1994, Casos Arnaldo Lovera y Hugo Alberto Uzcategui.



autoridades judiciales carecen de “jurisdicción” para tramitar procedimientos destinados a lograr el cumplimiento forzoso de esos actos administrativos de sustancia jurisdiccional (vid. sentencias de la Sala Político-Administrativa del 14 de noviembre de 1989, 21 de noviembre de 1989, 11 de febrero de 1992, y 14 de julio de 1994, entre otras).

2. La búsqueda de mecanismos destinados a evitar la ejecución directa de los actos arbitrales

Son tales las distorsiones creadas por la aplicación del principio de ejecución directa, respecto de los actos administrativos de sustancia jurisdiccional o arbitral, que tanto la Administración, como los propios Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han tenido que crear un conjunto de mecanismos destinados a contrarrestar este principio.

a. Mecanismos adoptados por la Administración

Encontramos así, que las decisiones que dicta actualmente la Administración, al resolver un conflicto de desalojo entre el arrendador y su inquilino, no ordenan “el desalojo” del inmueble, como lo hacían anteriormente, sino que se limitan a “autorizar al arrendador para que proceda por ante la jurisdicción ordinaria a demandar la desocupación del inmueble objeto del procedimiento”.

Esta es la vía de escape, ingeniada por la Administración Pública para trasladar a los órganos judiciales la ejecución forzosa de un acto administrativo de sustancia eminentemente arbitral o jurisdiccional, como el que resulta del procedimiento de desalojo de viviendas consagrado en el viejo Decreto Legislativo, ha dado el resultado esperado. En efecto, de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Político-Administrativa en sentencia del 30 de julio de 1991, el acto administrativo que se limita a autorizar al arrendador para que proceda ante la jurisdicción ordinaria a demandar la desocupación del inmueble, es “un verdadero acto autorizatorio para que el arrendador ejerciera la acción correspondiente en la vía jurisdiccional, y no constitutivo de obligación alguna de desalojar en contra del arrendatario; razón por la cual el acto en cuestión carece de ejecutoriedad, no pudiendo por tanto la Administración autora del mismo, proceder a exigir su cumplimiento mediante su ejecución por el

propio ente administrativo, correspondiéndole, por el contrario, al Poder Judicial la jurisdicción para resolver sobre dicho cumplimiento coactivo".

b. Mecanismos aplicados por los Tribunales

También los Tribunales de lo Contencioso Administrativo², han establecido mecanismos que tienden, en forma indirecta, a evitar que el acto dictado por la Administración, en ejercicio de la función jurisdiccional, pueda ejecutarse, al menos en forma inmediata, por el órgano administrativo. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tiene establecido, como criterio general, que "en los casos en los cuales se solicite la suspensión de efectos de un acto cuasi-jurisdiccional, esto es, de aquéllos en los cuales la administración actúa como un árbitro que decide una controversia entre particulares, ... la ejecutoriedad del mismo debe ser apreciada con un criterio menos rígido que el que se aplica para los actos en los cuales la administración ejerce su función natural y típica como lo es la de satisfacer en forma inmediata las necesidades públicas concretas". ... "en tales actos –señala la Corte– el recurso contencioso administrativo se acerca al sentido de una apelación de una sentencia definitiva en muchos aspectos, en la cual, el efecto suspensivo es inmediato" (Sentencia de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, del 11 de octubre de 1990, magistrado ponente Hildegard Rondón de Sansó, caso: Héctor Navarro contra Imapa, C.A.).

Obsérvese pues, que tanto la Administración Pública, como los Tribunales Contencioso Administrativos, han diseñado teorías que, en la práctica, tienden a evitar que los actos administrativos de sustancia jurisdiccional sean ejecutados forzosamente por la propia Administración Pública.

3. La ejecución directa por la Administración es un atributo de la función administrativa

Ahora bien, en nuestra opinión, ese esfuerzo de inventiva no hace más que confundir las cosas, pues, la ejecución directa de los actos

2. Véase en este sentido: Sentencia de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, del 11 de octubre de 1990, magistrado ponente Hildegard Rondón de Sansó, caso: Luis E. Gutiérrez.



administrativos, es un atributo que se explica y justifica, únicamente, cuando la Administración ejerce su función natural de dar satisfacción a los intereses colectivos. Por lo tanto, los actos administrativos que produce la Administración en ejercicio de otras funciones públicas, y específicamente, los que dicta actuando en ejercicio de función jurisdiccional, esto es, decidiendo, como un arbitro, una controversia entre particulares, no son susceptibles de ejecución forzosa en vía administrativa.

Debe recordarse, en efecto, que la emisión de actos administrativos no es monopolio de la Administración Pública (entendida en su acepción orgánica), sino que se trata de una actividad formalmente compartida con los órganos judiciales³ y legislativos del Estado⁴, e incluso, con personas ajenas a la estructura general del Estado⁵.

Siendo ello así, interesa determinar cuál es el origen de la posibilidad de ejecutar forzosamente en vía gubernativa los actos de la Administración. En concreto, es preciso saber si esa exorbitante potestad es una “prerrogativa” subjetiva de la Administración, en cuyo caso todos los actos particulares, creadores de deberes y cargas que ella dicte gozaran de ese privilegio; o si se trata por el contrario de un atributo que deriva del ejercicio de la función administrativa, caso en el cual sólo podrán ser ejecutados forzosamente en vía administrativa los actos que hayan sido dictados en ejercicio de esa función administrativa y que tiendan de manera específica a satisfacer las necesidades públicas.

En nuestra opinión, la ejecución directa de los actos administrativos no constituye una prerrogativa o facultad subjetiva de la Administración Pública, antes bien, ello configura un atributo inherente a la función administrativa.

Semejante potestad se explica, en efecto, por el principio de que los intereses colectivos –cuya satisfacción se pretende mediante el ejercicio de la función administrativa- deben prevalecer sobre los intereses

3. CSJ-SPA. Sentencia del 19.07.84. Caso: Alí Quiñones Medina.

4. CSJ-SPA. Sentencia del 19.12.74. Caso: Antonio Toro.

5. Vgr. Universidades Privadas, Bolsa de Valores de Caracas, Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela, Colegios Profesionales, etc. Véanse, entre otras, sentencias de la CPCA del 15.903.84, 13.02.86, 18.02.86, 24.03.88.

individuales. Como afirma la mejor doctrina *"si el poder administrativo debe resultar vencedor en la confrontación poder administrativo/ poder privado, no es porque éste sea de naturaleza superior, sino porque persigue la realización del interés público"*⁶.

La ejecución directa de los actos administrativos aparece entonces, no como una exorbitante facultad del sujeto administrativo, sino como un mecanismo para desplazar los intereses individuales, en aras de satisfacer los intereses de la colectividad. Tal desplazamiento se logra mediante el uso de la coacción directa contra el administrado, que se resiste a cumplir, voluntariamente, la orden contenida en el acto administrativo, y sólo se justifica, repetimos, cuando el acto ha sido dictado en ejercicio de función administrativa, es decir, para satisfacer interés colectivos.

Entender el principio de ejecución directa de esta forma, como un derivado de la función administrativa y no como prerrogativa de la Administración, tiene un *aspecto positivo*, que consiste en reconocer la posibilidad de ejecutar directamente no solo los actos administrativos individuales dictados por la Administración en ejercicio de su función propia, sino también aquellos actos administrativos, dictados por los órganos legislativos, por los Jueces o por los particulares, en ejercicio de función administrativa.

Existe también un *aspecto negativo* en esta tesis, que se concreta en negar el uso de la coacción administrativa directa para obtener el cumplimiento de actos producidos por la Administración en ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, cuando actúa como un arbitro entre dos partes, como serían, por ejemplo, las decisiones a través de las cuales la Administración resuelve un conflicto entre arrendador e inquilino, o los actos que se producen en un procedimiento de calificación de despido de un trabajador investido de fuero.

En esos supuestos, el acto dictado por la Administración no tiende a satisfacer los intereses de la colectividad, sino que se limita a reconocer el derecho de un administrado frente a otro (inquilino vs arrendador;

6. Rousset, M.: *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960, pág. 89.



trabajador vs empleador), por lo que ninguna razón puede admitirse como válida para justificar el uso directo y oficioso de la fuerza administrativa, con la intención de obtener el cumplimiento de tales decisiones de *sustancia jurisdiccional*.

Tan es cierto que la ejecución directa es una condición derivada del ejercicio de la función administrativa, que los medios de ejecución forzosa regulados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 80) resultan verdaderamente inútiles para lograr el cumplimiento en especie de las decisiones administrativas de *sustancia jurisdiccional*.

Así, por ejemplo, de nada le sirve al trabajador que ha resultado favorecido con una orden administrativa de reenganche y pago de salarios dejados de percibir, que la Administración, ante la reticencia del patrono de cumplir tales prestaciones, haga uso del medio regulado en el artículo 80, numeral 2, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y proceda a imponerle al patrono multas sucesivas de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), tal como lo ha sugerido la Sala Político-Administrativa en algunas decisiones⁷.

Consideramos, en definitiva, que debe producirse una evolución jurisprudencial en este tema, de modo que se reconozca que el cumplimiento forzoso de un acto administrativo de *sustancia jurisdiccional*, no puede ser solicitado ante la Administración Pública, sino que ello debe ser elevado siempre al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

De ese modo, gana la Administración Pública, cuyos órganos ordinariamente no saben qué hacer, carecen de medios efectivos para la ejecución forzosa y se muestran desinteresados frente al incumplimiento de un acto que resuelve un conflicto entre dos partes; y en segundo lugar, gana también el particular interesado en el cumplimiento del acto, toda vez que las autoridades judiciales sí están facultadas para dictar medidas ejecutivas contra el patrimonio del obligado, cuando éste se niega a cumplir voluntariamente la orden contenida en el acto administrativo.

7. Sentencia del 3 de marzo de 1994. Caso: Hugo Alberto Uzcategui contra Promotora del Desarrollo Urbano de la Región Zuliana C.A. (Produzca).

4. Aplicación supletoria del proceso de ejecución de sentencias

En ausencia de un proceso especial para obtener la ejecución forzosa de estos actos administrativos de sustancia jurisdiccional, consideramos que puede aplicarse el procedimiento ordinario de ejecución de sentencias consagrado en el Título Cuarto, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, conviene tener presente que, según dispone la Ley Procesal, este procedimiento ejecutivo rige no sólo para lograr la ejecución de las sentencias, sino también para obtener la ejecución forzosa de *“cualquier otro acto que tenga fuerza de tal”*⁸.

Obviamente, para que el interesado pueda acudir al procedimiento ejecutivo, es necesario que el acto administrativo de sustancia jurisdiccional haya adquirido firmeza (fuerza de sentencia), bien porque no se hubiere impugnado oportunamente, o porque el recurso ejercido haya sido declarado sin lugar.

Creemos, en definitiva, que el principio de ejecución directa –por la propia Administración– de los actos administrativos cede, no sólo cuando lo dispone la Ley, como dice el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino también cuando el acto se dicta con la intención de resolver una controversia entre dos particulares y no con la finalidad de satisfacer el interés público.

De aplicarse estos principios, se producirá un doble beneficio, pues, por una parte, la actividad de ejecución forzosa realizada en el seno de la Administración quedara reducida a sus justos límites, desde que sólo tendrá lugar cuando el acto hubiere sido dictado en orden a satisfacer necesidades públicas; y en segundo lugar, el derecho de los administrados a la tutela jurisdiccional efectiva quedará incólume, pues siempre habrá forma de

8. En España, la aplicación de los principios que aquí se postulan ya es una realidad en algunos procedimientos arbitrales que corresponde decidir a la Administración. En efecto, la ejecución de los actos que dicta la Administración española en materias regidas por la Ley 26/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, no está a cargo de la Administración que lo ha dictado, sino que corresponde al juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, que la lleva a cabo por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias (Cfr. PARADA, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte general; pág. 607).



obtener la ejecución en especie de lo ordenado por el acto administrativo, cuando dicho acto resuelva una controversia entre dos particulares, sin necesidad de replantear un juicio completo -con fase de cognición- ante los Tribunales, como viene sucediendo hasta ahora.

5. Actos de sustancia jurisdiccional y actos sancionatorios

Una precisión adicional debemos hacer, y es que no deben confundirse los actos administrativos de sustancia jurisdiccional o arbitral, cuya ejecutoriedad directa hemos negado, con los actos administrativos sancionatorios, que pueden ser dictados por la Administración a instancia de un denunciante interesado, como serían por ejemplo los actos que produce PROCOMPETENCIA en los procedimientos relativos a practicas restrictivas de la libre competencia.

En efecto, la Administración, cuando realiza función jurisdiccional, actúa como un arbitro entre dos partes contendientes. Su función en estos casos se concreta a resolver el problema que las partes le plantean, y sólo puede hacerlo cuando ha mediado una petición del interesado, nunca de oficio. El procedimiento administrativo en estos supuestos, puede terminar incluso a través de un acto de autocomposición de las partes, como sería un desistimiento, un convenio, o una transacción.

En cambio, cuando la Administración decide un procedimiento sancionatorio, el acto que dicta no tienen naturaleza arbitral, toda vez que su emisión no se produce para resolver un conflicto entre partes, sino para satisfacer los intereses de la colectividad en la vigencia y efectividad de las normas por cuyo incumplimiento se dicta la sanción. La prueba más palpable de ello, es que el procedimiento sancionatorio respectivo puede ser iniciado por la Administración incluso de oficio, y no caben en él fórmulas de autocomposición. El acto sancionatorio, al no ser un acto de sustancia jurisdiccional, sí puede ser ejecutado por la propia Administración, con las limitaciones que señalaremos más adelante.

III. LIMITACIONES A LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DERIVADAS DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En adición a los límites naturales y legales anteriormente examinados, la potestad de autotutela ejecutiva enfrenta restricciones

derivadas del debido respeto de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

1. Derecho a la defensa y tutela judicial efectiva

El primer derecho constitucional que debe ser conciliado con el ejercicio de esa potestad exorbitante es, sin duda, el de defensa y tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 68 del Texto Constitucional.

a. Necesidad de acto previo

La debida observancia de este derecho fundamental exige, en primer lugar, que la actividad de ejecución forzosa esté precedida de un acto administrativo, dictado luego de cumplirse el correspondiente procedimiento con audiencia del interesado.

En este sentido, el artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prohíbe realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos.

Cualquier actuación material de ejecución, que no esté precedida de un acto administrativo, se traduce en una vía de hecho, violatoria por tanto del derecho a la defensa del administrado que sufre las consecuencias de esa ilegal actuación de la Administración.

b. Posibilidad cierta de obtener la suspensión de efectos

El derecho a la defensa y tutela judicial efectiva sólo queda debidamente garantizado, si en el trámite de los recursos contra un acto administrativo, el particular puede evitar que la ejecución del proveimiento administrativo le cause daños de imposible o difícil reparación.

A modo de asegurar el cumplimiento de este derecho fundamental, las leyes venezolanas prevén la posibilidad de suspender preventivamente los efectos del acto administrativo impugnado, cautela ésta que puede obtenerse tanto en sede administrativa⁹, como en vía judicial¹⁰.

9. Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

10. Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.



Sin embargo, este remedio cautelar no garantiza, en forma plena, el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, por una parte, para que la suspensión de efectos sea acordada en vía administrativa, es necesario prestar una caución o garantía a favor de la Administración, lo cual limita en muchos casos la posibilidad de acceder a la medida preventiva.

Además, el acordar la suspensión con ocasión de la interposición de un recurso administrativo, aparece como una potestad discrecional de la Administración, de modo que la protección de los derechos del administrado queda al arbitrio del funcionario administrativo de turno.

De otra parte, exigir que se agote la vía administrativa, como requisito de admisibilidad del juicio contencioso administrativo de anulación, conspira contra la efectividad de la suspensión de efectos en vía judicial. En efecto, si se cumplen estrictamente los plazos del procedimiento administrativo, se logrará acceder al juicio contencioso administrativo después de que el acto original tenga más de ciento veinte (120) días hábiles de haberse dictado, de manera que el derecho a obtener la suspensión judicial de los efectos del acto, y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva, puede ser frustrado fácilmente por la Administración, si en ese plazo tan extenso decide llevar a cabo la ejecución forzosa del acto administrativo.

Por último, la suspensión de efectos no es una medida idónea cuando el acto impugnado contiene una decisión negativa, pues tradicionalmente se ha considerado que la suspensión de efectos de los actos de esa especie, implicaría dotar de efectos positivos al acto, lo cual no puede hacerse mediante un pronunciamiento cautelar.

Las deficiencias del mecanismo ordinario de suspensión de efectos, ha permitido la construcción jurisprudencial de nuevos principios, que se muestran más acordes con el derecho de tutela judicial efectiva.

En este sentido, es conocida la tesis del Tribunal Supremo Español¹¹, según la cual, los actos sancionadores en cuanto producen,

11. Sentencias del 17 y 21 de julio de 1982, ratificadas el 26 de marzo de 1986.

de suyo, perjuicios de difícil reparación, al menos moral y personalmente, no pueden ser ejecutados en forma inmediata por la Administración, sino que su ejecución forzosa se encuentra condicionada a que se agoten todas las instancias dentro de la propia vía administrativa. Con elemental razón, el profesor PARADA, presente en estas Jornadas, señala que en los casos de actos sancionadores *“la ejecutoriedad puede y debe quedar remitida todavía a un momento posterior: el del auto judicial en el que se resuelva la petición de suspensión de efectos de la resolución recurrida en vía contencioso administrativa”*.

En tal virtud, debe reconocerse que los actos administrativos sancionatorios, no pueden ser ejecutados forzosamente por la Administración, sino después de que el Juez Contencioso Administrativo tenga oportunidad de desestimar la solicitud de suspensión de efectos.

c. Posibilidad de emitir ordenes cautelares positivas

Se han superado también, incluso en nuestro ámbito, las ideas restrictivas que negaban la suspensión de efectos de los actos de contenido negativo y se admite ahora, que el Juez Contencioso Administrativo, con el objeto de evitar los daños de difícil o imposible reparación derivados del acto negativo, dicte medidas de ejecución provisional a favor del recurrente, anticipando de ese modo, en cierta medida, los efectos de la decisión definitiva¹².

d. Proscripción de la regla “solve et repete”

Finalmente, con el objeto de resguardar el derecho a la defensa y asegurar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, el Supremo Tribunal, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1990 (Caso Scholl Venezolana, C.A), proscribió, por inconstitucional, la regla *solve et repete*, de modo que en la actualidad el ejercicio de los recursos administrativos o judiciales contra los actos que establecen cargas económicas (liquidación de multas, tributos, etc.) no puede estar condicionado al pago previo o a la presentación de fianza para asegurar el pago.

12. Sentencia de la CPCA, de fecha 30.01.1980.



2. Derecho de presunción de inocencia

La ejecución directa de los actos administrativos enfrenta restricciones también, derivadas del derecho a la presunción de inocencia y de la protección a la honra y reputación de los ciudadanos.

a. Postergación de la ejecución de actos sancionatorios

Ciertamente, las modernas tendencias jurisprudenciales señalan que los actos administrativos a través de los cuales se imponen sanciones a los ciudadanos, no pueden ser ejecutados de manera inmediata por la Administración, no sólo porque los perjuicios que ellos provocan son de difícil reparación por la definitiva, asunto éste que atiende a la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también, y fundamentalmente, porque "la potestad ejecutoria en el ámbito sancionador ... tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia, configurada también constitucionalmente, que impide así ... la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta en procedimiento disciplinario por un órgano administrativo"¹³.

A esta conclusión tendrá que llegar también nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, pues la ejecución inmediata de las sanciones administrativas de carácter personal hace nugatorio el derecho de presunción de inocencia, desde que produce un efecto estigmatizante en el inculpado, que difícilmente podrá ser borrado por un fallo posterior que anule el acto administrativo.

b. Inconstitucionalidad de sanciones moralizantes

En defensa también del derecho a la presunción de inocencia y a la protección de la honra y reputación, consideramos que deben desaplicarse, por inconstitucionales, los efectos "moralizantes" de los actos sancionatorios. En este sentido, observamos que diversas leyes, como la del Consejo de la Judicatura y la de Salvaguarda del Patrimonio Público, ordenan publicar en Gaceta Oficial los actos a través de los cuales se imponen las respectivas sanciones disciplinarias a los Jueces, o se declara la responsabilidad administrativa de algún funcionario público.

13. Sentencia del Tribunal Supremo Español de 26 de marzo de 1986.

Ninguna justificación y utilidad, que no sea provocar un daño moral irreversible contra el sancionado, tienen esas disposiciones legales. Su inconstitucionalidad nos parece evidente, no solo porque atenta, como ya dijimos, contra el derecho a la protección de la honra y reputación, sino además porque infringen de manera directa el precepto constitucional según el cual “Nadie podrá ser condenado a penas ...infamantes” (artículo 60, numeral 7 de la Constitución).

Creemos entonces, que la publicidad de los actos sancionatorios, es una medida infamante que lesiona gravemente el derecho de protección de la honra y reputación, razón por la cual, el funcionario afectado puede solicitar –con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- que se desapliquen, a su caso concreto, las disposiciones legales que permiten difundir el acto sancionatorio en los medios de publicación oficial.

3. Inviolabilidad del hogar doméstico

Otra garantía constitucional que pocas veces es tenida en cuenta por la Administración, a la hora de ejecutar forzosamente sus actos, es la relativa a la inviolabilidad del hogar doméstico.

De acuerdo con el artículo 62 de la Constitución, el hogar doméstico es inviolable y no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, *las decisiones que dicten los Tribunales*.

Obsérvese que las únicas decisiones cuya ejecución podría utilizarse como excusa para allanar el hogar doméstico, son las que “dicten los Tribunales”.

Siendo ello así, es evidente que la Administración no puede ejecutar, por sus propios medios y sin auxilio judicial, los actos administrativos, cuando para la ejecución efectiva del acto sea necesario entrar en un hogar doméstico en contra de la voluntad de sus ocupantes. La violación de esa prohibición constitucional, por parte de los funcionarios públicos, se encuentra sancionada con pena de prisión por el artículo 185 del Código Penal.



Por lo tanto, cuando la Administración pretenda ejecutar un acto administrativo y precise para ello ingresar al hogar doméstico en contra de la voluntad de sus ocupantes, deberá requerir el auxilio de la autoridad judicial. En España, el auxilio judicial en estos casos se concreta, de acuerdo con el artículo 18.2 de la Constitución y 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en una autorización de allanamiento que expide el Juez Penal. Este mecanismo no resulta aplicable en nuestro país, toda vez que la garantía de inviolabilidad del hogar doméstico se encuentra constitucionalmente garantizada en términos más rígidos y, como ya hemos señalado, sólo cede para impedir la perpetración de un delito, o para “cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales”.

Puede afirmarse entonces, que la Administración está desprovista de la potestad de autotutela para ejecutar sus decisiones, cuando ello implique ingresar al hogar doméstico en contra de la voluntad de sus ocupantes, pues, de acuerdo con la Constitución, la orden de ejecución forzosa debe estar contenida en una decisión de un Tribunal.

En esos casos, en ausencia de un procedimiento de ejecución especial, consideramos aplicable el procedimiento de ejecución de sentencias consagrado en los artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el cual, según se ha explicado con anterioridad, sirve también para obtener el cumplimiento forzoso de los actos que tengan fuerza de sentencia, como serían los actos administrativos firmes.

4. Garantía de interdicción de la arbitrariedad

La Administración, al realizar la actividad material de ejecución, goza de una amplia discrecionalidad, toda vez que la ley se limita a autorizar la ejecución forzosa a costa del obligado, sin regular en detalle los mecanismos y medios materiales que puede utilizar la autoridad administrativa encargada de hacer cumplir el acto administrativo.

Ahora bien, el hecho de que pueda la Administración escoger con mayor libertad los medios que utilizará para obtener la ejecución forzosa de sus actos, no la autoriza a proceder en forma arbitraria.

Antes por el contrario, en obsequio del principio de interdicción de la arbitrariedad -el cual en España tiene incluso rango constitucional-

debe la Administración, al ejecutar sus actos administrativos, actuar con la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir también los trámites requisitos y formalidades necesarios.

En cuanto a los requisitos formales de la ejecución forzosa en vía administrativa, es oportuno recordar que el uso de la fuerza administrativa es un último recurso, razón por la cual sólo cabe acudir a él en caso de que el obligado se niegue a ejecutar voluntariamente la orden contenida en el acto administrativo. Por lo tanto, para iniciar el procedimiento de ejecución forzosa en vía administrativa, no basta la existencia del acto administrativo, sino que se requiere también que la decisión haya sido notificada debidamente al administrado, y que se le hubiere concedido un plazo razonable para su cumplimiento voluntario.

De otra parte, la proporcionalidad y adecuación del supuesto de hecho con el fin de la norma, obliga a la Administración a emplear los medios materiales estrictamente necesarios para lograr el cumplimiento del acto administrativo, sin causar daños mayores o perjuicios al administrado-ejecutado. Util, sin duda, habría resultado explicar esto, a los funcionarios que en días pasados, con el objeto de remover un vehículo aparcado en un sitio prohibido, lo dinamitaron en una estruendosa demostración de arbitrariedad.

IV. CONCLUSIONES

Recapitulando, podemos formular las siguientes conclusiones:

1. No todos los actos administrativos pueden ser ejecutados forzosamente. Este atributo es exclusivo de aquellos actos que establecen ordenes de dar, hacer o no hacer hacia los administrados, los cuales -por esa circunstancia- se dice que gozan de ejecutoriedad.
2. Ante la falta de cumplimiento voluntario de lo ordenado por el acto administrativo, es necesario proceder a su ejecución forzosa. A tal efecto existen dos sistemas: el judicial, que deja a cargo de los Jueces la ejecución forzosa de las



decisiones administrativas; y el administrativo, que postula el principio de autotutela ejecutiva y apodera a la Administración para hacer cumplir sus propias decisiones mediante el empleo de la fuerza.

3. Venezuela pertenece a los países que acogen el sistema de ejecución administrativa, pues de acuerdo al artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos *"La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial"*.
4. La ejecución administrativa se ejerce sólo para hacer cumplir los actos desfavorables a los administrados, pero no es útil en aquellos casos en los que el incumplimiento proviene del ente público.
5. El principio de ejecución directa es un derivado de la función administrativa y no una prerrogativa de la Administración, de allí que: (i) es posible de ejecutar directamente no sólo los actos administrativos individuales dictados por la Administración en ejercicio de su función propia, sino también aquellos actos administrativos, dictados por los órganos legislativos, por los Jueces o por los particulares, en ejercicio de función administrativa; y (ii) la Administración está impedida de obtener el cumplimiento de actos producidos en ejercicio de función jurisdiccional o arbitral, es decir, cuando actúa como un arbitro entre dos partes, como serían, por ejemplo, las decisiones a través de las cuales la Administración resuelve un conflicto entre arrendador e inquilino, o los actos que se producen en un procedimiento de calificación de despido de un trabajador investido de fuero.
6. El respeto del derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva, apareja diversas limitaciones sobre el principio de ejecución forzosa por la propia Administración. Así: (i) En principio no es posible realizar una actuación material, si antes no se ha dictado el acto administrativo que le sirve de fundamento. (ii) El particular cuyos derechos o intereses

puedan resultar lesionados por el acto administrativo, debe contar con oportunidad cierta y real de solicitar y obtener la suspensión de sus efectos. (iii) El Juez Contencioso Administrativo tiene potestades para dictar medidas de ejecución provisional cuando lo que se impugna es un acto denegatorio, anticipando provisionalmente los efectos de una eventual sentencia estimatoria del recurso. (iv) Es inconstitucional condicionar el ejercicio de recursos administrativos contra los actos que crean obligaciones dinerarias, al pago o afianzamiento previo de tal obligación.

7. La ejecución inmediata de las sanciones administrativas de carácter personal hace nugatorio el derecho de presunción de inocencia, desde que produce un efecto estigmatizante en el inculpado, que difícilmente podrá ser borrado por un fallo posterior que anule el acto administrativo, por esta razón es menester consagrar, como principio, la no ejecución inmediata de los actos sancionatorios.
8. Los efectos moralizantes de las sanciones (vgr. publicación de los actos en medios de divulgación oficial) se encuentran reñidos no sólo con el derecho a la presunción de inocencia y a la honra y reputación, sino también con la garantía constitucional que prohíbe la aplicación de penas infamantes.
9. La Administración se encuentra constitucionalmente obligada a solicitar el auxilio de los Tribunales, para la ejecución de actos que involucren la entrada forzada al hogar doméstico.
10. Por virtud del principio fundamental de interdicción de la arbitrariedad, para iniciar el procedimiento de ejecución forzosa en vía administrativa no basta la existencia del acto administrativo, sino que se requiere también que la decisión haya sido notificada debidamente al administrado, y que se le hubiere concedido un plazo razonable para su cumplimiento voluntario. De otra parte, es necesario también que la Administración utilice los medios materiales estrictamente necesarios para lograr el cumplimiento del acto administrativo, sin causar daños mayores o perjuicios al administrado ejecutado.

SOBRE LA NECESIDAD DE UNA
RENOVACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN
DOGMÁTICA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO A
PROPÓSITO DE LA ACTIVIDAD
Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

SOBRE LA NECESIDAD DE UNA RENOVACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PROPÓSITO DE LA ACTIVIDAD Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid (España)

I

El acto administrativo es sin duda institución central del Derecho Administrativo. Su elección como objeto de esta nueva edición de las Jornadas, cabalmente de Derecho Administrativo, A. R. Brewer-Carías resulta no ya simplemente incuestionable, sino certera y oportuna. Como era de esperar, las ponencias y las restantes contribuciones desarrolladas a lo largo de estos intensos días han proporcionado un sintético y crítico estado actual de la institución, enriquecido, además, por la perspectiva comparatista.

Si ya en trance de concluir ha de hacerse balance, éste no puede dejar de estar enteramente condicionado por ese resultado, que se destaca en estos momentos sobre cualquier otra circunstancia, y ha de ser, por ello, positivo. Huelga pues, a mi juicio, cualquier interpretación de la encomienda con la que me ha distinguido la benevolencia de los organizadores -y no es cosa ahora de señalar *culpables*- en términos de verdadera "relatoría general", pues ésta, por lo dicho y por razón en todo caso de la persona, forzosamente poco valor añadido habría de aportar.

En esta tesitura y acogéndome al espíritu de estas Jornadas y de la persona y obra del Prof. Brewer-Carías a las que éstas rinden homenaje, me he inclinado por ensayar algunas reflexiones dirigidas a renovar la voluntad de continuación de esfuerzo tan meritorio como el que se viene haciendo, motivando quizás -si llegaran a convencer lo suficiente- para la elección de la relación jurídico-administrativa como

objeto de la próxima convocatoria, pero que, en todo caso, complementan y redondean el contenido de la que ahora cumple felizmente sus objetivos, al situarlo en un contexto crítico más amplio.

II

El acto administrativo, como institución, responde a concretos presupuestos y traduce una determinada concepción del Estado y, dentro de él, de la Administración. Siendo indiscutibles su importancia y su carácter insustituible, lo cierto es, sin embargo, que hoy está ya en cuestión su condición de clave general explicativa y organizadora del entero Derecho Administrativo. Ni los sujetos de la relación jurídico-administrativa son los que estuvieron en la base de su decantación y teorización, ni dicha relación responde ya siempre al patrón clásico, dotado de un contenido formal uniforme por independiente de la relación o las relaciones jurídicas sustantivas sobre las que incide o se proyecta. Ni la Administración ejerce siempre sus potestades a través de actos unilaterales y si cada vez más de "concertados" e, incluso, "consensuales" (por no hablar de los sólo en apariencia unilaterales), ni aquéllos -como muestra la emergencia de los llamados "actos provisionales, preparatorios y parciales"- pueden pretender hoy la textura, funcionalidad y consistencia tradicionales. Más aún, en su terreno propio, la categoría relega a un muy segundo plano la mayor parte de la actividad administrativa, que es real, técnica o material, dificultando su adecuado tratamiento, y filtra la de directa relevancia jurídica situando el umbral de sensibilidad del Derecho Administrativo en la que expresa y formaliza la voluntad, el deseo o el conocimiento de la Administración y, a través de ella, de la que tiene trascendencia preparatoria de ese momento culminante, separando excesivamente aquel Derecho de la realidad viva, sobre la que recae así la condena de "lo fáctico" y cuya continuidad y complejidad se escapa en tanto que vista sólo a través del tamiz reduccionista y formalizador de los momentos fijos y estelares que representan los actos.

La comprensión cabal de la lógica actual del mecanismo administrativo requiere así la actualización de nuestra visión de la Administración y, por tanto, también de la dogmática jurídico-administrativa, para su adaptación a las condiciones constitucionales y sociales en las que realmente se desenvuelve, superando la perspectiva



que nos imponen los esquemas y categorías elaborados en el tiempo de decantación del Estado de Derecho clásico y aún vigentes; demanda, en definitiva y por decirlo en palabras de W. Brohm (Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho, Documentación Administrativa núm. 234) la contemplación de la Administración sólo como uno de los múltiples centros de decisión que, en relación de equilibrio y alimentación recíprocos, componen los sistemas estatales de poder público; imagen, que no se ajusta a la que constituye el trasfondo explicativo y alimentador del Derecho administrativo establecido: la de un sujeto singular que cumple una actividad técnico-racional y, por tanto, objetivo-jurídica de mera ejecución de la legalidad asimismo objetiva (cuya fuente universal es el poder estatal, es decir, la soberanía) y frente a la cual se pueden hacer valer derechos subjetivos de los ciudadanos (cuya fuente última, asimismo universal, es el principio de libertad). Y ello, entre otras muchas, por las siguientes razones fundamentales: a) el aumento y la diversificación de las tareas estatales ha dinamitado -en el plano administrativo- la en principio rígida frontera entre los mundos de las actividades públicas y las privadas; b) el progresivo reajuste del sistema constitucional de gobierno, como consecuencia de la complejización y tecnificación progresivas de la vida social y de la rapidez y la generalidad de los cambios en ésta, en sentido de la potenciación del poder ejecutivo como motor central ha venido a poner en cuestión instituciones basales de la arquitectura jurídica tradicional de la Administración como instrumento servicial completamente heterónomo, revitalizando -bajo nueva luz- la cuestiones relativas a la tensión política-administración y, por tanto, la relación entre el Gobierno y la Administración, así como a la programación de la actividad y, por ello, al tipo de poder ejercido por dicha Administración; c) las transformaciones en las formas o los tipos de la actividad administrativa inducidas tanto por la extensión y heterogeneidad de las tareas estatales, como por la evolución sufrida por la legislación administrativa reguladora de éstas y programadora de aquella actividad hace tiempo que han desbordado el modelo de la ejecución de la norma objetiva por acto unilateral de *imperium*, de suerte que puede decirse que se ha pasado en el Derecho administrativo de esa objetividad a la normalidad de las situaciones en que no sólo los ciudadanos, sino también la Administración aparecen relacionados desde posiciones subjetivas materiales específicas; del predominio de la relación jurídico-administrativa de subordinación a la de colaboración y

coordinación; de la relevancia jurídica ante todo de determinados momentos, fases o instantes de dicha relación (procedimiento y acto) al reconocimiento de aquélla igualmente al desarrollo o decurso de ésta como tal; y, en fin y como consecuencia de todo lo anterior, d) la profunda evolución experimentada, en sus funciones, economía y lógica operativa y desde la decantación del sistema dogmático jurídico-administrativo vigente, por el Estado y su Derecho en una época caracterizada por la incertidumbre, los avances científico-técnicos y el cambio continuo han incidido decisivamente en la posición y función de la Administración, descargando en ésta un decisivo y activo papel de "adaptación" a las circunstancias de las respuestas estatales, con las repercusiones lógicas y de gran calado sobre los criterios organizativos y de actuación -es decir, del Derecho administrativo- de que de tal papel se siguen.

Si temas tan amplios, centrales e importantes se traen aquí a colación no es obviamente sino para justificar, desde la perspectiva que nos importa, la necesidad de una nada despreciable renovación dogmática del Derecho administrativo, que se concreta especialmente en el cambio en la concepción del Derecho público y su "ejecución" por la Administración en ejercicio de potestades-competencias enteramente vinculadas positivamente, es decir, programadas por aquél.

La concepción vigente reposa, como ha destacado W. Henke (Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts, Juristen Zeitschrift 1992.), en la separación del Derecho público del privado, cumplida en el S. XIX, que ha permitido y conducido a su desarrollo como Derecho puramente objetivo, formal y público en el sentido de abstracto e impersonal. Hoy se hace preciso devolverle sus elementos subjetivos, materiales y personales, despojando su construcción de todos los componentes de filosofía política adheridos en el decurso histórico y en los que ahora no podemos entrar.

Los elementos básicos, a tal efecto, de una nueva dogmática deberían ser, así:

1. Las relaciones jurídicas, que pasaría a ser la figura central (al igual que sucede ya en el Derecho privado), pues todas las relaciones reales relevantes son relaciones jurídicas trabadas entre personas físicas y jurídicas (públicas y privadas), en el curso de las cuales se trata de



saber lo que es de Derecho o contrario al Derecho.

A la concepción de la existencia de una relación jurídica entre Estado y ciudadano sólo se opone el prejuicio dogmático de que el que actúa como titular de un órgano actualiza una voluntad estatal (en la que queda comprendida la voluntad del ciudadano), que se corrompe si al ciudadano se le reconoce la condición singular de sujeto frente al Estado en el contexto de una singular relación jurídica.

También el Estado (todo él o partes del mismo) tiene personalidad. Por ello toda dogmática debe comenzar con un Derecho de las personas, basada en una teoría de la capacidad jurídica y de obrar y de la representación (que se esconde y obvia en la teoría del órgano). En vez de eso, la dogmática actual se limita fundamentalmente a describir la organización, lo que más bien es tarea de la ciencia de la Administración.

2. Los derechos subjetivos, en tanto que éstos y sus correspondientes deberes-obligaciones integran el contenido de las relaciones jurídicas.

Un prejuicio jurídico-público actual tiende a ver el derecho subjetivo como personal, privado y ligado al albedrío, con la consecuente esencial remisión al Derecho privado. Pero jurídicamente el derecho subjetivo no implica necesariamente albedrío privado, sino que debe entenderse preferentemente -y con carácter más general- como posición de un sujeto de Derecho, sobre cuya base éste puede exigir algo o hacer algo sin ser perturbado. El derecho subjetivo así entendido puede establecerse al servicio del albedrío privado, pero también al de la asunción responsable de tareas en interés de la colectividad, es decir, tanto como pura legitimación como conectado con obligaciones o, lo que es igual, como derecho individual o derecho social o comunitario o facultad del *officium*. Por ello mismo y en cuanto a su efectividad, puede quedar remitido a la tutela judicial o beneficiarse de la autotutela. Ello significa que sirve para construir la posición en el Derecho tanto de los sujetos públicos, como de los privados.

En definitiva se trata de saber si la categoría clásica y aún operante entendida como señorío (Jellinek), derecho originario a la obediencia (O. Mayer) u omnipotencia formal (Thomas), es decir, el *imperium* propio

de la soberanía que se expresa en las potestades administrativas, sólo está limitada por los derechos de libertad y ulteriormente por los procedimientos de toma de decisiones (procedimientos), o si, por contra, no es desde el principio otra cosa que la legitimación de la actuación de los órganos, fundada en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y regulada en su contenido y ejercicio; legitimación (es decir, derecho) frente a la cual se sitúa el ciudadano desde la "posición fundamental" que -por razón de la dignidad de la persona- la Constitución le reconoce y pertrechado de sus derechos personales derivados asimismo de esa norma fundamental y el resto del ordenamiento jurídico.

3. La separación del Derecho material y formal, como sucede en Derecho privado.

Aquí también ha de procederse mirando al ejemplo que facilita el Derecho privado, en el que se da una clara separación de estructuras: entre las relaciones jurídicas materiales y las formales o procesales, es decir, los negocios jurídicos y las acciones procesales, y, por tanto, entre la obligatoriedad material y la fuerza jurídica.

Por razón de la tradicional prevención en el ámbito público a las posiciones materiales, en el Derecho administrativo (concretamente en el procedimiento para la toma de decisiones) tal diferenciación no se hace de forma consecuente. En el resulta efectivamente más difícil, porque -a diferencia del Derecho privado- los planos material y formal no están hoy institucionalmente separados:

- a) La Administración puede decir lo que es Derecho por si misma en un procedimiento en el que es, simultáneamente, sujeto material o sustantivamente legitimado y sujeto formalmente decisor.
- b) El acto administrativo es, por ello y también simultáneamente, terminación formal del procedimiento y ejercicio material de derechos, es decir, negocio jurídico y "sentencia".
- c) La consistencia jurídica del acto administrativo es al mismo tiempo eficacia vinculante y fuerza jurídica, de lo que derivan dificultades en cuanto al régimen de anulación o revocación y



revisión (en el que se confunden igualmente el plano "casacional" y el de rescisión-resolución del negocio jurídico).

- d) La superposición de los planos formal (plazos administrativos de solicitud, reclamación o impugnación) y material (prescripción de derechos).

Urge, pues, una reconsideración y actualización de las que podríamos llamar "pautas" de la actuación administrativa, a fin de conseguir en éstas una textura que -desde la triple función de orden, control y "optimización" de las condiciones de vida en sociedad que les es propia- les permita la transmisión a aquella actuación de la adecuada combinación de seguridad-estabilidad y flexibilidad-impulso.

En la función de orden, las expresadas pautas cumplen desde siempre un cometido de armonización y equilibrio entre los bienes jurídicos y, en definitiva, el interés general y los intereses particulares. Pero resulta importante tener en cuenta que esa función tiene límites que, no obstante su evidencia, suelen colocarse en segundo plano, cuando no desatenderse (ello puede ejemplificarse en el escaso, por no decir nulo, tratamiento teórico, doctrinal y jurisprudencial de la "tolerancia" de situaciones de incumplimiento como lo que, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, puede ser: una forma de actuación frente a una situación específica de incumplimiento, que requiere una respuesta no prevista en la programación normativa de la Administración). Tales límites se hacen presentes en las situaciones de incumplimiento, relativamente generalizado y desde luego frecuente, de los mandatos y las prohibiciones administrativas y han existido siempre, si bien en la actualidad cobran progresivamente importancia por la mayor dependencia de la función reguladora del Estado (en continua y rápida evolución) del estado de la ciencia y la tecnología. Su causa última radica en la imposibilidad de la completa y total normación anticipada de los supuestos reales, que, si no hace quebrar desde luego la función de orden del Derecho, pone de relieve que en ésta se trata, además de la predeterminación sustantiva de las conductas y situaciones, de la ordenación general de la organización y el procedimiento administrativos y, por tanto, de la programación normativa y la aplicación de ésta. Para el punto de vista jurídico-administrativo aún vigente (evidentemente influido por el modelo referencial de la "ejecución judicial"; influencia, cuya tradición se remonta

a O. Mayer), la flexibilización del sistema precisa para atender a los problemas derivados de los expresados límites -flexibilización, que se traduce en el reconocimiento de espacios de propia decisión administrativa- se ofrece bajo la imagen limitada de pérdida del elemento esencial de programación, es decir, de determinación jurídica heterónoma de la Administración. Lo cierto es, sin embargo, que esos espacios son los que pueden permitir al sistema estatal una consecución o realización de sus fines atendida a las características reales de los problemas sociales. Se trata, en suma, de la apertura a los fenómenos no por obviados menos reales de la actuación administrativa en régimen no de supra/infraordenación, sino de coordinación, que reviste las formas de gestión organizativa interna, actividad informal, actividad no basada en la imposición y guiada por la "aceptabilidad social" de las soluciones, la negociación de acuerdos y convenios, etc... Esa apertura conduce al reconocimiento del que W. Brohm (*Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung*, NVwZ núm. 88.) y H. Hill (*Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns*, *Die Öffentliche Verwaltung* núm. 87.) han calificado de Derecho Administrativo "situacional", en el que, junto a la programación clásica, adquiere una posición propia la generada directamente por la Constitución, desde la que el legislador y la misma Administración pueden extraer las pautas pertinentes, actuando en el proceso de concreción del orden constitucional "en mano común" (la expresión es de E. Friesenhahn, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, VVDStRL 1958), conforme a una lógica de división de tareas que, en todo caso, debe desarrollarse bajo el control judicial (de ahí que el expresado Derecho administrativo "situacional" no implique pérdida de la función de orden).

Pero las pautas conforme a las que opera la Administración deben permitir a ésta cumplir una verdadera y necesaria función de adecuación e impulso en el proceso, continuamente renovado, de integración social. El despliegue de esta función depende de la receptividad para con realidades insuficiente y defectuosamente percibidas y sistematizadas por la dogmática actual, en particular la ocupación por la técnica finalista -junto a la condicional tradicional- de un lugar propio en la programación legislativa de la actuación administrativa y la flexibilización de dicha programación dirigida a absorber la evolución futura del conocimiento científico-técnico (mediante la remisión al estado en cada momento de



éste, las normas experimentales, la modulación en el tiempo de la entrada en vigor de las normas, etc...), con las consecuencias que de todo ello se siguen para el estatuto de la Administración.

Es evidente que la Ley formal sigue ocupando una posición central en el ordenamiento y que, no obstante el proceso de su instrumentalización al servicio de políticas públicas concretas, sigue conservando su pretensión básica de generalidad y permanencia, indispensable para la realización del valor básico de la seguridad jurídica. Pero ello no debe impedir reconocer su incapacidad progresiva para determinar acabadamente las conductas reguladas, con la consiguiente transformación de su función tradicional en el ordenamiento, puestas de manifiesto por la descarga de decisiones en niveles infralegales, articulados incluso bajo la forma de subordenamientos dotados de mayor o menor autonomía. De esta suerte, la inadecuación resultante de la explicación establecida del proceso normativo desde el esquema clásico Ley-Reglamento (en términos organizativos: poder legislativo-poder ejecutivo) tiende a superarse mediante la contemplación de aquel proceso -sobre la base de la necesidad evidente de la adaptación constante de la norma legal a las distintas y evolutivas situaciones- como una secuencia de fases en el tratamiento y resolución de los problemas sociales, en la que a la decisión del legislador formal han de seguir aún otras distintas (la expresión es de R. Schmidt: *Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe*, 1994), así como el reconocimiento a la Administración de "un poder normativo fáctico" (la expresión es de E. Schmidt-Assmann, *Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Reformbedarf und Reformansätze*- 1993). Por tanto, la relación Ley-Administración no debe verse hoy sólo bajo la luz de la posibilidad del control jurídico (judicial), sino también de la encomienda y la comisión de la acción desde un fin, en un marco y con determinados límites, es decir, como pieza esencial de un sistema de "dirección" social de mayor complejidad funcional que la relativa al aseguramiento de la corrección jurídica de todas las decisiones concretas finales.

En el plano de la ejecución de los programas legales, finalmente, no es sencillamente posible dejar de admitir las consecuencias que se derivan para el funcionamiento y la acción administrativas de las exigencias que han venido imponiéndose a la Administración, básicamente desde el principio de Estado de Derecho (pero también de las

transformaciones del Estado y la sociedad y de las relaciones entre ambos a la luz del orden constitucional), y que ya a finales de la década de los cincuenta A. Köttgen (*Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1957) caracterizaba como empobrecimiento del contenido decisorio y pérdida de seguridad propia por sustracción de la conciencia de su valor específico. Esas consecuencias pueden cifrarse en un incremento considerable de la necesidad de consenso, cooperación y aceptación social en la acción administrativa, que provoca el recurso a formas de operar en diverso grado informales (caracterizadas por la dificultad de su reducción anticipada a normas o reglas) o basadas en el acuerdo de voluntades (que implican el juego en las relaciones jurídico-administrativas del elemento volitivo de la Administración).

III

El cambio de paradigmas que está induciendo una consecuente renovación de la dogmática luce con especial intensidad en el fenómeno de la cada vez más frecuente apelación a la confianza en la relación Estado-ciudadano. Pues ésta es claro síntoma de la insuficiencia hoy de los principios de seguridad jurídica y legalidad para, desde su tradicional formulación, resolver por sí mismos -desde su tensión recíproca- los problemas a los que se enfrenta, en su necesaria reafirmación continua como tal, el Estado de Derecho.

La comprensión cabal del fenómeno y su correcto análisis y tratamiento exigen situarlo en el adecuado contexto, que no es otro que el de la alteración del equilibrio entre los valores de "cambio" y "estabilidad" que son immanentes al Derecho en tanto que orden social. La "confianza" no representa, pues, novedad, ni como necesidad, ni como elemento del edificio jurídico. Antes al contrario, la procura y protección de la confianza están en la base misma del Estado de Derecho decantado a lo largo del S. XIX en los principios, entre otros, de seguridad jurídica y legalidad, dirigidos a estabilizar el orden jurídico y satisfacer así aquella necesidad. La novedad se sitúa más bien en la "adaptación" de los términos en los que el Derecho es capaz de generar la indispensable estabilidad, reclamada por la dinámica actual del cambio.

Por más que el paradigma de orden propio del Estado liberal de Derecho no esté en modo alguno superado, si aparece ya claramente



relativizado y precisado de complementación. Así lo reclaman la evolución hacia el Estado social responsable universal de las condiciones de vida en sociedad, pero disminuido en su papel de referencia última soberana (especialmente en el ámbito de la economía), y las transformaciones que ha experimentado la sociedad misma, en la que ha dejado de operar ya en lo esencial la creencia en su carácter configurable según un proyecto global basado en el progreso indefinido, es decir, la idea de que -a través del instrumento estatal- lo deseado es hacedero y lo no deseado es soslayable o evitable, con la consecuencia de la entronización del cambio permanente y del riesgo (U. Beck -Risikogesellschaft, 1986- ha caracterizado por ello la sociedad actual justamente como la sociedad del riesgo). Esto último, a lo que no es ajeno el desarrollo de la ciencia y la tecnología, no puede dejar de repercutir sobre el Estado mismo, cabalmente en punto a una sensible reducción de su potencial de eficaz intervención y configuración sociales. Es cierto que el Estado y su Derecho han sido siempre mecanismos de control de riesgos sociales, pero las circunstancias actuales hacen que los sujetos públicos -agentes del orden estatal- deban asumir la corresponsabilidad por la generación de nuevos riesgos, cuya dinámica ha dejado de ser enteramente predecible y, por tanto, controlable, lo que amenaza con socavar la propia legitimación del Estado. Con ello, les está sucediendo al Estado y al Derecho, lo mismo que a los avances científicos y técnicos: se aparecen cada vez más bajo faz ambivalente, positiva y negativa a la vez. En suma, la potenciación y la globalización de los riesgos en un contexto carente de valores y objetivos aceptados y estables determina una nueva y específica situación de inseguridad por pérdida de la certeza en la disposición del Estado y la sociedad sobre el suficiente y adecuado caudal de capacidad de adaptación y respuesta a las consecuencias de la modernización científico-técnica y económica. Situación de inseguridad derivada de la incapacidad de control, que ha llevado a Hoffmann-Riem (*Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht -Eine einleitende Problemskizze*, en la obra colectiva *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994) a afirmar la pérdida por la sociedad de su inocencia innovativa.

Se comprende así fácilmente, pues, la transformación radical de los presupuestos sobre los que el edificio del Estado liberal de Derecho generaba "confianza". Tales presupuestos que no eran otros que la separación de Estado y sociedad y la correlativa entre Derecho público

y privado, no aspirando el Estado tanto a dirigir efectivamente la sociedad, cuanto a ejercer sobre ella un "ius iurisdictionis": regulación de aquélla de acuerdo con su "orden" propio y resolución de los conflictos entre sujetos privados de conformidad con tal orden. El Derecho público podía construirse así de forma independiente como el ámbito de articulación de la tensión entre soberanía y libertad gracias a la universalidad de aquélla y los derechos que garantizaban ésta. De ahí la organización diferente del estatuto del ejercicio del "ius politiae" para la persecución del interés general, en el que -al no reconocerse de principio oposición de verdaderos derechos subjetivos sustantivos de los ciudadanos- podían confluir los planos material y formal separados en el Derecho privado: el ejercicio del poder público era simultáneamente ejercicio de una habilitación sustantiva y terminación de un procedimiento, negocio jurídico material y acto decisor formal. La Ley podía construirse así como "constitutio" y "ratio scripta", cuyo cambio sólo resultaba justificable a título excepcional, y la relación entre poder público y ciudadano verse sólo desde la óptica de los actos formales del primero.

Hoy el Estado no es instancia absolutamente ajena a la sociedad, está sometido a la dinámica y el movimiento sociales, precisamente por su responsabilización de las condiciones de la vida colectiva y su función, a pesar de todo, de "dirección" de aquélla. Y la sociedad y sus sujetos tienen una relación con el Estado distinta, en cuanto basada en lo que la dogmática alemana ha acuñado como "posición fundamental" del ciudadano derivada de la dignidad de la persona y el valor del libre desarrollo de la personalidad; posición que hace aparecer aquélla relación bajo una perspectiva material, concretamente la que deriva de la titularidad de derechos subjetivos desde y en la que el ciudadano traba contacto con el Estado.

La rápida evolución de las tareas estatales en una sociedad de riesgo progresivamente compleja y en la que el factor tiempo adquiere cada vez mayor relevancia, ha repercutido obviamente tanto en la estructura estatal de toma de decisiones (desplazamiento del centro de gravedad hacia el complejo organizativo del poder ejecutivo; reequilibrio mediante una revalorización del papel del juez; transformación, en definitiva, hacia un complejo sistema policéntrico de "dirección" social), como en la lógica misma de dichas decisiones. De esta suerte el Derecho pasa a verse cada vez más bajo la óptica de instrumento para la adaptación



al cambio y, por tanto, como medio de la dirección estatal de la sociedad. De ahí la importancia del reequilibrio de los valores de estabilidad y cambio para el mantenimiento de su capacidad para proporcionar a la sociedad regulada de hoy los elementos de seguridad y de flexibilidad de que simultáneamente está precisada para subsistir como sistema. El "novum", como ha puesto de relieve W. Henke (*Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, Juristen Zeitung, 1992), radica en la necesidad social no sólo de seguridad y protección jurídicas en el ámbito de las situaciones y del tráfico relativos a los bienes, sino también (e, incluso, con más fuerza) en el de los procesos derivados de la actuación de los diferentes sujetos y para garantizar la confianza, la economía y la efectividad de tales procesos, así como de la eliminación rápida y segura de las perturbaciones que puedan padecer. Con ello: a) las reglas jurídicas se ofrecen primariamente como reglas de conducta; b) la actividad de los sujetos (públicos y privados) como procesos programados, es decir, dirigidos por normas; y c) las diferenciadas determinaciones coactivas tradicionales (penas, sanciones, decisiones administrativas y judiciales, ejecución forzosa de éstas) como medios intercambiables para la eliminación de "perturbaciones" causadas por conductas indebidas; medios éstos, cuya importancia cede en favor de técnicas no imperativas, ni coactivas.

En el orden de las decisiones estatales, las normas, incluidas desde luego las Leyes formales, vienen experimentando las consecuentes transformaciones, que no se reducen a su "motorización" y multiplicación o a la pérdida de su generalidad (Leyes medida, Leyes de caso concreto), afectando especialmente a su capacidad para ordenar de modo efectivo materias cada vez más complejas y sujetas a la evolución científico-técnica y a su relación con el tiempo, cuya potencia vinculante se incrementa progresivamente: Leyes provisionales, tanto por continentes de soluciones interinas y en las que no queda clara su temporalidad, como por dictadas desde la planificación de su relevo por regulaciones definitivas; Leyes con plazo de vigencia limitado; Leyes que incluyen la previsión de la procedencia de su revisión en determinado plazo; Leyes con impronta temporal, por la limitación que a su vigencia en principio indefinida impone su referencia a supuestos de hecho ligados a variables temporales; Leyes de prolongación de la vigencia de Leyes temporales o con vigencia temporalmente limitada; y, en fin, la cada vez más importante legislación transitoria o intertemporal.

La pretensión de vigencia indefinida, si regla general indiscutida hasta prácticamente ayer, está en trance de ser considerada hoy como excepción. Según ha apuntado H. Schultze Fielitz (*Zeitoffene Gesetzgebung*, en la obra colectiva *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994.), la flexibilidad y el establecimiento bajo reserva de revisión se impone a la normación actual como consecuencia de la pérdida de significación de la experiencia para el gobierno del futuro, erosionando los mecanismos tradicionales de producción de "confianza", toda vez que el ciudadano está obligado ya a contar con modificaciones normativas frecuentes en campos sociales especialmente expuestos al cambio, como lo son los del llamado Derecho administrativo especial: economía, medio ambiente, etc... Y la debilitación de la idea de la ilimitación temporal de la Ley arrastra obviamente la subyacente a ella, a saber, la de la posibilidad de una dirección centralizada del ordenamiento por la Ley formal (capaz de legitimar la configuración de la acción ejecutiva como mera "trasposición" en la praxis de datos legales). La realidad demuestra día a día la reducción de la Ley a uno más de los mecanismos estatales de dirección social, los cuales van hoy -además- desde los proporcionados directamente por las normas fundamentales, pasando por la multiplicidad de los calificados como "administrativos" (normativos o no, formales o informales, *ad extra* o *ad intra*) y los sociales, hasta el judicial en sentido amplio, convertido ya -a través de los pronunciamientos que sientan doctrina- en elemento directivo de primer orden, así como también -en un sistema presidido por la imbricación del Estado y la sociedad- el propio agente social. En definitiva, esa realidad acredita la enorme complejidad y riqueza que encierra hoy el fenómeno acotado con el concepto tradicional de la ejecución de la Ley, características que le imponen su impronta haciendo irreconocible su resultado a partir sólo de la pretensión directiva misma de la norma legal. Se explica pues el intento de captación de tal realidad que pretende cumplir la teoría policéntrica del Estado a que antes ya se ha hecho alusión.

En el orden de la relación del Estado con el ciudadano, lo dicho se traduce en una subjetivización, haciendo emerger -en su diversidad y contenido real- el plano material de las relaciones entabladas entre los diferentes sujetos públicos y privados y haciendo, por ello, saltar los estrechos límites de su reducción a una relación-tipo de la que solo resultan ser relevantes determinados momentos, los "fijados" por los actos, las



decisiones unilaterales formales de los primeros. En ausencia en las normas (primariamente las de rango legal formal) de las notas de permanencia y plena capacidad directiva de la vida social, la necesidad de confianza ha de satisfacerse por otras vías y en distinto plano, que no puede ser otro que justamente el expresado de las relaciones articuladas -desde sus respectivas posiciones y fines- entre los sujetos públicos (todos ellos; la Administración pública por supuesto, pero también el legislador y el juez) y privados con ocasión del desarrollo de los procesos programados y dirigidos por el Derecho.

En conclusión: la "situación" del principio emergente en su contexto institucional permite reconocer su "pertenencia" al principio superior de la seguridad jurídica y su desarrollo con perfil propio por la relevancia adquirida hoy para la estabilidad, junto al Derecho objetivo, por las relaciones jurídicas materiales trabadas entre los concretos sujetos públicos y privados y, por tanto, la conducta entera (que no solo los actos formales) de éstos en el seno de aquéllas; relevancia ésta que, a su vez, reopera -como factor moderador- sobre el papel del Derecho objetivo como medio de la innovación social, sobre todo en su relación con el tiempo. De ello se sigue la consecuencia en modo alguno secundaria de la operatividad del principio de confianza legítima en las dos direcciones de la relación jurídico-pública, sin perjuicio de su especial importancia para el control del poder público (de todo él, incluido el judicial).

Teniendo en cuenta el fin primero y aún primario (mercado común-único, unión monetaria) de la comunidad integradora hoy inserta en el más vasto proyecto de la Unión Europea, en modo alguno puede sorprender que el principio de confianza legítima sea uno de los elementos "estrella" del Derecho administrativo europeo principal en germen por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Dos son los aspectos de la doctrina de este Tribunal que aquí interesan:

a) El juego del principio en el plano sustantivo de la relación entre el poder público y el ciudadano o particular, rompiendo así los estrechos moldes de la percepción de ésta exclusivamente a través, del lado del poder, de los momentos formalizados de los actos con directa relevancia jurídica (sean o no normas), y, del lado del particular, de las categorías de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos. Lo que importa son las conductas significantes en el decurso de la correspondiente

relación y de las que, por ello, quepa extraer consecuencias jurídicas en el plano de los referidos derechos e intereses precisamente desde la óptica de la confianza legítima: del lado del poder emergen así, además de los actos no decisorios ni formales (informaciones, recomendaciones, avisos, etc...), no sólo las actuaciones informales (conversaciones, contactos, etc...) y las reales de todo tipo, sino también las omisiones y la no actuación (entendida así, en aparente paradoja, como tipo singular de actuación, significativamente bajo la forma de las conductas de tolerancia); y del lado de los sujetos ordinarios adquieren trascendencia, junto con los intereses de diverso tipo, las expectativas fundadas. Esta circunstancia luce claramente en el juicio que de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo hace P. Pescatore (*Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire*, Paris 1986), según el cual la cuestión central de aquella doctrina no es otra que la de la existencia de "una base de confianza", la cual solo es constatable -por lo que hace al poder público- en la medida de la asunción por éste de un suficiente "compromiso"; compromiso, que solo se puede dar, a su vez, en el contexto de una "relación contractual o cuasicontractual" con el sujeto ordinario.

b) La eficacia del principio por igual en la doble dirección del poder público (todos y cada uno de los poderes) y del particular o ciudadano o, mejor aún, en todas las direcciones propias de las correspondientes relaciones jurídico-públicas, incluso cuando en ellas comparecen varios poderes públicos autónomos entre sí, administrativos o no. Esta eficacia luce especialmente en la doctrina jurisprudencial aludida, referida a las complejas relaciones derivadas del control por la instancia comunitario-europea del cumplimiento de las exigencias de su Derecho propio en la actuación de las instancias estatales y, por tanto, en las relaciones trabadas por éstos directamente con los particulares. En este plano el principio de la confianza legítima se ofrece (negativamente, es decir, a través de la negación de su operatividad y, por tanto, operando cual reverso de un deber positivo de comportamiento de buena fe y leal también por parte de los sujetos ordinarios) como coadyuvante del principio de lealtad institucional para asegurar la funcionalidad del entero sistema comunitario-europeo.

La emergencia del principio en el plano supranacional europeo permite analizar, desde la óptica adoptada, las condiciones y repercusiones de su recepción en un Derecho nacional, como el español, al que tal



principio era desconocido. Siendo incuestionable la necesidad misma de esa recepción y de la consecuente construcción interna del principio de confianza legítima, la cuestión se centra en los términos de una y otra.

Por las razones ya expuestas, el asiento constitucional último del principio, a pesar de su autonomía, es sin duda el principio superior de seguridad jurídica y, a través de él y en definitiva, el de Estado de Derecho. Pero encuadramiento constitucional idéntico cabe predicar del principio de buena fe, proclamado en el Código Civil (de aplicación supletoria en cualesquiera otras materias) y recogido por el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, además de manejado por la doctrina científica y la jurisprudencia contencioso-administrativa, la cual ha destacado -tomando pie en la civil- la operatividad en su contenido del valor de la confianza, señalado que conduce a desvelar el verdadero substrato de las relaciones jurídicas (STS de 28 de Mayo de 1984; R. Ar. 2800) y aclarado -asumiendo una Sentencia que data nada menos que de 23 de Enero de 1976 (R. Ar. 639)- que inspira los actos tanto de la Administración, como de los particulares (STS de 31 de Marzo de 1982; R. Ar. 2364). Dados pues los términos de la formalización legislativa de la buena fe, su tratamiento por la dogmática jurídico-administrativa y su manejo por la jurisprudencia pertinente, cabría pensar que el de confianza legítima no vendría a ser en Derecho español sino un nombre nuevo de aquél, así como, en todo caso, una exigencia de desarrollo y actualización internos de su contenido. La diferenciación entre potestades y derechos subjetivos, tal como es establecida por la dogmática administrativa, no sólo no parece suficiente para otorgar soporte a la autonomía del principio de confianza legítima, sino que opera justamente en el plano que este principio supera para penetrar en la realidad material de las relaciones jurídico-públicas en su mismo decurso y tener en cuenta su evolución. El planteamiento apoyado en tal diferenciación se ofrece excesivamente lastrado por la inercia de la perspectiva propia del modelo de relación jurídico-administrativa de supra-e infraordenación, ya insuficiente, por lo dicho. Y su desenfoque se revela en la pretensión de identificación como característica individualizadora de la confianza legítima (por parte de algún autor) de su operatividad de arriba hacia abajo, teniendo como beneficiario único al ciudadano; afirmación, a la que la formulación comunitario-europea de cuya "recepción" se trata en modo alguno presta sustento. Tampoco resulta

convinciente la supuesta limitación (en lo sustancial) del campo de la buena fe a la relación contractual, pues tal limitación no se desprende del artículo 7 del Código civil (el cual, antes al contrario, contempla, para el caso de abuso, la adopción de medidas no sólo judiciales, sino administrativas dirigidas a impedirlo), ni se compadece con la acogida del principio en el actual artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. En definitiva, no se ve razón para que, desde tales razonamientos, la buena fe deba jugar solo en las relaciones entre "iguales", es decir, entre sujetos ordinarios, dejando libre así en favor de la confianza legítima el espacio propio de la relación jurídico-pública; espacio en el que, no obstante y a pesar de todo, seguiría desempeñando paradójicamente una función residual. La razón de la incapacidad del principio de buena fe para satisfacer cumplidamente los requerimientos a que atiende el de confianza legítima radica más bien en su referencia a la figura típica del derecho subjetivo y la consecuente vinculación de su funcionalidad -a través de la figura del abuso- a la determinación de los límites mismos de aquél. Entre uno y otro no existe pues tanto una diferencia de sustancia, cuanto de alcance, siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima. Esta diferencia basta desde luego para otorgar a este último justificación y autonomía, en cuanto le proporciona una funcionalidad propia. En definitiva y en línea con la jurisprudencia contencioso-administrativa, puede concebirse como una derivación, con perfil propio, del principio de la buena fe en el campo de las relaciones jurídico-públicas.

En todo caso, como se ve, la recepción del principio no concluye en su asiento y ubicación sistemáticos adecuados, pues requiere la necesaria adaptación del edificio jurídico-público y, en particular, del administrativo a la visión de las correspondientes relaciones jurídicas que comporta y a las consecuencias que de ella se siguen.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha comenzado ya, con sensibilidad que le honra, a recorrer con decisión y buen rumbo el camino de la construcción del nuevo principio en el campo que le es propio. Y es lógico que así sea, teniendo en cuenta que en el Derecho administrativo encuentra dicho principio su terreno más propicio. A título de ejemplo, baste con la siguiente referencia a algunas de entre las primeras Sentencias del Tribunal Supremo que han recurrido al principio:



- La STS de 28 de Febrero de 1989 (R. Ar. 1458) otorga a una determinada conducta de la Administración continuada en tiempo (el otorgamiento de subvenciones a centro escolar durante varios años consecutivos y de una subvención parcial en el primer periodo del curso escolar en el que finalmente resuelve denegar la subvención para el mismo) el carácter de "un vínculo contractual perfeccionado por el mero consentimiento" a efectos justamente de la aplicación del principio de la confianza legítima.
- La STS de 1 de Febrero de 1990 (R. Ar. 1258) alude a "signos externos producidos por la Administración" lo suficientemente concluyentes cómo para inducir confianza en la legalidad de su actuación y recurre, además, al plano material de "la ponderación de los intereses en juego". Es de destacar que ya esta Sentencia se plantea el problema de los requisitos de fondo para que en el seno de la relación de que se trate pueda llegar a consolidarse, frente a la Administración, una "posición" sustentada en la confianza legítima digna de ser protegida (insuficiencia de la mera "convicción psicológica" y necesidad de signos externos concluyentes capaces de generar objetivamente dicha confianza); doctrina, que va a ser reiterada y perfeccionada ulteriormente (por ejemplo, mediante la introducción de los criterios de la "razonabilidad" y del "carácter fundado" para medir la idoneidad de la conducta administrativa para suscitar confianza).
- La STS de 1 de Marzo de 1991 (R. Ar. 2502), además de reproducir la doctrina de la anterior, atiende, en relación con la fase de cumplimiento de un contrato de obra pública, a la ausencia de exigencia alguna de respeto del plazo convenido y a la falta de iniciación de cualesquiera actuación dirigida a exigir penalidad alguna, para concluir la concurrencia de una "conducta tácita" de la Administración capaz de generar confianza en el otorgamiento de una prórroga del aludido plazo.
- Y la STS de 7 de Octubre de 1991 (R. Ar. 7520) ha recurrido tanto a la conducta tolerante de la Administración, como incluso a actos informales de ésta (en el caso: una nota de difusión de ciertos "criterios" entre los miembros del sector de fabricación

de harinas), calificándolos de "actos externos propios" originadores de una confianza que no puede ya ser defraudada sin más.

Es digna de toda alabanza el desembarazo de la jurisprudencia a la hora de la asunción de la perspectiva material, trascendente al rígido marco del procedimiento concreto y de sus actos formales de trámite y resolución, que requiere necesariamente la confianza legítima. Como también lo es el acierto en la detección de los elementos decisivos para la construcción del principio, sin perjuicio de que la misma no pueda tenerse más que comenzada. Porque en todo caso con dicha construcción no se trata de identificar "nuevas" situaciones particulares o individuales dignas de protección, que en modo alguno derivan del principio. Todo lo más éste obliga a perfilar y depurar con mayor rigor dichas situaciones, en cuanto soporte y, por tanto, presupuesto materiales de la posibilidad de invocación frente a la Administración de la confianza legítima. Teniendo en cuenta que el criterio del éxito de tal invocación únicamente puede ser el principio mismo. Ello no significa excluir toda conexión entre ambos planos, por ejemplo a través del principio de buena fe y para la exclusión de la protección de situaciones que no respondan a las exigencias de éste.

De lo que se trata es, pues, de determinar el contenido y alcance del principio mismo de confianza legítima como partícipe del mecanismo regulador del equilibrio entre estabilidad y cambio en las relaciones jurídico-administrativas. A este respecto la obligada recepción de la figura desde el Derecho comunitario-europeo, con toda su fuerza, no puede hacer olvidar la economía y lógica del propio sistema, conforme a las cuales:

a) Los principios solo operan como normas de directa aplicación en defecto de Ley (y de costumbre), fungiendo -existiendo ésta- como elemento informador del ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil).

b) El régimen legal de anulación y revocación de los actos administrativos (lato sentido, es decir incluyendo normas) por sus propias características (pretensión de regulación acabada de los supuestos, basada en la ponderación por el propio legislador de las exigencias del



equilibrio entre estabilidad y cambio, a la luz de todos los principios implicados) impide que el principio pueda construirse como central y ordenador, en exclusiva, de dicho entero régimen, imponiendo mas bien su juego informador en combinación con los restantes de pertinente aplicación y, en particular, los de legalidad y eficacia.

El cumplimiento de la tutela judicial efectiva respecto de las relaciones jurídico-administrativas en términos de control de la actividad de la Administración permite añadir ahora aquí, de seguido, la afirmación de la aplicabilidad del principio igualmente a la jurisprudencia. Esta aplicabilidad es tanto mas importante cuanto mayor sea el papel efectivo del Juez como pieza del sistema estatal policéntrico de dirección social. Su dificultad específica está fuera de toda duda, exigiendo quizá soluciones especialmente matizadas. Pero es insoslayable precisamente desde la dimensión de control de la Administración pública, toda vez que en ella se multiplican sus repercusiones, al incidir también sobre otro de los mecanismos de aquel sistema, que lo es de macrodirección social. Aunque aquí ciertamente no sea posible entrar en la cuestión, si procede llamar la atención sobre los reforzados requerimientos que deben imponerse a los cambios jurisprudenciales radicales, teniendo en cuenta que los pronunciamientos judiciales de control implican, por definición, juicios acerca de la corrección "histórica" de la conducta administrativa; conducta que, en su día, solo pudo desplegarse con el conocimiento de la jurisprudencia ya entonces establecida. Es posible que una de las recomposiciones plausibles del equilibrio entre estabilidad y cambio pueda pasar por una mayor distinción entre el juicio propiamente histórico y el prospectivo, con la consecuente modulación de los efectos del fallo; propuesta ésta, que en modo alguno pretende ser novedosa y que tiene precedentes autorizados en nuestra doctrina científica.

SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS
ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VÍA
ADMINISTRATIVA Y EN LA VÍA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

SUSPENSION DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VIA ADMINISTRATIVA Y EN LA VIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA¹

JOHANN-CHRISTIAN PIELOW
Akademischer Oberrat
Ruhr-Universitat Bochum (RFA. Alemania)

I. ANOTACIONES PREVIAS

La cuestión de la suspensión de los efectos de los actos administrativos atañe en su núcleo material al conflicto entre la eficiencia de la actuación de los poderes ejecutivos del Estado y la efectividad de la protección de los derechos individuales.

1. Para precisar más detalladamente el planteamiento del tema, hay que partir del hecho de que el acto administrativo en principio y una vez vencido el plazo para interponer un recurso administrativo o judicial suele alcanzar automáticamente e independientemente de su legalidad la consistencia jurídico-material. En otras palabras: Se trata de una decisión unilateral por parte de una autoridad administrativa que - una vez dada su inimpugnabilidad - trae las consecuencias o modificaciones jurídicas, para así decirlo, "en sí", como en el caso de los actos configurativos y declarativos de derecho, o que puede ser ejecutada - o sea: hecho "eficaz" - directamente, es decir: sin intervención judicial, por el propio poder ejecutivo como en el caso de los actos administrativos que postulan obligaciones para la actuación o no del ciudadano. "Suspensión de los efectos jurídicos" presupone en este contexto - primero - que el acto administrativo en cuestión haya alcanzado ya su efectividad, o, mejor dicho, que su entrada en vigor ya no dependa del cumplimiento de determinadas condiciones temporales o materiales, y segundo, que la

1. Doy las gracias a Fátima López-López Pielow Por la elaboración de la versión castellana de esta conferencia.

propia efectividad permanezca, es decir, que el acto administrativo no haya sido revocado o retirado por parte de la autoridad administrativa, y también, que no se de la nulidad del acto administrativo ni la imposibilidad de hecho de su cumplimiento. Los últimos casos conciernen a la anulación definitiva de los efectos del acto administrativo, mientras que la cuestión de la suspensión se refiere más bien a impedir sólo temporal o provisionalmente la efectividad del acto administrativo.

2. Esa comprensión nos lleva ya al propio sentido jurídico-procesal de la suspensión de los efectos del acto administrativo: Se trata de un instrumento que pertenece al campo de las llamadas medidas cautelares. Con "efecto suspensivo" se señala el hecho que la ejecución o la validez de un acto administrativo es suspendido temporal o provisionalmente como consecuencia de la interposición de un recurso de alzada -en la vía administrativa- o a través del ejercicio de la acción de anulación en la vía contenciosa-administrativa.² De esa definición surge la finalidad fundamental de la suspensión de los efectos del acto administrativo. Estamos, para así decirlo, ante un problema de la "justicia a tiempo"³: Así puede suceder que se plantee un recurso contra un acto administrativo y que la resolución administrativa o judicial del mismo llegue demasiado tarde - sea que la autoridad administrativa ya haya realizado medidas de ejecución o sea que por otras razones se haya dado una situación de irrevisibilidad del acto administrativo. De poco vale que se reconozca a un ciudadano un derecho si ello ocurre en un momento en el cual la resolución ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o, igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños, "Justicia a tiempo" quiere decir en este contexto, que el interés del particular no puede frustrarse por culpa de que su recurso se resuelva demasiado tarde. De allí que el sistema de pretensiones procesales debe ser adecuado -también temporalmente- con el interés del afectado; las medidas cautelares deben lograr la adecuación tiempo-

-
2. De esto se distingue normalmente el concepto del "efecto suspensivo" en un sentido estrictamente judicial, en el cual la interposición de un remedio jurídico (regularmente: apelación y revisión) pospone la fuerza de cosa juzgada de una decisión judicial; la fuerza de cosa juzgada en su sentido formal significa que la decisión no puede ser impugnada con remedios jurídicos.
 3. Véase al respecto: S.- González-Varas Ibáñez, "Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa", Madrid (Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial) 1994, especialmente p. 43.



resolución del asunto, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal, a los efectos de lograr una protección jurídica plena y eficaz.

La definición del efecto suspensivo aclara a la vez, que estamos solamente ante una de las posibles ramas de la tutela cautelar: La suspensión de los efectos del acto administrativo constituye el instrumento de tutela cautelar anexa al recurso de alzada o a la acción de anulación, mientras que las demás acciones (especialmente las de prestación o de beneficio) tienen como medida cautelar la orden provisional. La coincidencia entre el efecto suspensivo y la acción de anulación es que ambos tienen por objeto actos administrativos de gravamen.

La cuestión del efecto suspensivo del recurso de alzada y de la acción de anulación ha tomado últimamente y en los países que disponen de un sistema acuñado de protección jurídica en el terreno del Derecho administrativo un desarrollo realmente espectacular, cuyos motivos se encuentran en cierto modo en una relación de reciprocidad: Por una parte aumenta continuamente en el "Estado administrativo" de la época industrial moderna el número de las decisiones administrativas que afectan potencialmente a los particulares o a grupos de ciudadanos así como la complejidad de aquellas decisiones. Por otra parte el aumento cuantitativo y cualitativo de la actividad administrativa lleva consigo la necesidad de una protección jurídica adecuada que se realice de manera eficaz y -en la medida en que tardan los procedimientos administrativos y judiciales- rápida⁴. Particularmente el factor "tiempo" cuidaba de que últimamente en muchos campos del Derecho administrativo la protección jurídica por los Tribunales del contencioso-administrativo durante la decisoria principal en no raras veces fuera sustituida al menos parcialmente por el denominado procedimiento de urgencia: En este contexto se nombran regularmente los campos del Derecho de medio ambiente y del Derecho de la planificación técnica (especialmente: planificaciones de proyectos de infraestructura y decisiones de ubicación para complejos industriales, por ejemplo: centrales nucleares o plantas de depósito y de tratamiento de residuos), el campo del otorgamiento de licencias, concesiones y puestos de trabajo en el "sector público", luego el Derecho de los extranjeros y del asilo.

4. Sobre los aspectos cualitativos y cuantitativos de la tutela cautelar informa Friedrich Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht* Heidelberg 1988, pp. 164 y SS,

A continuación quiero intentar esbozar un esquema global de las interrogaciones más relevantes que entran en juego en relación con la suspensión de los efectos del acto administrativo. Como punto de salida partiré del marco normativo del Derecho alemán, suponiendo que las cuestiones claves de nuestro sistema se presenten de una u otra manera también en los demás ordenamientos nacionales de Derecho administrativo. Suponiendo también que el tema complicado del efecto suspensivo haya provocado no sólo en Alemania el desarrollo de un realmente diferenciado, en parte incluso contradictorio *case law* por parte de los Tribunales, me limitaré por razones de comprensibilidad y claridad en una presentación de las bases más importantes.

II. LA SITUACIÓN DE PARTIDA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN

El Derecho administrativo alemán del tiempo posterior a la guerra afronta el tema de la suspensión de la efectividad del acto administrativo de una manera bastante franca, lo cual encuentra su razón -a parte quizás de experiencias históricas- especialmente en el significado sobresaliente de la garantía jurídico-constitucional de la protección eficaz de los derechos individuales en el artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (LF). El punto de salida lo constituye la regla principal expresado en el artículo 80 párrafo 1, 1ª frase de la Ley de la Jurisdicción del Contencioso-Administrativo (Verwaltungsgerichtsordnung) del 19 de marzo de 1991⁵ - en lo siguiente: LJCA - de que la impugnación de los actos administrativos en la vía administrativa así como en la vía del contencioso-administrativo deja entrar en acción automáticamente el efecto suspensivo ("aufschiebende Wirkung"); excepciones de esta regla sólo son posibles en la medida, en que la Ley del Contencioso-administrativa u otras leyes lo determinan. Este esquema de regla -excepción presenta- en comparación con la mayoría de los demás ordenamientos nacionales una solución especial o única. Regulaciones similares son muy escasas y se encuentran, según mis informaciones, por ejemplo en Finlandia y en algunos cantones suizos.

5. En su versión del 1 de enero de 1997 (Boletín Oficial Federal bundesgesetzblatt - BGBl. - 1991 i p. 686 y 1996 i p. 1626)



De la normativa básica del artículo 80 párrafo 1 LF emanan también las demás características principales del cese de eficacia de los actos administrativos:

1. El primero de los datos significativos es su aplicación sólo a dos medios procesales, que son el recurso administrativo (Widerspruch) y la acción de anulación (Anfechtungsklage), y ello debido no a un criterio de mayor o menor garantía jurídica, sino a la propia técnica procesal. El trato del recurso de alzada y de la acción de anulación en la misma Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa es debido al hecho de que el recurso administrativo presenta regularmente ya -según el artículo 68 párrafo 1 LJCA- el necesario primer paso para poder interponer la acción de anulación⁶ y que se considera así ya como componente del propio procedimiento contencioso-administrativo o, mejor dicho, como un "escalón intermedio" entre el procedimiento administrativo y el ulterior proceso judicial.

2. La suspensión de los efectos del acto administrativo forma sólo un pilar del sistema de la protección provisional o cautelar. Como elementos complementarios hay que nombrar la protección provisional en el marco del recurso de control de normas reglamentarias (Normenkontrollverfahren), especialmente del control de normas urbanísticas⁷. Si el ciudadano no se vuelve contra un acto administrativo de gravamen (belasteiider Verwaltungsakt), sino que aspira a un acto que le favorece (begünstigender Verwaltungsakt), o si quiere alcanzar o bien rechazar determinadas actuaciones "reales" de la Administración, puede llegar a una protección provisional sólo a través de una apelación directa del Tribunal administrativo: Entonces tiene que solicitar la ordenación de medidas cautelares (einstweilige Anordnung, artículo 123 LJCA). Si, por ejemplo, un beneficio solicitado fuera rechazado por la autoridad administrativa, entonces al afectado no se le ayudaría el efecto

6. El principio expresado en la primera frase del art. 68 LJCA dice: "Antes de la presentación de una acción de anulación se deberán examinar la legalidad y la oportunidad del acto administrativo en un procedimiento previo (Vorverfahren) de alzada" No se requiere el procedimiento previo cuando la Ley lo prescribe y en principio para actos administrativos dictados por las autoridades superiores de la Federación y de los Lander -dado que en este caso no se puede realizar el llamado efecto "devolutivo" del recurso de alzada- así como en el caso de que la resolución del recurso de alzada perjudique por primera vez a un tercero (art. 68 párrafo 1, segunda frase LJCA),

7. Al respecto se prevén órdenes provisionales en el art. 47 párrafo 8, LJCA,

suspensivo de su recurso de alzada o de su demanda de impugnación; en estos casos se considera solamente la solicitud de medidas cautelares positivas (órdenes provisionales) según el artículo 123 LJCA.⁸

La generosidad en el otorgamiento de la protección jurídica provisional frente a actos administrativos de gravamen tiene por cierto también sus partes sombrías, las cuales se pusieron de relieve especialmente a continuación de la reunificación alemana en el año 1990 con sus necesidades de una rápida reestructuración y adaptación de la economía en la Alemania oriental. Una extendida protección jurídica provisional lleva consigo procedimientos administrativos y jurisdiccionales lentos y consecuentemente un retraso, cuando no un impedimento de importantes proyectos de infraestructura (ferrocarriles, carreteras y autopistas, aeropuertos etc.); a esto se añaden los efectos negativos en lo que concierne a la disposición de los particulares a realizar inversiones y por tanto, sencillamente, al desarrollo económico en general. Así visto no extraña que en el transcurso de las vivas discusiones que tienen lugar hoy en día con respecto a las medidas adecuadas para mejorar y asegurar las condiciones de la industria y economía en Alemania -bajo el lema "Wirtschaftsstandort Deutschland"-, se encontraron en el banco de pruebas del debate jurídico-político también y entre muchos otros asuntos (como el de la necesaria reforma del sistema tributario) la formalización de la protección jurídica provisional incluyendo la pregunta del efecto suspensivo. Consiguientemente y mientras tanto, la norma central del artículo 80 LJCA ha sido complementada por otras prescripciones, especialmente -y tras anteriores modificaciones (art. 80a LJCA)- por el recientemente añadido artículo 80b LJCA que contiene, como vamos a ver más adelante, nuevas reglas sobre la terminación del efecto suspensivo.

III. ¿EL "EFECTO SUSPENSIVO" COMO CRITERIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL?

Antes de entrar en los detalles de la regulación legal, habría que preguntarse, si y, dado el caso, en qué medida el cese de la efectividad

8. Sobre las medidas cautelares del art. 123 LJCA informa -en lengua castellana- S. González-Varas Ibáñez. "La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", Madrid (ed., Civitas) 1993, especialmente pp. 279 y ss.; desde la perspectiva comparativista del mismo autor: "Problemas procesales..." op, cit, pp. 53 y ss.



del acto administrativo puede ser contemplado ya como un propio principio jurídico-constitucional.

El efecto suspensivo ha sido señalado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) como principio fundamental del proceso jurídico-público, el cual estaría asegurado constitucionalmente en base del artículo 19 párrafo 4 de nuestra norma suprema.⁹ Así podría tratarse de un principio jurídico-constitucional con efecto directo, el cual conforme al artículo 1 párrafo 3 de la Ley Fundamental vinculaba inmediatamente a la legislación, al poder ejecutivo y a la jurisdicción. Según el artículo 19 párrafo 4 LF "toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial". Conforme a una jurisprudencia permanente, esta normativa no asegura solamente el derecho formal de dirigirse a los tribunales: La garantía de la protección jurídica sería evidentemente inefectiva, si los tribunales no tuvieran que examinar la petición en cuanto a su contenido y si tardaran mucho tiempo en decidir; por todo esto el art. 19 párrafo 4 LF sostiene en su primera frase, según el Tribunal Constitucional Federal, un derecho a una protección jurídica "eficaz" por los Tribunales.¹⁰ Este principio exige ya en el preámbulo del procedimiento judicial el impedir -en la medida posible- que a través de la ejecución inmediata de un acto administrativo se creen hechos consumados.¹¹ Al no ser así, el control por parte de los tribunales podría referirse solamente a la constatación de la ilegalidad o legalidad de las medidas administrativas, sin que finalmente se hayan podido impedir.

Cuando la propia Constitución ya exige la posibilidad de medidas cautelares en el procedimiento del contencioso-administrativo, podríamos preguntar además, si a este requisito obedece únicamente el efecto suspensivo o si son imaginables otros instrumentos de protección provisional. Desde la perspectiva jurídico-constitucional no es decisivo sino el fin de la garantía y no la técnica para su realización, de manera que el efecto suspensivo no tenga que ser asegurado forzosamente por

9. Véase sentencia del Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 35, p. 382 (p. 402).

10. Véanse por ejemplo sentencias del Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 25, p. 352 (p. 365); BVerfGE 35, p. 263 (p. 274); BVerfGE 65, p. 1 (p. 70); BVerfGE 81, p. 123 (p. 129).

11. Sentencia del Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 37, p. 150 (p. 153).

el artículo 19 párrafo 4 LF. El Tribunal Constitucional federal mantiene la tesis de que a través del artículo 19 párrafo 4 LF el efecto suspensivo de los remedios jurídicos en el procedimiento administrativo no esté garantizada de manera absoluta; antes bien la prescripción admitiría también regulaciones diferentes. Predominantes intereses públicos podrían justificar -excepcionalmente- el postergar el derecho a la protección jurídica del particular para que medidas inaplazables conforme al interés de la mayoría puedan ser dirigidas. Consecuencialmente, una prescripción legal que declara de manera general y absoluta la inmediata ejecutividad de todos los actos administrativos, sería inconstitucional.¹²

El propio telos del artículo 19 párrafo 4 LF reza a favor de esa última argumentación: Este presenta el término correlativo jurídico-procesal frente a la libertad general de acción del artículo 2 párrafo 1 LF, según el cual cada uno puede hacer y dejar hacer en principio lo que él quiera. Se otorga así un derecho general a la libertad, cuya limitación necesita de una justificación especial. Ahora bien, si hubiera dudas en la legalidad de una medida del poder público, que limita esa libertad, también debe valer en el derecho procesal, que la decisión no puede ser ejecutada, hasta que la pregunta de la justificación de la medida esté solucionada.

IV. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA SUSPENSIÓN

1. Formal: Recurso de alzada o acción de anulación

Como ya se ha dicho, el efecto suspensivo está condicionado únicamente por la interposición de un recurso administrativo o la presentación de la demanda de impugnación o acción de anulación. En ambos casos se requiere un acto administrativo, tal y como resulta del artículo 80 párrafo 1, 2ª frase LJCA, según el cual el efecto suspensivo se da también en el caso de recursos contra actos administrativos de configuración jurídica y declarativos de derecho. También entran en juego recursos contra los llamados actos administrativos con un "doble efecto" (Verwaltungsakte mit Doppelwirkung), o sea, de actos administrativos que benefician a un ciudadano y al mismo tiempo perjudican a los intereses

12. Véanse sentencias del Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 35, p. 582 (p. 402); BVerfGE 51; p. 268 (p. 285); BVerfGE 53, p. 30 (p. 93).



de terceros, como puede suceder en el caso de que un permiso de construcción perjudique a los derechos del vecino.

2. *Condiciones materiales*

Puede resultar problemático, si cualquier recurso administrativo y cualquier acción de anulación pueden desempeñar el efecto suspensivo, o si éstos por lo menos tienen que ser lícitos. El legislador se ha callado al respecto.

La opinión mayoritaria sostiene que el efecto suspensivo tenga lugar -como regla general- independiente de la licitud del recurso administrativo o de la acción de anulación.¹³ Se recurre al texto del artículo 80 párrafo 1 LJCAT el que habla solamente de la interposición de un recurso jurídico sin estipular otros requisitos. Esta opinión puede ampararse además en el objetivo de la norma legal así como de la garantía jurídico-constitucional de la tutela judicial (art. 19 párrafo 4 LF): Si se garantiza una tutela judicial eficaz, las capacidades del poder ejecutivo deben ser limitadas, y debe ser la Administración la que corra con el riesgo que la existencia o no del efecto suspensivo. El propio poder ejecutivo queda suficientemente protegido por la posibilidad de poder disponer en el caso concreto y en cada momento la inmediata ejecución del acto administrativo por razones del interés público, el cual deroga el efecto suspensivo (cf. art. 80 párrafo 2, 1ª frase inciso 4 LJCA, vid. también infra G IV). Es más: Si se considerase la licitud de un remedio jurídico como condición material del efecto suspensivo, se presentaría el problema, de que la inadmisibilidad frecuentemente no se puede averiguar fuera de cualquier duda, lo que dejaría un amplio margen de apreciación a la autoridad administrativa, que podría decidir casi libremente sobre la suspensión o no, conduciría a la meta legal, o sea: la efectividad de la tutela judicial, al absurdo.

De todas maneras existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia de que el efecto suspensivo debe ser excluido cuando la inadmisibilidad del recurso administrativo o de la acción de anulación es evidente. La justificación de esa solución surge otra vez del objetivo de la tutela cautelar,

13. Véase por todos: sentencia del Tribunal Supremo del Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht) - BVerwGE 13, p. 8 Y s.

es decir: el asegurar los derechos subjetivos del demandante; los actos administrativos no deben provocar cambio jurídico antes de que se ha acreditado su legalidad en el curso de procedimiento legal. Ahora bien, si una adecuada decisión administrativa o judicial ya resulta obviamente imposible desde el principio, ya no se necesitan garantías provisionales; entonces la apelación a las normas sobre el efecto suspensivo constituirla un caso del abuso de derecho.¹⁴

Consiguientemente, la jurisprudencia considera determinados requisitos de admisibilidad tan existenciales, que -si faltan- excluyen la entrada en acción del efecto suspensivo.¹⁵ Así:

- cuando la vía judicial a los Tribunales administrativos no esté abierta; en aquél caso falta ya la aplicabilidad de la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera que tampoco se aplica la normativa sobre el efecto suspensivo.
- de la misma manera es obligatoria la legitimación individual para ejercitar el recurso de alzada o la acción de anulación (cf. Art., 42 párrafo 2 L.JCA): Siguiendo un principio fundamental del derecho administrativo-procesal alemán, el afectado debe haber alegado el haber sido perjudicado a través del acto administrativo acometido en sus derechos subjetivos o individuales; esto vale, también para la solicitud de la tutela cautelar. Si se constata, que ni siquiera existe la mera posibilidad de una lesión de derechos subjetivos, hay que negar la necesidad de protección jurídica. Así, por ejemplo, se considera como evidentemente inadmisibile la impugnación de un permiso de construcción por parte de un tercero, cuando proyecto en cuestión no puede traer consigo bajo ningún punto de vista perjuicios de derechos subjetivos.

14. Cf. Sentencia del Tribunal Supremo del Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht), en: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1993v p. 256 (258); también Tribunal Supremo del Contencioso-Administrativo de Hamburgo (Oberverwaltungsgericht Hamburg), en: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1987, p. 1017 (1018).

15. Cf. Sentencia del Tribunal Supremo del Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht), en: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, p. 1610 (1611).



- Como tercer motivo de ilicitud, que excluye el efecto suspensivo, se considera la interposición retrasada del recurso administrativo o de la acción de anulación. En este caso el afectado tiene únicamente la posibilidad de solicitar la revocación del acto administrativo. Si la autoridad administrativa rechazase la instancia, solo sería viable una acción de obligación para que la Administración (dicte un nuevo acto administrativo. En este caso la protección provisional del afectado no se rige según la normativa sobre el efecto suspensivo, sino que sigue lógicamente las reglas sobre órdenes provisionales (Art., 123 LJCA).

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SUSPENSIÓN: IMPEDIMENTO DE LA EFECTIVIDAD O DE LA EJECUTIVIDAD?

Como hemos dicho, la interposición de un recurso administrativo o de una acción y anulación trae consigo automáticamente el efecto suspensivo. Con esto se alude en principio a nada más que a un retraso temporal de las modificaciones jurídicas previstas en el acto administrativo atacado. Por lo demás se ha discutido vivamente la cuestión de si se trata además de un verdadero impedimento (temporal) de la entrada en vigor - de la efectividad - del acto administrativo impugnado, de manera que no se puede tirar ninguna consecuencia jurídica del acto hasta la resolución final del recurso, o si se está solamente ante una suspensión de su ejecutividad, con la consecuencia de que el acto no puede ser "ejecutado" o "realizado". La relevancia práctica de esa polémica jurídico-dogmática se pone de manifiesto, cuando se hace uso de los derechos inherentes del acto administrativo en cuestión: Así, por ejemplo, cuando el vecino que ha obtenido un permiso de construcción hace uso del mismo y empieza con las obras. Si se sostiene la suspensión de la efectividad jurídica de ese acto administrativo, la actuación del vecino sería ilegal - entonces le falta la efectividad de un permiso administrativo -, mientras que en el caso de la mera suspensión de la "ejecutividad" se podría pensar que el en caso del hacer uso del permiso no se tratase de un caso de, "ejecución" del acto, con lo cual no se podría impedir la actuación del particular. Se pregunta además y fundamentalmente, si el efecto suspensivo impide también otros actos administrativos o decisiones;

judiciales que requieren la ineffectividad del acto administrativo impugnado o bien la persistencia de la situación jurídica anterior.

1. Impedimento de la efectividad

Una parte de la doctrina ha postulado que el efecto suspensivo inhibe la efectividad jurídica del acto administrativo impugnado.¹⁶ Esa opinión se apoya en el hecho, que la ley prevé el efecto suspensivo expresamente también en el caso de impugnación de los actos administrativos configurativos o declarativos de derecho, en los cuales una "ejecución" en el propio sentido de la palabra lógicamente no puede tener lugar. Además se ha dicho que el efecto suspensivo se de contra la regulación inherente del acto administrativo y no contra su ejecución que constituye solamente una consecuencia secundaria del mismo. También sería necesario en el supuesto de una mera inhibición de la ejecutividad el ampliar continuamente la propia noción de la "ejecución" (que normalmente se refiere a la ejecución administrativa) para poder evitar lagunas, era lo que se refiere a una amplia protección jurídica del afectado. Esto se pondría de manifiesto en los llamados actos administrativos con un doble efecto jurídico, o sea, actos administrativos que traen consigo junto con un beneficio del destinatario a la vez un gravamen para un tercero. Así se tendría que interpretar el caso, en el cual el constructor particular hace uso del permiso de construcción y empieza a construir, como caso de "ejecución"; de lo contrario el recurso jurídico con el cual el vecino afectado quiere defenderse contra el comienzo de las obras, quedaría sin efecto.

2. Impedimento de la ejecutividad

La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina opinan por el contrario que el efecto suspensivo se refiere ante todo a una inhibición de la ejecutividad del acto en cuestión.¹⁷ Así, resultaría imposible para la Administración el tomar cualquier medida, que se presente como ejecución del acto administrativo. Aparte de razonamientos apoyados en

16. Así por ejemplo Friedrich Schoch, op.Cit. p. 1171 y ss.

17. Cf. sentencia del Tribunal Supremo del Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht), BVerwGE 66, p. 218 (222).



el texto y la sistemática de la Ley¹⁸, esa opinión invoca a las consecuencias prácticas que votan en favor de inhibir solamente la ejecutividad del acto, lo que se subraya mediante el ejemplo del despido de un funcionario: Si se excluye la efectividad del acto administrativo impugnado hasta la entrada en vigor de la resolución definitiva del asunto por la Administración o bien por el Tribunal administrativo sobre el recurso de impugnación (sabemos que esto puede tardar años), un funcionario despedido seguiría siendo funcionario con todos los derechos y deberes que resultan de este *status*: El sueldo pagado hasta esta fecha no tendría porqué ser reembolsado. Semejantes resultados serían especialmente incompatibles con una ulterior decisión del Tribunal administrativo sobre la acción de anulación la que suele desarrollar efectos desde el inicio *-ex tunc-* y no solamente a partir del fallo.¹⁹ El argumento de la opinión contraria tampoco convence cuando postula la necesidad de interpretar el comportamiento de un particular, que por ejemplo hace uso de un permiso de construir, como caso de la "ejecución administrativa" - con el fin de dar eficacia suspensiva a la impugnación del permiso por parte de un tercero. Antes bien, habría que entender el término de la ejecución en un sentido más amplio, es decir, en un sentido que va más allá del propio concepto de la ejecución administrativa y que comprende también la realización de hecho de las consecuencias jurídicas previstas en el acto administrativo impugnado. Este punto de vista fue denominado también "teoría de la realización del acto administrativo".²⁰ Con esas últimas matizaciones se

18. Según el artículo 80 párrafo 2, 1ª frase inciso cuarto LJCA el efecto suspensivo no entra en acción cuando la autoridad administrativa dispone la "inmediata ejecución" del acto administrativo por razones del Interés público. Por consiguiente se puede, como se ha dicho, considerar en la otra cara de la moneda, o sea, en el efecto suspensivo, solamente una inhibición de la ejecutividad del acto.

19. Véase también Klaus Stern, "Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich rechtlichen Arbeit" 6ª ed. Munich 1987, p. 103y s. con más referencias.

20. También aquí, se cita -como la opinión contraria- el hecho de que el texto del art. 80 párrafo 1, 2ª frase LJCA prevé el efecto suspensivo expresamente también en los casos de impugnación de actos administrativos configurativos o declarativos de derecho. Tales actos no podrían ser objeto de una ejecución administrativa, dado que traen las consecuencias jurídicas inmediatamente "en sí". Cuando la ley prevé también en estos casos el efecto suspensivo, resultaría obvio, que se tendría que interpretar el concepto de "ejecución" en un sentido más amplio. Sin embargo, esta interpretación extensiva no significaría un impedimento de la efectividad del acto administrativo hasta la resolución del recurso, Véase también Friedrich Kopp, "Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar)", 10ª ed. Munich 1994, 80 inciso 15 con más detalles.

trata en cierto modo de un concepto intermedio entre los extremos del impedimento general de la efectividad y el del impedimento de la mera "ejecución" por parte de la Administración.

VI. EL EFECTO SUSPENSIVO EN SU TIEMPO

1. Comienzo del efecto -suspensivo

Siguiendo la normativa básica del artículo 80 párrafo 1 LJCA el efecto suspensivo empieza con la interposición del remedio jurídico. Ahora bien, se deduce de la garantía jurídico-constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 19 párrafo 4 LF) que el efecto suspensivo debe tener un efecto retroactivo, es decir que se rige desde el momento de la aprobación del acto administrativo impugnado: El efecto suspensivo debe impedir que no se cuestione el éxito de la demanda de impugnación por razones de hechos consumados. De ello resulta necesariamente que todas las medidas de ejecución que se tomaron antes de la interposición del recurso de alzada o de la acción de impugnación, son ilegales; en este caso la autoridad administrativa está obligada a anularlas en la medida posible.²¹

2. Terminación de la suspensión

El efecto suspensivo termina en el momento de la inimpugnabilidad de la decisión administrativa o judicial acerca el remedio jurídico que ha sido interpuesto. Después de la inimpugnabilidad de la resolución sobre el recurso de alzada o la acción de anulación, el acto administrativo en principio ya no puede -salvo en los casos de su nulidad- ser acometido. Entonces está también justificado el ejecutarlo. El afectado poseía en estos casos la posibilidad de exigir la tutela judicial y con esto conservar el efecto suspensivo.

Solamente puede resultar problemático, si en el caso del recurso de alzada el efecto suspensivo acaba con la respectiva decisión administrativa para empezar de nuevo en el momento de la presentación de la acción de anulación. Esto tendría teóricamente como consecuencia,

21. Sobre el "sí" y el "como" de anulación de anteriores medidas de ejecución véase p.ej. Friedrich Kopp, op.cit., art. 80 inciso 33 con más referencias.



que el acto administrativo podría ser ejecutado inmediatamente después de la resolución administrativa sobre el recurso de alzada.²² Se tiene que tener presente, empero, otra vez el objetivo jurídico-constitucional de garantizar al afectado una protección provisional efectiva así como el propio fin del artículo 80 párrafo 1 LJCA, es decir: el impedir que a través de la ejecución inmediata se creen hechos consumados, que vuelven imposible una tutela judicial efectiva. De allí se da la necesidad de la persistencia del efecto suspensivo a partir de la interposición del primer remedio jurídico hasta el momento en el que se ha terminado definitivamente el procedimiento contencioso-administrativo, sin que se pueda suponer una interrupción de la suspensión entre los procedimientos del recurso de alzada y la ulterior acción de anulación.

Ahora bien y tras la última modificación de la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa del 1 de noviembre de 1996 el nuevo artículo 80b párrafo 1 p 1ª frase LJCA prevé además, que el efecto suspensivo queda detenido también en el caso en el que la acción de anulación haya sido desestimada en la primera instancia y que hayan transcurrido tres meses tras el transcurso del plazo legal para la motivación del remedio jurídico (apelación o revisión) contra la decisión rechazante del Tribunal administrativo. El objetivo jurídico-político de esa regulación salta a la vista cuando se considera el hecho de que frecuentemente la acción de anulación se ha presentado únicamente con el fin de poder aprovechar el efecto suspensivo incluso si la interposición de la acción no ofrecía ninguna perspectiva de éxito. En estos casos el afectado está interesado solamente en una duración lo más larga posible del procedimiento. Ahora bien, si una demanda de impugnación tras su examinación exhaustiva a lo largo del procedimiento en la primera instancia no tiene éxito, tampoco parece justificado regularmente que el efecto suspensivo persista durante un eventual procedimiento de apelación o de revisión²³. Para evitar perjuicios improporcionales en el caso particular, la Ley prevé la posibilidad del

22. Si el propio texto del artículo 80 parr. 1 LJCA distingue aparentemente entre el efecto suspensivo del recurso de alzada "y" el efecto suspensivo de la acción de anulación, esto se debe al hecho que también existen casos, en los que la presentación de la acción de anulación excepcionalmente no requiere la anterior interposición de un recurso de alzada (vid. supra nota 6).

23. En este sentido reza el razonamiento del Gobierno Federal sobre el proyecto de reforma de la LJCA, cf. Bundestagsdrucksache 13/3993, p. 11 y s.

Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) de prolongar excepcionalmente el efecto suspensivo a instancia del afectado (cf. art. 80 b párrafo 2 LJCA).

Junto a la prevención de un abuso del efecto suspensivo la nueva regulación ha sido motivada también por el aspecto central de la aceleración del procedimiento contencioso-administrativo. En este contexto se ha puesto en duda, si verdaderamente se puede lograr esta meta, dado que durante los procedimientos de la segunda y tercera instancia se abre de nuevo la posibilidad de solicitar el restablecimiento del efecto suspensivo. De allí podrían resultar nuevos retrasos, dado que el tribunal de apelación o de revisión estaría obligado a examinar y estimar nuevamente los intereses que pueden votar en favor de la ordenación del efecto suspensivo. Es de considerar, sin embargo, que en estos casos ya existe un fallo de la primera instancia, de manera que un examen exhaustivo regularmente no parece necesario y, desde luego, tampoco se tiene que temer un retraso adicional del procedimiento judicial.

VII. EXCEPCIONES DE LA REGLA GENERAL DEL EFECTO SUSPENSIVO EN VIRTUD DE LA LEY

Como ya se ha dicho la regla del efecto suspensivo del recurso administrativo así como de la acción de anulación no puede valer sin excepciones. Antes bien y cuando el interés general o bien común lo exige, las autoridades administrativas deben estar capacitadas para desarrollar medidas inmediatas de ejecución. El Derecho alemán enfrenta con este conflicto entre el interés público en la ejecución del acto administrativo y el interés individual en la suspensión en forma del artículo 80 párrafo 2 LJCA, que postula varios grupos casuísticos en los que excepcionalmente el efecto suspensivo no debe tener lugar. En estos casos el afectado posee, por su parte, la posibilidad de presentar una solicitud ante la autoridad administrativa o bien ante el Tribunal administrativo para el restablecimiento del efecto suspensivo (véanse Art., 80 párrafo 5, 1ª frase, y art. 80 párrafo 4, 1ª frase LJCA). De esta manera, la suspensión de los efectos del acto administrativo se muestra incorporada en un amplio sistema verdaderamente complicado de distintos mecanismos de protección jurídica, cuyo objetivo consiste finalmente en equilibrar adecuadamente los intereses conflictivos entre



el destinatario del acto administrativo y la autoridad administrativa. Los primeros tres casos del artículo 80 párrafo 2 LJCA representan una valoración generalizadora de la Ley en favor del interés público predominante en la inmediata ejecución del acto administrativo, mientras que el cuarto caso ofrece a la autoridad administrativa la posibilidad de desviarse de la regla general y de disponer para el caso particular la inmediata ejecución del acto administrativo, una decisión que por su parte puede ser sometida al control por parte del Tribunal Administrativo. Vamos a contemplarlo paso por paso:

1. Imposición de tributos y costes públicos

El efecto suspensivo no tiene lugar en el caso del recurso contra actos administrativos que imponen cargas públicas, especialmente impuestos y tasas u otros costes públicos (cf. art. 80 párrafo 2 inciso primero LJCA). Con esto se debe impedir en el interés del manejo ordenado de la política financiera, que a los presupuestos públicos se les retiren los ingresos necesarios a través de recursos administrativos o judiciales, los que se muestran más tarde como injustificados.

2. Disposiciones y diligencias "Impostergables" de las fuerzas ejecutivas de la policía

Resulta claro también, que la regla general del efecto suspensivo tampoco puede regir en el caso de disposiciones o diligencias de urgencia de las fuerzas ejecutivas de la policía, -dado que tales medidas sirven regularmente a una eliminación o de protección contra un inmediato peligro o riesgo para el orden y la seguridad pública. Como destaca la normativa del artículo 80 párrafo 2 inciso segundo LJCA, la excepción vale solamente en el caso de medidas "impostergables", con lo cual se requiere la existencia de un interés público claramente dominante en la inmediata ejecución del acto administrativo en cuestión. Cabe añadir en este contexto, que esa regulación solamente concierne a disposiciones de los propios funcionarios de las fuerzas policiales, de manera que no rige para medidas de la administración llamada "policial" o de orden público por parte de autoridades ordinarias.²⁴

24. Cf. Friedrich Kopp, op.cit., § 80. Inciso 38 con más referencias.

3. Otras excepciones previstas por la legislación federal o regional

Un significado enorme para la práctica diaria de la Administración pública ha alcanzado últimamente la tercera variante de un quebrantamiento del principio general del efecto suspensivo: Según el artículo 80 párrafo 2, inciso tercero LJCA el efecto suspensivo fue suspendido hasta ahora cuando esto era prescrito expresamente a través de una regulación legal de la Federación. Esa regulación tenía solamente un efecto declaratorio, dado que tales leyes federales prevalecen según la regla de la *lex specialis* en todo caso sobre la legislación general de la Jurisprudencia Contencioso-administrativa. Esta regulación acaba de ser complementada en el curso de la última reforma del Derecho administrativo procesal del año 1996: Como regulaciones legales especiales que eliminan el efecto suspensivo se consideran desde entonces también las leyes de los Estados Federados (Länder); además el legislador de la reforma ha postulado que semejantes excepciones legales deberán postularse especialmente para recursos o acciones de terceros contra actos administrativos que poseen relevancia en lo que se refiere a la realización de "Inversiones o la creación de puestos de trabajo en otras palabras: El efecto suspensivo deberá excluirse sobre todo, cuando entren en cuestión importantes proyectos de la infraestructura así como la ubicación de empresas industriales con gran importancia para la política económica del país, especialmente cuando esto puede influenciar de manera favorable la situación en el mercado de empleo. Esa nueva regulación sigue a las propuestas aprobadas por una Comisión independiente, que fue establecida por el Gobierno Federal en el marco de una iniciativa llamada "Programa de acción para mejorar, el crecimiento económico y el empleo". La comisión de expertos constató que la duración demasiado larga de los procedimientos administrativos así como del trámite de su control por parte de los Tribunales perjudican el atractivo de la República Federal como lugar para inversiones en el margen de la competencia económica dentro de la Unión Europea.

Desde el punto de vista jurídico-político hay que considerar, sin embargo, que la nueva regulación contiene solamente recomendaciones para la legislación sectorial de la Federación y de los Estados Federados, sin que exista ninguna vinculación jurídico-legal.²⁵ Si y en qué medida se

25. Véase también el respectivo razonamiento del Gobierno Federal, op.cit., p. 19.



hace uso de esa posibilidad, depende en gran parte de la postura del legislador federal así como de la legislación de los Länder, así que sólo el futuro puede mostrar, si a través de una limitación legal del efecto suspensivo se pueden lograr verdaderamente impulsos favorables para el desarrollo económico en nuestro país.

Mientras tanto, en el nivel de la legislación sectorial de la Federación se ha hecho uso en los años pasados extensamente de la posibilidad de excluir el efecto suspensivo. Poseen una gran importancia práctica las regulaciones en los sectores que a continuación quiero mencionar con brevedad y a modo de ejemplo:

- En el Derecho de los extranjeros el recurso de alzada y la acción de anulación no suspenden los efectos del acto administrativo con el cual se desestima la solicitud de otorgamiento o prolongación del permiso de estancia (véase art. 72 párrafo 1 de la Ley sobre la entrada y la estancia de extranjeros del 9 de julio de 1990).²⁶
- En el Derecho urbanístico poseen un significado primordial -en vista a posibles recursos del vecino contra determinados proyectos de construcción- las regulaciones del artículo 10 párrafo 2 de la Ley sobre medidas acerca del Código de Urbanismo (Mabnahmegesetz zum Baugesetzbuch) en la versión del 28 de abril de 1993²⁷ que se aprobó con el motivo de reactivar la industria de la construcción. Según esa prescripción el efecto suspensivo no tiene lugar cuando el recurso del tercero se dirige contra la autorización de un proyecto de construcción que sirve principalmente al objetivo de crear viviendas; así se pretende reaccionar a la necesidad emergente de viviendas y a mejorar la oferta en este sector de la economía.

Especial relevancia ha alcanzado también la limitación legal del efecto suspensivo en el curso del proceso de la reunificación alemana, cuando se trataba de restablecer a corto plazo la situación desastrosa de la

26. Boletín Oficial de la Federación (Bundesgesetzblatt - BGBl.) 1 p. 1354.

27. Boletín Oficial de la Federación (Bundesgesetzblatt - BGBl.) 1 p. 622,

infraestructura (carreteras, vías ferroviarias o fluviales) en los nuevos Estados Federados de la Alemania oriental y de crear así y a través de medidas de planificación y de fomento de la inversión las condiciones adecuadas para la revivificación de la vida económica en esas regiones. Así y conforme a la Ley sobre la aceleración de la planificación de las vías del transporte público (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz)²⁸ no tienen efecto suspensivo los recursos que se dirigen contra resoluciones declarativas de planificación para vías de transporte o de comunicación en el territorio de la ex-República democrática. Regulaciones similares existen en algunas leyes sectoriales también para importantes proyectos infraestructurales en el antiguo territorio de la República Federal (para vías fluviales, carreteras y ferrovías de la Federación). Otras excepciones de la regla general del efecto suspensivo que rigen sobre todo en la parte oriental de la RFA, postula -con plazo señalado hasta el 31 de diciembre de 2002- la Ley sobre la limitación de remedios jurídicos en el procedimiento contencioso-administrativo de 1993²⁹ para la impugnación por parte de terceros de toda una serie de permisos de construcción u otras autorizaciones con importancia político-económica, por ejemplo en lo que se refiere a determinadas empresas industriales, ciertos aprovechamientos de aguas, centros de tratamiento de residuos, instalaciones abastecedoras de energía etc.

Las nombradas regulaciones legales contienen regularmente a la vez prescripciones, que dificultan considerablemente -p.ej. a través de plazos drásticamente acortados- la posibilidad del afectado de solicitar ante el Tribunal la ordenación excepcional de la suspensión de la efectividad del acto impugnado.

Últimamente se suman las voces en la doctrina que se muestran escépticas en lo que concierne a la compatibilidad de las excepciones legalmente establecidas a la regla del efecto suspensivo con el principio jurídico-constitucional de la tutela judicial (art. 19 párrafo 4 LF); una práctica administrativa y judicial que convierte la regla del efecto suspensivo finalmente en una excepción, sería inconstitucional.

28. Del 16 de diciembre de 1991 (BGBl, 1 p. 2174).

29. Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgericht del 22 de abril 1993 (Boletín Oficial de la Federación - BGBl. - 1 p. 466) en la versión del 1 de noviembre de 1996 (BGBl. 1 p. 1626).



4. Exclusión del efecto suspensivo por parte de la autoridad administrativa

Finalmente existe la posibilidad de que la autoridad administrativa que ha aprobado el acto administrativo impugnado o que ha decidido sobre el recurso de alzada, excluya el efecto suspensivo en el caso concreto por motivos del interés público o de un interés predominante de un interesado (art. 80 párrafo 2, inciso cuarto LJCA). En aquellos casos se requiere -ya por razones jurídico constitucionales- un interés especial, es decir: un interés que va más allá del interés "normal" que ha justificado el propio acto administrativo que ahora se discute; de lo contrario la Administración podría disponer libremente del efecto suspensivo. Este requisito tiene también su aspecto formal, de manera que la autoridad tiene que presentar su razonamiento regularmente en forma escrita (Art., 80 párrafo 3, 1ª frase LJCA).

a. Exclusión administrativa y recursos por parte de terceros

La facultad de la autoridad para tomar decisiones en lo relativo al efecto suspensivo puede resultar especialmente problemática en los casos de los actos administrativos que benefician al destinatario y perjudican a la vez los intereses de terceros. Entre los numerosos casos imaginables en este contexto se puede destacar como ejemplos -otra vez- la impugnación de un permiso de construcción por un vecino y también el recurso de un concurrente contra el otorgamiento de una licencia para llevar a cabo un servicio de transporte público o simplemente de un puesto de trabajo en la Administración pública a otro competidor. Dado que un recurso contra un tal acto administrativo con doble efecto deja igualmente entrar en acción el efecto suspensivo (art. 80 párrafo 2ª frase LJCA), la autoridad tiene que tener también aquí la posibilidad de ordenar medidas urgentes. El Derecho administrativo-procesal reacciona a esta necesidad de manera que permite la exclusión del efecto suspensivo también en el interés prevalente de un interesado o tercero. Un interés predominante del destinatario o favorecedor se puede suponer, cuando el recurso interpuesto por parte del afectado probablemente no tendrá éxito. Si, en cambio, un afectado recurre contra el permiso de construcción de su vecino, la Administración puede -según el razonamiento jurídico en el caso particular- ordenar bien la continuación o bien el cese provisional de las obras. De todas maneras se requiere un estudio pronóstico sobre

el resultado del recurso en cuestión, que depende en gran parte de la existencia o no de prescripciones legales que postulen expresamente la prevalencia de los intereses del tercero.

Para aclarar las potestades administrativas de reacción frente a recursos contra actos administrativos con "doble efecto", la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido complementada en el año 1990 por el artículo 80a, conforme al cual la autoridad podrá ordenar a instancia del favorecedor la inmediata ejecución del acto administrativo o -a instancia del tercero- suspender la ejecución y ordenar medidas provisionales con el fin de garantizar los derechos del tercero. Esto vale cuando un tercero recurre contra un acto administrativo que favorece al destinatario. En el caso inverso, es decir: cuando el destinatario recurre contra un acto que contiene un gravamen y favorece a la vez a un tercero, la autoridad podrá ordenar a instancia del tercero la inmediata ejecución.

El contenido jurídico-material de esta normativa especial sobre el acto administrativo con doble efecto es bastante dudoso - y posee en primer lugar un significado declaratorio, dado que la mayoría de las consecuencias jurídicas emanan ya inmediatamente del artículo 80. Un aspecto nuevo en comparación con la regulación anterior presenta la posibilidad de ordenar medidas provisionales según el artículo 80a párrafo 1, inciso segundo LJCA, lo que constituye un desarrollo importante con respecto a la efectividad y al equilibrio del sistema de la tutela cautelar. El efecto suspensivo puede garantizar al fin y al cabo solamente una protección normativa, mientras que las órdenes provisionales adicionales sirven para asegurar el respeto del efecto suspensivo en la realidad. Así la autoridad puede ordenar en el caso de un recurso de un tercero contra el permiso de construcción del vecino expresamente el cese de las obras.

b. Control judicial

Parece obvio que la prescripción del artículo 80 párrafo 2, inciso cuarto LJCA abre un amplio margen de apreciación para que la Administración proceda a excepcionar los criterios de la Ley tendentes a la automática suspensión. Bien puede corroborarse que la autoridad competente tiene en este momento un decisivo y activo papel a la hora



de valorar los distintos intereses en juego en el caso concreto y de proceder o no a la suspensión. Es en este instante cuando una Justicia administrativa debe ser eficaz, por lo cual se concede una acción especial que el particular -el destinatario del acto o un tercero- puede interponer ante los Tribunales contra la decisión administrativa de excluir total o parcialmente el efecto suspensivo. Estos ordenarán el restablecimiento parcial o total de la situación anterior a la creada por tal medida, si se entiende que fue dictada sin que concurrieran los presupuestos habituales para ello. Igual facultad opera para los casos en los que el efecto suspensivo queda excluido ya automáticamente en virtud de la Ley, pues, a instancia de parte, el Tribunal podrá declarar la suspensión (art. 80 párrafo 5, 1ª frase LJCA). Y, si bien la administración tiene un margen inicial de apreciación, se trata, empero, de una potestad configurada por el legislador mediante conceptos jurídicos indeterminados, cuya observación está sometida a un exhaustivo control por parte del Tribunal administrativo. Es más: El tribunal puede dictar una decisión originaria y de propia discrecionalidad que puede o no reemplazar la apreciación de la autoridad: Pues la última palabra sobre la ejecutoriedad del acto administrativo no la tiene la administración, sino los tribunales.³⁰

Para terminar quisiera subrayar finalmente la tendencia de que la posibilidad de la Administración para disponer sobre la excepción o no del efecto suspensivo especialmente en lo que se refiere a la impugnación de los llamados actos administrativos con doble efecto (art. 80a LJCA) se ve infiltrado cada vez más por el propio derecho material. Así y especialmente en el campo del urbanismo aumentan los asuntos en los que -por razones de aceleración del procedimiento y de fomento de la industria de construcción- ya no se requiere ningún permiso por parte de la Administración, con lo cual también hace falta un objeto para el recurso administrativo del vecino. Este puede obtener una tutela provisional entonces sólo a través de la petición de órdenes provisionales ante los tribunales, lo que significa cargos suplementarios en el trabajo diario de la jurisprudencia del contencioso-administrativo.

Esto nos lleva a la conclusión de que cualquier medida de aceleración, racionalización o bien de simplificación de los procedimientos

30. Véase al respecto -en lengua castellana-: Santiago González -Varas Ibáñez, "La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", op.cit., p. 218 y s.; en alemán: Friedrich Kopp, op.cit § 80 inciso 78 con más referencias.

administrativos y judiciales siempre suele provocar (a pesar de todas razones que rezan en favor de esos motivos) siempre distintos resultados -ventajosos y desventajosos-; una comprensión que debería tener un valor a la vez paradigmático y programático para la futura labor en el diseño legal de la suspensión de los efectos del acto administrativo.

VIII. APENDICE

Traducción de la normativa sobre el efecto suspensivo en la
"LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA"
(Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO)
del 19 de marzo de 1991
(en su versión del 1 de enero 1997):
Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt)
1991 1 pp, 686 y 1996 / 1626)

§ 80

"(1) El recurso administrativo y la acción de anulación tienen efecto suspensivo. Esta regla rige también para los actos administrativos constitutivos y declarativos de derecho así como para actos administrativos con un doble efecto (art. 80a).

(2) El efecto suspensivo no procede únicamente (en los casos siguientes):

1. Frente a actos que exijan el pago de un tributo o de costes;
2. Frente a diligencias y disposiciones imposterables de las fuerzas ejecutivas de la policía;
3. En los otros casos en que una Ley federal o Ley de los Estados Federados para el Derecho regional así lo prevén, especialmente para recursos o acciones de terceros contra actos administrativos que poseen relevancia en lo que se refiere a la realización de inversiones o la creación de puestos de trabajo.



4. En aquellos casos, en que la autoridad administrativa, que ha dictado el acto o que entienda del recurso administrativo, dispone la inmediata ejecución en razón al interés público o un interés prevalente de un interesado.

Los Estados Federados (Länder) pueden disponer también que los remedios jurídicos no tengan efecto suspensivo en tanto que estén interpuestos contra decisiones administrativas realizados por los Länder en materias de la ejecución administrativa en base del Derecho federal.

(3) En los casos comprendidos en el párrafo segundo inciso cuarto, la Administración ha de motivar por escrito la concurrencia del especial interés para la inmediata ejecución. No precisa de una especial motivación en caso de que un estado que pusiera en grave riesgo la vida, la salud o la propiedad obligase a la Administración a dictar una medida necesaria de emergencia en el interés público.

(4) Tras la interposición del recurso administrativo y la autoridad administrativa puede suspender la ejecución en los casos comprendidos en el párrafo segundo, siempre que una Ley federal no lo impida. En el caso de la exigencia de tributos o costas puede practicar la suspensión bajo fianza. En cualquier caso, la suspensión la ordenará la Administración si concurren serias dudas acerca de la legalidad de tales actos administrativos impugnados o cuando su ejecución supusiera una excesiva carga no rectificable por prevalentes intereses públicos en los obligados por los tributos o las costas.

(5) A instancia de parte, el Tribunal puede ordenar total o parcialmente la suspensión en los casos del párrafo segundo, incisos primero a tercero, o puede ordenar el restablecimiento del efecto suspensivo en el caso del inciso cuarto, también total o parcialmente. El escrito es también admisible antes de la presentación de la acción de anulación. Si en el momento de la resolución judicial de la acción el acto está ya ejecutado, el Tribunal puede ordenar la anulación de la ejecución. La reconstrucción del efecto

suspenso puede hacerse depender de previa fianza o de otras condiciones. También puede condicionarse a plazo.

(6) En los casos del párrafo -2 inciso primero se admite la instancia según el párrafo 5, cuando la autoridad administrativa haya rechazado total o parcialmente la solicitud de la suspensión de ejecución. Esto no rige, cuando:

1. La autoridad no haya decidido la solicitud dentro de un plazo adecuado y sin información sobre sus motivos;
2. Haya peligro de ejecución forzosa.

(7) Los autos sobre los escritos del párrafo 5 pueden cambiarse en cualquier momento. Cada interesado en el procedimiento puede solicitar la modificación o la derogación por cambio de los hechos o porque éstos no podían (sin culpa propia) invocarse en el proceso.

(8) En casos urgentes puede resolver el presidente (de la Cámara o Senado.)"

Artículo 80a (añadido en el año 1990).

"(1) Cuando una tercera persona recurre contra un acto administrativo favorable para otra persona, la autoridad administrativa podrá:

1. Ordenar a instancia del favorecedor según el art. 80 párrafo 2 inciso cuarto la inmediata ejecución,
2. A instancia del tercero según el art. 80 párrafo 4 suspender la ejecución y ordenar medidas provisionales con el fin de garantizar los derechos del tercero,

(2) Cuando un interesado recurre contra un acto administrativo de gravamen que a la vez favorece a un tercero, la autoridad administrativa podrá disponer a instancia del tercero según el art. 80 párrafo 2 inciso cuarto la inmediata ejecución,

(3) A instancia de las partes el Tribunal podrá cambiar, anular o dictar las decisiones según los párrafos 1 y 2. Los párrafos 5 a 8 del artículo 80 se aplicarán de manera análoga."



Artículo 80b (en vigor desde el 1 de enero de 1997):

"(1) El efecto suspensivo del recurso de alzada y de la acción de anulación terminará con la inimpugnabilidad o, la acción de anulación desestimada en la primera instancia, tres meses tras el transcurso del plazo legal para la motivación del remedio jurídico contra la decisión rechazante. Esto vale también, cuando la autoridad administrativa ha ordenado la suspensión de la ejecución o el Tribunal reestablecido u ordenado el efecto suspensivo, a no ser que la autoridad administrativa haya suspendido la ejecución hasta la impugnabilidad.

(2) A instancia de los interesados el Tribunal Superior del Contencioso-administrativo podrá ordenar que persiste el efecto suspensivo.

(3) Los párrafos 5 a 8 y el art. 80a se aplicarán de modo análogo."

Artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949 (BGBl. 1949 I, p. I):

"(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. (...)".

COSAJUZGADAADMINISTRATIVA

COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA *

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Decano y Profesor Titular de Derecho
Administrativo de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

I

1. Antes que nada conviene efectuar algunas precisiones a efectos de encuadrar debidamente el tema que se nos ha adjudicado.

El mismo es "cosa juzgada administrativa" y no "la cosa juzgada en el Derecho Administrativo".

2. Por tal razón no aludiremos en nuestro estudio a la autoridad de cosa juzgada que puede tener una sentencia anulatoria de un acto administrativo o una recaída en el marco de un contencioso reparatorio patrimonial, pues si bien en ambos casos estamos ante cuestiones de Derecho Administrativo, por tratarse de actividad jurisdiccional no hay cosa juzgada administrativa sino judicial, o cosa juzgada propiamente dicha.

3. ZUANICH decía que "MERKL extiende la autoridad de la cosa juzgada a todos los actos del Estado según el principio de que toda norma jurídica es ilimitadamente válida en el tiempo salvo expresa disposición normativa en contrario."¹

*. Exposición formulada en Caracas (Venezuela) el 13 de noviembre de 1997, en el marco de las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ALLAN RANDOLPH BREWER -CARIAS, sobre "Los efectos y la ejecución de los actos administrativos".

1. ZUANICH, A.R. La cosa juzgada en el Derecho Administrativo. Editorial Perrot. Buenos Aires.1952, p. 49.

Si esto que se le atribuye a MERKL es correcto o no a los efectos de nuestro estudio no interesa; como tampoco nos interesa analizar lo que en esta concepción sería la cosa juzgada en los actos legislativos o en los constitucionales, pues obviamente de existir no configura cosa juzgada administrativa.

4. Evocando las enseñanzas de SAYAGUES LASO, recordamos que la función administrativa es la única que no se agota con declaraciones de voluntad. En la actividad administrativa, además de actos jurídicos comprendemos hechos y operaciones materiales.²

Obviamente, como luego veremos, la cosa juzgada es un atributo que se predica de un acto jurídico, excluimos a los efectos de nuestra exposición todo lo que configuran hechos u operaciones materiales, aunque estén comprendidos en la actividad administrativa y puedan tener relevancia jurídica.

5. Por último, advertimos que esos actos jurídicos que forman parte de la función administrativa pueden ser unilaterales o bilaterales. Centrándose estas Jornadas en el acto administrativo, no consideraremos la cosa juzgada en los contratos administrativos, lo que teóricamente puede plantearse con análogas razones a las invocadas con relación al acto administrativo, aunque obviamente aquellos suscitan problemas diferentes.

6. En suma, el objeto de nuestro estudio será la cosa juzgada como atributo del acto administrativo (unilateral, por supuesto, ya que ése es para nosotros el verdadero acto administrativo).

7. Y este análisis lo haremos desde la perspectiva del Derecho uruguayo sin perjuicio de acudir a algunas referencias de Derecho Comparado cuando ello resulte indispensable. Es que sin perjuicio de algunos aspectos de principios que por derivar de la naturaleza humana pueden resultar comunes, en definitiva un adecuado tratamiento del tema exige una concreta referencia al Derecho Positivo.

2. SAYAGUES LASO definía "la función administrativa como la actividad estatal que tiene por "objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante "actos jurídicos - que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición -y operaciones "materiales". SAYAGUES LASO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 1953. Tomo I., p. 46.



II

1. Como es sabido, la calidad de cosa juzgada se ha comenzado a predicar de los actos jurisdiccionales, más precisamente de la sentencia.

Tan es así que COUTURE expresaba: "La cosa juzgada es el fin del proceso. Este apunta hacia la cosa juzgada como hacia su fin natural ... Entre proceso y cosa juzgada existe la misma relación que entre medio y fin ... Sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin... La cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción."³

2. Es obvio entonces que quienes con mayor profundidad han estudiado la cosa juzgada han sido los procesalistas, por lo que necesariamente de ellos habremos de partir.

3. COUTURE así la definía como "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla." ⁴

Como autoridad -decía- "es una calidad, una inherencia." ⁵

Con relación a su eficacia indicaba tres características: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.

"La cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia; *non bis in eadem*... También es inmutable o inmodificable... La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada."⁶

Por eso es que en otra oportunidad el Maestro uruguayo, efectuando una definición descriptiva, la consideró como: "autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni

3. COUTURE, E.J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1969, p. 411.

4. COUTURE, E.J. Fundamentos ... p. 401.

5. COUTURE, E.J. Fundamentos ... p. 401.

6. COUTURE, E.J. Fundamentos ... p. 402.

otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior."⁷

4. También distinguió -como casi toda la doctrina⁸- entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial o material.

Llamó a la primera a "*aquella de efectos limitados, que produce sus consecuencias con relación al proceso en que ha sido emitida, pero que no obsta a su revisión en otro proceso posterior*"; y a la segunda a la *que produce sus efectos no solo con relación al proceso en que ha sido emitida, sino también con relación a todo otro proceso posterior*."⁹

5. Algunos de estos conceptos no son unánimemente compartidos. Así, BARRIOS DE ANGELIS niega que la cosa juzgada sea de la esencia de la jurisdicción.¹⁰ Tampoco nosotros compartimos otros desarrollos de COUTURE que no hemos transcrito. Pero ello no interesa a efectos de nuestro estudio.

Hemos aludido con todo a estos conceptos por ser relativamente generalizados, por la dimensión continental de COUTURE y porque nos introducen perfectamente a nuestro tema sin causarnos ningún tipo de complicaciones.

III

1. En general se dice que fueron los tratadistas austriacos (BEARNATZIK entre ellos) o los germanos en general, quienes

-
7. COUTURE, E.J. Vocabulario jurídico. Facultad de Derecho. Montevideo. 1960, p. 196.
 8. Véase, MERKL, A. Teoría general del Derecho Administrativo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1935, p. 264; ZUANICH, A.R., ob. cit., pp. 17 y ss.
 9. COUTURE, E. J. Vocabulario ... p. 197; Fundamentos ... pp. 416 y ss. Con todo, con el avance del Derecho Internacional, esta distinción se ha relativizado al constituir la cosa juzgada material un requisito de acceso a la jurisdicción internacional. Pero ese tema no interesa a nuestro estudio.
 10. BARRIOS DE ANGELIS, D. Clase aún inédita dictada el 14 de octubre de 1997 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, en el aula de Derecho Procesal 1º, a cargo del Profesor Titular, Dr. Alejandro ABAL OLIU.



pretendieron extender la cosa juzgada como instituto derivado de la sentencia, al acto administrativo.¹¹

2. En esta corriente nos parece que merece un particular destaque el pensamiento de MERKL en virtud de la excelencia de sus páginas.

En ese sentido éste decía: "El problema de la fuerza de cosa juzgada es el de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo, más exactamente, el problema de la duración de la vigencia o de los límites temporales de las manifestaciones jurídicas. La ciencia jurídica entiende por efecto o fuerza de cosa juzgada, para atenernos provisoriamente a una significación media, aquella propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificables, en ningún caso, por actos de la misma especie o son bajo determinadas circunstancias nada más."

"Es sabido que no se discute la calidad de cosa juzgada, en sentido formal y material, de las sentencias judiciales. Relativamente tarde, la teoría administrativa se ha planteado la cuestión de que sí también los actos administrativos pueden asumir esta fuerza de cosa juzgada, pero hasta ahora, la teoría administrativa no ha llegado a procurarse una opinión general. Hay una dirección que se opone decididamente al trasplante de una institución, que se supone propia del derecho civil, al campo de la administración. Otra dirección reconoce para la administración el efecto de cosa juzgada, según el modelo de la justicia, bien que con más o menos limitaciones y paliativos".

"La negativa a reconocer para la administración el efecto de cosa juzgada suele fundamentarse, ante todo, en que a la administración no le incumbe, como a la justicia, el derecho, sino el interés público, o cuando menos, preferentemente, y, por lo mismo, no puede encontrarse entorpecida por la existencia de actos administrativos".¹²

En definitiva, para MERKL el problema de la cosa juzgada se resuelve en función de su concepción acerca de la distinta naturaleza de las normas según su distancia con la norma principal y como ya se ha

11. ZUANICH, A., ob., cit., p. 41.

12. MERKL, A., ob. cit., pp. 263 y ss.

dicho, en función de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo.

Así MERKL decía: "Si la administración es ejecución de la ley, lo mismo que la justicia, sus actos deberán correr la misma suerte, en lo que respecta al efecto de cosa juzgada, que las sentencias judiciales." ¹³

Y por otra parte expresaba: "Lo que es inmanente al ordenamiento jurídico no es el principio *lex posterior derogat priori*, sino su contrario *lex posterior non derogat priori*, en otras palabras: en la duda, el precepto jurídico anterior prevalece sobre el posterior; en la duda, el derecho, en todos sus planos o gradas, no es flexible sino incommovible. Lo contrario, la preferencia del precepto posterior, la flexibilidad del derecho, tendrá que ser fijada por el derecho positivo y determinado su grado; el principio *lex posterior derogat priori* rige en virtud de su institución por el derecho positivo y no como axioma lógico jurídico, como, por lo general suele opinarse."

"Estas ideas significan, si las aplicamos al campo de ejecución de la ley, que aquellos actos sublegales, pero formuladores también del derecho, no pueden ser modificados sino con las condiciones y bajo las formas previstas en la esfera de la ley, y en su caso, en la esfera superlegal. Un acto administrativo que se apoya en una ley será modificable por un acto administrativo posterior sólo y en la medida en que la ley delegue a ese acto posterior la función modificadora, del mismo modo que una sentencia judicial podrá ser modificada por otra posterior solamente a consecuencia de una autorización legal." ¹⁴

En definitiva concluye MERKL: "La negación del *efecto de cosa juzgada* a los *actos administrativos* de autoridad es una consecuencia de la negación de la *naturaleza jurídica de la administración* y uno de los últimos reductos de la teoría que sostiene el carácter ajurídico de la administración." ¹⁵

13. MERKL, A., ob. cit., p. 275.

14. MERKL, A., ob. cit., p. 276.

15. MERKL, A., ob. cit., p. 278.



3. En Argentina BIELSA ha empleado el término cosa juzgada administrativa ¹⁶y también ZUANICH, quien la define como "la inmutabilidad de la resolución administrativa reglada que declara o establece un derecho subjetivo perfecto." ¹⁷ Asimismo LINARES ¹⁸y DROMI ¹⁹ entre otros, utilizan esta terminología.

CASSAGNE ²⁰y COMADIRA ²¹en forma más cauta hablan de la "denominada *cosa juzgada administrativa*", aunque en el fondo este último debilitaría en mucho al instituto, al admitir la potestad de la Administración de anular de oficio los actos administrativos de principio.

4. No obstante otro importante sector de la doctrina no utiliza la expresión cosa juzgada administrativa. ²²

5. En el Uruguay no se habla de cosa juzgada administrativa.

COUTURE, luego de considerar la cosa juzgada como un atributo de la jurisdicción y señalar sus caracteres, niega que éstos aparezcan en otra actividad del orden jurídico. "Ni la legislación ni la administración -expresa- pueden expedir actos con estas modalidades,

-
16. BIELSA, R. Derecho Administrativo y legislación administrativa argentina. J. Lajouane y Cía. Editores. Buenos Aires. 1921. T. 2, p. 565.
 17. ZUANICH, A.R., ob. cit., p.86.
 18. LINARES expresa: "Entendemos por cosa juzgada administrativa la inalterabilidad que tienen ciertos actos administrativos por ser inderogables, inmodificables o insustituibles en sede administrativa, sin una ley previa que autorice tal alteración". LINARES, J.F. Fundamentos de Derecho Administrativo. Astrea. Buenos Aires. 1975, p.343.
 19. DROMI, J.R. Instituciones de Derecho Administrativo. Astrea. Buenos Aires. 1973, p.212.
 20. CASSAGNE, J.C. Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1982, pp. 334 y ss.
 21. COMADIRA, J. R. La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada "cosa juzgada administrativa". Astrea. Buenos Aires. 1981.
 22. Así Waline, claramente emplea la expresión cosa juzgada como atributo de la sentencia sin extenderla al acto administrativo. WALINE, M. Précis de Droit Administratif. Editions Montchrestien. París. 1969. Vol. 1, p. 151. Esta parece ser la postura dominante en la jurisprudencia y doctrina francesa. También GONZALEZ PEREZ parece reservar la expresión cosa juzgada para el ámbito judicial. GONZALEZ PEREZ, J. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Civitas. Madrid. 1992. Segunda edición, pp. 380 y ss. Y esta parece ser en general la tendencia en la doctrina española.

ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos. La larguísima polémica acerca de los elementos diferenciales entre jurisdicción y administración, culmina en esta peculiaridad de la cosa juzgada, propia, específica, en nuestro concepto, de la jurisdicción."²³

SAYAGUES LASO también relega la expresión cosa juzgada al ámbito judicial y no emplea el término cosa juzgada administrativa.²⁴

PRAT al estudiar la estabilidad del acto administrativo -a lo que prefiere llamar definitividad- califica de vetusta la expresión "cosa juzgada administrativa."²⁵

IV

1. En realidad, el problema terminológico es secundario si nos ponemos de acuerdo en cuanto al fondo.

Incluso debemos decir que muchos de los que utilizan la expresión cosa juzgada administrativa, no la asimilan exactamente a la cosa juzgada judicial y señalan sus diferencias.²⁶

En general se habla de cosa juzgada administrativa para referirse a la inmutabilidad.²⁷ Se dice que hay cosa juzgada administrativa ante un acto administrativo inmutable.

Aunque en puridad, parecería asistirle razón a LINARES cuando siguiendo a YMAZ sostiene "que la cosa juzgada no puede definirse sobre el género próximo *inmutabilidad de una norma* sino sobre la base de *prohibición normativo-axiológica* de la derogación de las

23. COUTURE, E.J. Fundamentos ... pp.411 y 412.

24. SAYAGUES LASO, E., ob. cit. loc. cit., p. 487.

25. PRAT, J.A. Derecho Administrativo. Acali Editorial. Montevideo, 1978. T.3, V. 2, pp.148 y 149.

26. CASSAGNE, J.C., ob.cit., T. II, p. 335; DROMI, J.R., ob. cit., pp. 211 y ss.

27. ZUANICH, A.R. Ob. cit. p. 90; CASSAGNE, J.C. Ob. cit. T.II, p. 335; DROMI, J.R. ob. cit. pp. 211 y ss.



normas jurídicas por otras reflexivas. Es decir, como una cuestión de legitimidad y hermenéutica en materia de competencia." ²⁸

Es que en realidad, no es que el acto sea inmutable; lo que ocurre es que su mutación resulta ilegítima.

De todas maneras, con esta precisión, continuaremos refiriéndonos a la inmutabilidad por ser la terminología más usada.

2. Eso nos lleva a distinguir los conceptos de definitividad, firmeza y estabilidad.

3. En nuestro Derecho la definitividad se relaciona con el necesario agotamiento de la vía administrativa a fin de deducir la acción de nulidad.

El artículo 309 de la Constitución asigna competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer de las demandas de nulidad de *actos administrativos definitivos*. Y es el artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, el que define el acto definitivo.

Dicho artículo dice así: "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 recaída sobre él o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquel presupuesto."

"Dichos actos constituyen la última expresión de voluntad del órgano del Estado, Ente Autónomo, Servicio Descentralizado o Administración Municipal, manifestada en función administrativa y deben producir efectos jurídicos, esto es creadores de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad."

"A los mismos efectos se consideran comprendidos entre los actos administrativos definitivos procesables, aquellos que hacen imposible o suspenden en forma indefinida la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente, el fondo del asunto."

28. LINARES, J.F. Ob. cit. p.347.

Dejando de lado la especial situación prevista en el inciso tercero de este artículo 24 transcrito, sintéticamente podemos decir que acto administrativo definitivo es aquel respecto del cual se agotó debidamente la vía administrativa.

Como se advertirá, nada tiene que ver esto con la cosa juzgada ya que la definitividad por sí sola no impide a la Administración revocar el acto si lo desea.

4. La firmeza es cosa distinta de la definitividad.

CASSINELLI MUÑOZ ha indicado "que un acto es firme respecto a una persona, cuando ésta no tiene derecho a que se decida sobre ninguna impugnación suya del acto, actual o futura, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. La firmeza no es otra cosa que la ausencia de un derecho a la decisión." ²⁹

Nosotros pensamos que más que la ausencia de un derecho a la decisión, es una ausencia a un derecho a la revocación del acto. En efecto, si el titular de un interés legítimo (conforme al artículo 318 de la Constitución) o el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo (conforme al artículo 8 de la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987), solicita la revocación, la Administración tiene la obligación de decidir, pero esa decisión puede no implicar la revocación del acto. ³⁰

La firmeza se adquiere: "a) si no se recurre en tiempo contra un acto originario; b) si no se acciona en tiempo contra un acto definitivo; c) si pasa en autoridad de cosa juzgada una sentencia contencioso -administrativa que confirma el acto impugnado." ³¹

La firmeza "es una calidad del acto que puede invocarse solamente por la Administración y nunca por el interesado en los efectos del acto.

29. CASSINELLI MUÑOZ, H. Recurso erróneo contra un acto administrativo firme. En la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevideo, año 1957, T. 55, p. 36.

30. DURAN MARTINEZ, A. Revocación del acto administrativo. En Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. T. IV, octubre- noviembre 1987, N° 21, p. 168.

31. CASSINELLI MUÑOZ, H. Ob. cit., loc. cit. p. 36.



La construcción jurídica del concepto de firmeza satisface el valor de la eficiencia de la actividad administrativa, en cuanto permite al administrador no tomar en cuenta los vicios de un acto anterior y apoyarse en él para continuar administrando los intereses que se le han cometido."³²

Pero la firmeza no impide a la Administración revisar sus actos si las condiciones de fondo lo permiten.

Por lo visto, el acto firme tiene una de las características que según COUTURE tiene la cosa juzgada: la inimpugnabilidad. Pero carece de la inmutabilidad.

La firmeza por sí sola no impide la revocación del acto. La firmeza no es cosa juzgada. No es cosa juzgada administrativa ni por supuesto cosa juzgada judicial.

5. La estabilidad es diferente de la firmeza y de la definitividad y no deriva de ninguna de ellas sino de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Tan es así que, la falta de firmeza o de definitividad no habilitan a la Administración a revocar el acto si las circunstancias de fondo no lo permiten; y a la inversa la firmeza o la definitividad, no impiden a la Administración a revocar el acto si éste no es estable.³³

En suma, la estabilidad es la restricción a la revocabilidad del acto y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos.³⁴

Aquí sí estamos ante la inmutabilidad. Aquí aparece la llamada cosa juzgada administrativa³⁵.

32. CASSINELLI MUÑOZ, H. Ob. cit., loc. cit. p. 36.

33. CASSINELLI MUÑOZ, H. Ob. cit., loc. cit. p. 37; 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, en La Revista de D. J. y A. 1974, T.74, N° 1 al 10, p. 11; CAJARVILLE PELUFFO, J.P. Recursos administrativos. En Procedimiento Administrativo, PRAT, J.A. y otros, Acali Editorial, Montevideo, 1977, p.100.

34. DURAN MARTINEZ, A. Revocación... loc. cit., p. 166.

35. No consideraremos la coercibilidad, la otra característica de la cosa juzgada según COUTURE, porque no existe en todos los actos administrativos aunque fueren firmes y estables.

V

1. Aunque mucho se ha discutido acerca del fundamento de la cosa juzgada, nos parece claro que éste no es otro que el de la seguridad jurídica.³⁶

"Haya paz en el mundo, término de alguna manera el proceso, ese es el significado de la fundamentación de la Cosa Juzgada." ³⁷

Esta fuerza de la cosa juzgada existe aun cuando el Juez se haya equivocado y la sentencia haya sido injusta o contraria a Derecho. Por eso no es correcto afirmar que existe aquí una presunción de verdad. Esto se explica porque la seguridad jurídica exige que alguna vez termine la discusión. Solo así se puede cimentar un ordenamiento jurídico.

Por eso es que no podemos compartir la afirmación de COUTURE en el sentido de que la cosa juzgada es "una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica."³⁸

La seguridad jurídica deriva a nuestro juicio a la vez de la naturaleza de ser sustancial y racional del hombre. Es pues de raíz natural. Pero además, en el Derecho Constitucional uruguayo, por derivar de la esencia misma del hombre, está comprendida en el artículo 72 de la Constitución.³⁹

Eso hace que en nuestro Derecho Positivo la seguridad jurídica sea un principio general de Derecho de máximo valor formal. Y de allí radica el fundamento de la cosa juzgada. Tiene pues un fundamento jurídico y no meramente político o práctico.

COUTURE señalaba que "una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del

36. GONZALEZ PEREZ, J. Ob. cit. p. 383. BARRIOS DE ANGELIS, D. Ob. cit.

37. BARRIOS DE ANGELIS, D. Ob. cit.

38. COUTURE, E. J. Fundamentos... p. 407.

39. El artículo 72 de la Constitución uruguaya establece: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no incluye las otras que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".



orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuidos." ⁴⁰

No hay tal paradoja. Si el fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica, es lógico que los beneficiados por ella, puedan si lo desean disponer de otra manera.⁴¹ Esto confirma que el fundamento de la cosa juzgada es jurídico y no meramente político o práctico.

2. Y ese fundamento de la cosa juzgada judicial es el mismo de la llamada cosa juzgada administrativa o como se dice en nuestro medio, de la estabilidad del acto administrativo.

3. Si la denominada cosa juzgada administrativa o estabilidad consiste en la inmutabilidad del acto administrativo, con la precisión que ya hemos hecho; si ésta depende de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos; si al igual que la cosa juzgada judicial su fundamento es la seguridad jurídica, ella existe aún en el caso de un acto administrativo ilegítimo. Sería una inconsistencia lógica admitir la cosa juzgada judicial pese a la ilegitimidad de la sentencia y negarla ante un acto administrativo ilegítimo.

Las mismas razones existentes para predicar la inmutabilidad de una sentencia injusta, existen para predicar la inmutabilidad de un acto administrativo creador de derechos aunque este sea ilegítimo.

4. Somos conscientes de que es muy fuerte la corriente doctrinaria que no admite derechos adquiridos ante la ilegitimidad y por ende niega en estos casos la estabilidad del acto administrativo o la denominada cosa juzgada administrativa.

MERKL decía: "el efecto de cosa juzgada lo posee *a priori* el acto correcto y no el defectuoso." ⁴²

40. COUTURE, E. J. Fundamentos... p. 402.

41. Esto naturalmente si el juicio es entre particulares. Si una de las partes es la Administración ello dependerá además de si lo permite el interés público, pues éste está comprometido y no solamente los intereses particulares.

42. MERKL, A. Ob. cit., p. 277.

Entre nosotros REAL, haciendo hincapié en el principio de la legalidad, sostuvo que la Administración debe revocar los actos administrativos ilegítimos aun sin recurso⁴³ y que esta revocación es con efectos retroactivos, con lo que obviamente rechaza la estabilidad en estos casos.⁴⁴

Esta ha sido por otra parte la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia.⁴⁵

5. Nosotros en cambio nos encontramos en la línea de:

a) la jurisprudencia francesa iniciada con el conocido fallo Dame CACHET del Consejo de Estado, de 3 de noviembre de 1922, pronto seguido por los fallos VALLOIS, GROS DE BELER y Dame INGLIS⁴⁶ que ha provocado elogios de calificados autores como HAURIUO⁴⁷, LONG, WEIL, BRAIBANT⁴⁸ y AUVRET⁴⁹, que ha sido parcialmente

43. REAL, A.R. Nuevos estudios de Derecho Administrativo. Acali-Editorial. Montevideo, pp. 84 y ss.

44. REAL, A.R. Extinción del acto administrativo creador de derechos, en "Estudios sobre Derecho Administrativo". F.C.U. Montevideo. 1967. T. II., p. 46.

45. Ver por ejemplo sentencia N° 270 de 29 de agosto de 1988 publicada en Anales del Foro 1988, N° 88-89, p. 45 y ss.

46. HAURIUO, M. La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929. Librairie du Recueil SIREY. Paris. 1929. T. II., pp. 100 y ss.

47. HAURIUO comentando el fallo Dame CACHET ante la eventualidad de una revocación o anulación de oficio de un acto creador de derechos decía: "¡cuántos peligros para la seguridad de las relaciones sociales implican esas posibilidades indefinidas de anulación y, por otra parte, que incoherencia en una construcción jurídica que no admite a los interesados los recursos contenciosos de anulación sino durante un breve plazo de dos meses y que dejaría a la Administración la posibilidad de anular de oficio la misma decisión sin imponerle ningún plazo!" HAURIUO, M. Ob. cit. loc. cit., p. 105.

48. Estos expresaron: "por un lado, parece deseable que los actos ilegales puedan ser libremente anulados por la Administración cuando ésta percibe la ilegalidad cometida; por otra parte, la seguridad jurídica sería comprometida si derechos adquiridos aún irregularmente, por los particulares, pudieran en cualquier momento ser cuestionados por la Administración". LONG, M., WEIL, P. et BRAIBANT, G. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. SIREY. Paris. 1969. p. 168.

49. Este consideró que el Consejo de Estado había encontrado una solución armoniosa. AUVRET, P. La notion de droit acquis en Droit administratif français. En Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger", 1985. N° 1, p.55.



regulada normativamente por el Decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983 ⁵⁰;

- b) la jurisprudencia argentina iniciada con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en el conocido caso CARMAN DE CANTON en 1936⁵¹ que pasó a ser regulada normativamente por el Decreto-Ley N° 19.549/72, modificado por el Decreto-Ley N° 21.686/77 por sus artículos 17 y 18⁵²;
- c) el Derecho Positivo español, que tantas trabas pone a la revocación de un acto administrativo de existir derechos adquiridos⁵³.

Nos parecen compartibles estos lineamientos basados en el principio de seguridad jurídica que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y que tiene máximo valor formal en nuestro Derecho Positivo.⁵⁴ Como bien lo ha expresado BRITO, "la cuestión no se resuelve oponiendo

50. BAILLY, M. L' acte réglementaire illegal et le décret du 28 novembre 1983, en Revue du Droit Public ... 1985, N° 6, pp. 1513 y ss. ; DURAN MARTINEZ, A. Del fallo Dame Cachet al Decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. T. III, abril-mayo 1987, N° 18, pp. 377 y ss.

51. COMADIRA, J. R. Ob. cit., pp. 83 y ss.; LINARES, J.F. Ob. cit., pp. 349 y ss.

52. "Revocación del acto nulo. Artículo 17. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y con sentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante la declaración judicial de nulidad."

"Revocación del acto regular. 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".

53. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1983, T.I., pp. 602 y ss.

54. DURAN MARTINEZ, A. Desaplicación del reglamento ilegal. En Actividad Reglamentaria de la Administración. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo y otros. F.C.U. Montevideo. 1989, p.76.

sin más seguridad jurídica vs. legitimidad porque *¿no se compromete acaso, la legitimidad cuando se quebranta la seguridad?*"⁵⁵

6. Lo expuesto resulta particularmente claro en el Derecho Positivo uruguayo, además de por lo ya expuesto, por el sistema constitucional de recursos administrativos y de acción de nulidad existente. 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.⁵⁶

Hace diez años exactamente expresamos: "Es cierto que el principio de legalidad impone a la Administración actuar conforme a Derecho. Pero como ya lo señalamos, ese es un principio instrumental que no vela por la legalidad en sí misma, sino que apunta al resguardo de la persona humana. Precisamente, para el caso de su violación, nuestro Derecho positivo reguló minuciosamente el régimen de acción de nulidad y de recursos administrativos, instrumentos tutelares de los derechos subjetivos e intereses legítimos, con plazos perentorios."⁵⁷

Pero si el acto administrativo ha adquirido firmeza, para su revocación no basta alegar la ilegitimidad del acto sino que deberán existir otras razones de interés público que la impongan⁵⁸ y por supuesto ello será posible si no existen derechos adquiridos.⁵⁹

Justamente en esto consiste la "cosa juzgada administrativa" o la estabilidad del acto: en la restricción a su revocabilidad, o dicho de otro modo en su inmutabilidad, sin que interese si el acto sea ilegítimo o no.

55. BRITO, M.R. Los derechos adquiridos en le reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. En Anales del Foro ... p. 55

56. CASSINELLI MUÑOZ, H. Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayo. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo. Año X. Nºs 1-2, p. 334; CAJARVILLE PELUFFO, J. P. Invalidez de los actos administrativos en la Ley Nº 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho. Editorial Universidad. Montevideo, p. 11; DURAN MARTINEZ, A. Revocación ... p. 174

57. DURAN MARTINEZ, A. Revocación... p. 174.

58. CAJARVILLE PELUFFO, J.P. Invalidez... p. 11.

59. DURAN MARTINEZ, A. Revocación... p.175.



7. Y cuando nos referimos a la ilegalidad lo hacemos sin importar la gravedad del vicio. A nuestro juicio en el Derecho Positivo uruguayo no procede la tan conocida distinción doctrinaria entre nulidad relativa o absoluta. En efecto, si el vicio es de esos que por su escasa entidad no implican nulidad no será anulable por lo que no interesa siquiera si es ilegítimo. Y si el vicio es de los que puede traer aparejada su anulación, ésta se operará sólo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo si se acciona en tiempo y forma o puede ser objeto de revocación o anulación, en su caso, si se recurre en tiempo y forma, en el ámbito y en el sentido del recurso; de lo contrario no habría anulación ni revocación y todo lo dicho hasta ahora resulta aplicable.

8. Por supuesto que si estamos ante lo que se denomina un acto inexistente no puede haber cosa juzgada administrativa o estabilidad pues estamos ante un no acto.

Por eso resulta importante distinguir entre inexistencia e ilegitimidad.

Aunque en la realidad puedan existir situaciones en que la distinción sea dificultosa, para nosotros conceptualmente la distinción es clara. Un acto es perfecto cuando reúne todos sus presupuestos y elementos constitutivos: si falta alguno de ellos no hay acto, hay inexistencia. Si un acto reúne todos sus presupuestos y elementos constitutivos pero alguno de ellos no se ajusta a Derecho, será perfecto, existe, pero es ilegítimo.

9. Reiteramos, ante inexistencia del acto no puede existir cosa juzgada administrativa o estabilidad; ante una ilegitimidad -cualquiera sea su entidad- sí.

10. No obstante, cabría una precisión más. Cierta jurisprudencia descarta la estabilidad del acto ilegítimo cuando existen maniobras fraudulentas o dolo del beneficiario.⁶⁰

Esto parece lógico, pues si el fundamento de la estabilidad es la seguridad jurídica, no parece razonable que se beneficie de ella el que con dolo o maniobras fraudulentas obtuvo en su favor un acto ilegítimo.

60. Fallo del Consejo de Estado francés de 17 de junio de 1995. Ver LONG, M. WEIL, P. et BRAIBANT, G. ob. cit., pp. 169 y ss.

Claro está que esto también requiere una nueva precisión. Esos derechos adquiridos con ilegitimidad pueden consolidarse por prescripción conforme al Derecho común. Existiendo prescripción pues, el acto es estable aunque haya existido dolo o maniobras fraudulentas, como ha dicho esa jurisprudencia. No debe olvidarse que en definitiva el fundamento de la prescripción es el mismo que el de la cosa juzgada.

VI

1. Lo que hemos señalado en cuanto a la estabilidad es con relación a los actos administrativos firmes.

Todos los actos administrativos firmes creadores de derechos son estables sean o no legítimos (sin perjuicio de la precisión efectuada con relación al acto obtenido con dolo o maniobras fraudulentas).

2. Pero, ¿qué ocurre en caso de existir recursos administrativos?

Por supuesto que las partes no recurridas creadoras de derechos son también estables, pues al no ser recurridas gozan de firmeza administrativa.

3. ¿Qué sucede con el acto recurrido en su totalidad o con la parte recurrida en caso de recurso parcial?

En general se dice que los recursos levantan las restricciones a la estabilidad del acto; de lo contrario no tendrían sentido los recursos. Dicho de otra manera, si el acto no es firme -se dice- no puede ser estable.

4. A nuestro juicio esta afirmación debe tomarse con mucha cautela.

Por lo pronto debemos distinguir las causales de los recursos ya que según sean ellas las respuestas pueden ser diferentes.

5. Si los recursos son fundados en razones de legitimidad la afirmación aludida es correcta.



Como los recursos tienen un marcado acento subjetivo, pues responden primordialmente a los derechos e intereses de los administrados⁶¹, ante una situación de ilegitimidad la Administración no tiene opción, debe revocar.

No solamente no hay aquí cosa juzgada administrativa, sino que la Administración carece de discrecionalidad. La revocación en la especie constituye un acto debido, y tratándose de un vicio "*ab initio*" los efectos de la revocación deben retrotraerse a la fecha del acto impugnado.

6. En cambio, cuando los recursos están motivados por razones de mérito, la situación, por lo menos a la luz de nuestro Derecho, parece diferente.

Si el acto es creador de derechos es estable aunque no sea firme. El recurso en este caso no levanta las restricciones a la revocabilidad del acto. Carece así la Administración de discrecionalidad. La situación de fondo limita los poderes de la Administración; ésta no puede revocar. La cosa juzgada administrativa se impone.

Tan es así que:

- a)** si se produce el agotamiento de la vía administrativa con el rechazo expreso o ficto de los recursos, el recurrente no podrá accionar de nulidad pues esta acción solo procede por razones de legitimidad (art. 309 de la Constitución);
- b)** si por el contrario los recursos son acogidos y el acto creador de derechos es revocado o modificado, el tercero agraviado por el acto que puso fin a la vía administrativa podrá (más bien deberá si desea obtener la anulación) acudir directamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 36 del Decreto-Ley N° 15.424, de 9 de enero de 1984) a fin de obtener la anulación del acto revocatorio en virtud de su ilegitimidad al desconocer la estabilidad del acto impugnado.

61. MENDEZ, A. La descentralización. Concepto y caracteres, en "Estudios de Derecho Administrativo", Universidad de la República, Montevideo. 1979. T. I, pp. 263 y 264.

7. De lo expuesto se desprende que son estables todos los actos administrativos creadores de derechos:

- a) que sean firmes; o
- b) que sin ser firmes, hayan sido recurridos sólo por razones de mérito.⁶²

VII

1. Habíamos visto que en general la doctrina al referirse a la cosa juzgada judicial distinguía entre cosa juzgada sustancial y formal.

Esa distinción en definitiva se efectuaba en función del juicio ordinario y los extraordinarios.

2. Como esa diferenciación de los procesos no es trasladable al procedimiento administrativo, sin perjuicio de que exista un procedimiento común y varios especiales -pero esto con una connotación muy diversa- tampoco es trasladable aquella clasificación de la cosa juzgada al ámbito administrativo.

No hablamos así de cosa juzgada administrativa sustancial y formal o de estabilidad sustancial y formal: sino simplemente de cosa juzgada administrativa o estabilidad.

VIII

1. Ahora bien. En nuestro Derecho Positivo el art. 120 del Decreto N°500/991, de 27 de setiembre de 1991 luego de definir al acto administrativo como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos" efectúa una clasificación de ellos según sus efectos.

62. Por supuesto que si se recurrió por razones de mérito pero existen razones de legitimidad, es como si se hubiese recurrido por razones de legitimidad. Esto no es otra cosa que un lógico traslado del principio procesal de IURA NOVIT CURIA y una aplicación del principio de verdad material que rige en el procedimiento administrativo.



2. Así continúa: "Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo."

"Llámase Resolución, a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo."

"Llámase Disposición General, a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo."

"Llámase Reglamento Singular, a las normas particulares y abstractas creadas por acto administrativo."

3. Este Decreto entonces, combinando los conceptos "general", "particular", "abstracto" y "concreto" distingue cuatro especies de actos administrativos.

¿En todos ellos se da la cosa juzgada administrativa?

4. Si partimos del DIKAION de los griegos, del JUS de los romanos, de LO JUSTO de ARISTOTELES,⁶³ advertimos que los actos jurídicos unilaterales estatales que tienen por finalidad decir lo justo y ordenar que esto sea cumplido, son los actos administrativos en sentido estricto (es decir, los particulares y concretos) y los actos jurisdiccionales.⁶⁴

Sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre el acto administrativo y el jurisdiccional, hay aquí un aspecto en común. Aquí está el "parentesco" que indicaba MERKL aunque éste lo desdeñe.⁶⁵

Son estos actos los creadores propiamente de los "derechos adquiridos"⁶⁶ y los que por tanto exigen la inmutabilidad.

63. ARISTOTELES. *Moral a Nicómaco*. Espasa -Calpe S.A. Madrid. 1972; VILLEY, M. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Gheri Editores, Buenos Aires, 1978, pp. 168 y 169, y en *El Derecho, perspectiva griega, judía y cristiana*. Gheri Editores, Buenos Aires, 1978, pp. 64, 94 y 102; DURAN MARTINEZ, A. La prueba en el procedimiento administrativo, en *La Justicia Uruguaya*. T. 89. Año 1984. S.D. p. 71.

64. DURAN MARTINEZ, A. La prueba... loc. cit., p. 72.

65. MERKL, A. Ob. cit., p. 265.

66. DURAN MARTINEZ, A. *Desaplicación*... p. 75; AUVRET, P. La notion ... p. 68; SOTO KLOSS, E. Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria). En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago. 1984. T. 81. Primera parte. Sección Derecho, p. 21.

La estabilidad o cosa juzgada administrativa, aparece entonces en los actos subjetivos y concretos.

5. ¿Podrá existir estabilidad en los reglamentos?

En opinión de MERKL parecería que sí, en virtud del fundamento que él le asigna -con lo que discrepamos- a la cosa juzgada administrativa.⁶⁷

No obstante, advertimos que por su esencia el reglamento pertenece al Derecho Objetivo.

Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un reglamento, dice la jurisprudencia francesa⁶⁸; el ordenamiento jurídico general debe poder evolucionar, opina AUVRET⁶⁹; *"porque ninguna cosa non puede ser en este mundo fecha que algunt emendamiento non haya de haber"*, arguye ALFONSO EL SABIO en sus Partidas⁷⁰.

Santo TOMAS DE AQUINO, luego de decir que "la ley humana es un dictado de la razón que guía los actos humanos" deducía que la ley puede cambiarse justamente por dos causas: "de parte de la razón, porque es natural que pueda ésta llegar paulatinamente de lo imperfecto a lo perfecto" ... y de parte de los hombres cuya conducta regula dicha ley al mudarse las condiciones de éstos⁷¹. Pero luego aclaraba "... La ley humana puede cambiarse rectamente en cuanto dicho cambio sea necesario para la mayor utilidad del pueblo. Mas la misma mutación de la ley, por sí misma, engendra ya un cierto detrimento al bien común; porque mucho cuenta la costumbre para la observancia de la ley... Por lo mismo, cuando cambia una ley, disminuye su fuerza coactiva, favorecida por la costumbre. Por tanto nunca ha de cambiarse una ley, a menos que los inconvenientes del cambio compensen"⁷².

67. MERKL, A. Ob. cit., pp.268 y ss.

68. LONG, M. WEIL, P. BRAIBANT, G. Les grands ... p.169.

69. AUVRET, P. Ob. cit. loc. cit., p.59.

70. Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Paris. Librería de Rosa y Bouret. 1861. T. I., p. 15.

71. TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica. Tratado de la ley. Capítulo VIII (I, II, cuestión 97, artículo 1). En Tratado de la Ley- Tratado de la Justicia- Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes. Editorial Porrúa S.A. México. 1975, p.47.

72. TOMAS DE AQUINO, Ob. cit. loc. cit., p. 48.



De lo expuesto se deduce que las restricciones a la modificación de los actos jurídicos objetivos obedecen a razones muy distintas al principio de la seguridad jurídica.

Los reglamentos pues (normas generales y abstractas) no son pues estables.⁷³

6. Hemos dicho hasta ahora que los actos particulares y concretos pueden ser estables y los generales y abstractos no lo son. ¿Qué ocurre con los otros dos tipos de actos administrativos indicados?

Como en definitiva, según hemos visto, los derechos son propiamente adquiridos cuando ingresan al patrimonio de un sujeto y esto ocurre en virtud de un acto subjetivo (o al ocurrir el supuesto de hecho previsto en una norma general, pero en este caso esto no deriva directamente de la norma general sino de esa situación de hecho)⁷⁴ se advierte que no interesa si ese acto subjetivo sea concreto o abstracto.

De ello concluimos que cuando el acto es particular y abstracto existe estabilidad en los mismos términos que indicamos al referirnos al acto particular y concreto. En cambio, cuando el acto es general y concreto no hay cosa juzgada administrativa; desde este punto de vista la situación es análoga a la de los reglamentos, aunque la condición de "concreto" puede plantear otros problemas respecto a la revocación que por ser ajenos al tema no son ahora del caso analizar.

73. Otro problema es por supuesto el de los actos subjetivos de ejecución dictados en amparo del reglamento o el de los derechos adquiridos surgidos al verificarse el supuesto de hecho previsto en la norma general. Nos remitimos al respecto a: a) DURAN MARTINEZ, A. Desaplicación... p.74 y sigs.; b) DURAN MARTINEZ, A. Impugnación de reglamentos, en Revista Uruguaya de D. C. y Pol. T. V. diciembre 1988- enero 1989. N° 28, pp. 325 y ss.; c) y artículo 166 del Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991 (proveniente directamente de nuestra pluma) en cuanto dice: "La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general, implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (*ex tunc*), sin perjuicio de que subsistan:

- a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y,
- b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho recurrente..."-.

74. DURAN MARTINEZ, A. Desaplicación..., p. 75.

IX

1. De acuerdo a lo visto, la cosa juzgada se predica propiamente del acto jurisdiccional. Solo por extensión pasó al acto administrativo.

2. En el pasaje al ámbito administrativo, la cosa juzgada perdió varios de los atributos de la cosa juzgada propiamente dicha. Básicamente conservó la inmutabilidad.

3. En el Uruguay no se emplea la expresión "cosa juzgada administrativa"; se emplea en cambio en su lugar mayoritariamente el término estabilidad.

Para nosotros, cosa juzgada administrativa y estabilidad son sinónimos.

4. El fundamento de la estabilidad es la seguridad jurídica.

5. Podemos definir la cosa juzgada administrativa o estabilidad, como el obstáculo a la extinción o modificación de un acto administrativo o de sus efectos.

6. Un acto administrativo adquiere estabilidad cuando:

- a) es de efectos subjetivos (sin importar si es concreto o abstracto, legítimo o ilegítimo);
- b) es creador de derechos; y
- c) haya adquirido firmeza administrativa, o sin ser firme, haya sido recurrido sólo por razones de mérito.

LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA EN LA
JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de Derecho Administrativo en
la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

Deseo agradecerle una vez más a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), por la gentil invitación que me han extendido para que participe, por tercer año consecutivo, en estas prestigiosas jornadas internacionales, que se celebran en la ciudad de Caracas en homenaje al profesor Brewer-Carías.

Me corresponde el día de hoy, junto con Gustavo Urdaneta Troconis, Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, comentar la ponencia presentada por Augusto Durán Martínez, Profesor de la Universidad Católica del Uruguay. Para cumplir el encargo que nos ha sido asignado, estimo conveniente destacar, de manera previa, las que a mi modesto parecer constituyen las ideas centrales o fundamentales de la ponencia presentada por el Profesor Durán Martínez, para quien la cosa juzgada administrativa, a la cual se alude en el Uruguay con la voz *estabilidad* encuentra su raíz en el principio o canon fundamental de la *seguridad jurídica*, al cual el Profesor le reconoce rango o *jerarquía constitucional* a partir de una disposición sustancialmente idéntica al Artículo 50 de la Constitución de la República de Venezuela. Destaca también el Profesor Durán Martínez que la *estabilidad* constituye un obstáculo a la revisión de un acto administrativo previo (en realidad, a la modificación o extinción de sus efectos), y que para que pueda hablarse de cosa juzgada administrativa resulta necesario que concurren tres requisitos, que podríamos compendiar en los siguientes términos: a) Debe existir un *acto de efectos subjetivos*; b) Ese acto administrativo sea un acto *creador de derechos*;

y, c) El acto de efectos subjetivos sea *firme* o que, aun sin haber adquirido firmeza, haya sido recurrido sobre la base, única y exclusivamente, de razones de oportunidad y conveniencia. Finalmente, estimo que debe destacarse que el Profesor Durán Martínez, luego de invocar al Maestro Coutouer, para quien la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se caracteriza por ser inimpugnable e inmutable y, además, por poder ser ejecutada incluso en contra de la voluntad del particular, concluye que el acto administrativo estable sólo reúne uno de esos tres caracteres, a saber, la inmutabilidad de las situaciones jurídicos-subjetivas creadas en virtud del acto estatal.

Dicho cuanto antecede, conviene resaltar que la polémica en torno la *inmutabilidad* de los actos administrativos *-rectius*, en torno a la *intangibilidad* de las situaciones jurídico-subjetivas creadas en virtud de una decisión unilateral de la Administración- no es nueva. Para constatarlo basta releer a Mayer, quien enseñaba que la "... autoridad de la cosa juzgada... no se halla en ningún acto administrativo..."; que aun cuando "es verdad que también se usan los términos autoridad de cosa juzgada para expresar que un acto de autoridad ha entrado en vigor para producir su efecto; o que se ha vuelto ejecutorio; o que no existe ningún medio de derecho para atacarlo", y que "todo esto se hallará, naturalmente, también en los simples actos administrativos", debe concluirse que "... la fuerza de la cosa juzgada propia de las sentencias de los tribunales ordinarios es una cualidad especial de estos actos que proviene del procedimiento del cual ellos son el producto"¹.

1. MAYER, Otto; Derecho Administrativo Alemán; Tomo I; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1.982; página 232. Para Mayer, la nota que distingue el procedimiento que precede al acto judicial dotado de la fuerza de la cosa juzgada es su *carácter contradictorio*. Ahora bien, teniendo presente que en la actualidad se observa la tendencia -siempre creciente- a dotar el procedimiento administrativo de mayores garantías, asegurando así un *contradictorio* entre las partes interesadas y, además, la adecuada ponderación de los distintos intereses públicos y privados en juego, un importante sector de la doctrina comparada afirma que el procedimiento que se desenvuelve o desarrolla ante la Administración Pública es un verdadero *proceso*. En propósito, cabe citar a Fazzalari, para quien *el proceso es "... un procedimiento en el cual, además del actor del acto final, participan, en contradictorio entre ellos, los interesados, es decir, los destinatarios de los efectos de dicho acto"* (FAZZALARI, Elio; *Istituzioni di Diritto Processuale*; IV Edizione; Cedam; Padova; 1.986; páginas 6 y siguientes). En síntesis, para Fazzalari existirá proceso cuando los trámites previos a la emanación del acto final, que se desarrollan ante la Administración Pública, requieren o suponen un *contradictorio* entre los interesados. A la luz de esas aseveraciones, cuál es entonces la razón de peso que



Por el contrario, para Merkl, "si la administración es ejecución de la ley, lo mismo que la justicia, sus actos deberán correr la misma suerte en lo que respecta al efecto de la cosa juzgada, que las sentencias"². Esa postura es compartida en América Latina, entre otros, por Linares, quien observaba que "la función administrativa al igual que la jurisdiccional es individualización y concreción de normas generales" y, más aún, que "... esa individualización que integra la función administrativa no se diferencia *en nada*, salvo en lo que respecta al tipo de órgano que la realiza y los procedimientos, de la función jurisdiccional..."³.

Veamos a continuación, con las limitaciones de tiempo que nos impone la apretada agenda de estas Jornadas, cuál es la solución que, a nuestro modesto parecer, debe dársele al problema de acuerdo a la legislación venezolana en vigor. A tales efectos, conviene desde ya tener siempre presente la disposición contenida en el Artículo 19, ordinal 2, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que reza textualmente así:

"Artículo 19. Los actos de la Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. *Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley;*
3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución; y,

impide concluir que el acto administrativo (*firme*) que dirime una controversia entre partes (*exempli gratia*, la fijación, en el marco de un *procedimiento administrativo constitutivo*, del canon máximo de alquiler, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Regulación de Alquileres, o la decisión por la Administración electoral, en el marco de un *procedimiento administrativo de segundo grado*, de un recurso administrativo de análisis intentado con fundamento en el Artículo 208 de la Ley Orgánica del Sufragio), se halla dotado de la fuerza y autoridad de la cosa juzgada? He aquí tema para la reflexión.

2. MERKL, Teoría General del Derecho Administrativo; citado por LINARES, Juan Francisco; Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación; Editorial Guillermo Kraft Ltda.; Buenos Aires, Argentina; 1.946; página 49.
3. LINARES, Juan Francisco; Op. Cit.; página 19.

4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido"⁴.

II. LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA COMO GARANTÍA DE RANGO CONSTITUCIONAL

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia del 2 de Septiembre de 1.994, estableció que "... los conceptos de cosa juzgada y cosa decidida administrativa no pueden ser empleados como sinónimos... ", y para subrayar la diferencias existentes entre ambas instituciones destacó que mientras la cosa juzgada judicial "... encuentra su fundamento en el ordinal 8 del artículo 60 de la Constitución, norma ésta que consagra un principio general del derecho aplicable a las sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales... la (cosa juzgada administrativa)... tiene un fundamento de rango legal"⁵. En el fallo judicial citado, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, luego de observar que "... la estabilidad y firmeza de los actos administrativos no implica que éstos se encuentren amparados por la cosa juzgada administrativa, expresión que ha sido utilizada para denominar la definitividad y firmeza de los actos administrativos", agrega que "... los actos administrativos que han adquirido *firmeza* y que son *creadores*

-
4. La expresión actos de la Administración, empleada por el Legislador venezolano en el Artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 2.818 Extraordinario, de fecha 1 de Julio de 1.981, debe ser interpretada a la luz de la previsión contenida en el Artículo 7 *eiusdem*, conforme al cual "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". Así mismo, conviene subrayar que la previsión contenida en el Artículo 19 (ordinal 2) de la Ley de Procedimientos Administrativos debe ser adminiculada con aquella contenida en el el Artículo 82 *eiusdem*, conforme al cual "*los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el superior jerárquico*" (Título IV, De la Revisión de los Actos Administrativos, Capítulo I, De la Revisión de Oficio).
 5. Caso Administradora Granja Rancho La California, C.A.. Consúltase en Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Ediciones Pierre Tapia; Tomo 2; Caracas; 1.994; página 98.



de derechos particulares, se encuentran revestidos de la cosa decidida administrativa, expresión postulada por Georges Vedel y aceptada en nuestra doctrina por Araujo Juárez... siempre que dichos actos no sea absolutamente nulos o que no exista una autorización expresa en la ley que habilite su revocación". Como se observa, al margen de la nomenclatura (cosa decidida en lugar de cosa juzgada), interesa aquí subrayar que para la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por contraposición a la institución de la cosa juzgada (judicial), que tiene *rango constitucional*⁶, la cosa decidida (administrativa) tiene *raíz legal*⁷ y que, por consiguiente, el *recurso de amparo constitucional* no puede ser empleado para exigir el respeto de los derechos subjetivos reconocidos o creados por un acto administrativo firme⁸.

No obstante, a nuestro modesto entender, existen razones, serias y atendibles, que justifican la revisión del criterio jurisprudencial reseñado con el párrafo precedente. La revisión que postulamos debería hacerse sobre la base de las normas y principios constitucionales que nos permitimos indicar de seguida:

1. La *garantía de irretroactividad* de las leyes se encuentra prevista en el Artículo 44 de la Constitución, con arreglo al cual "ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena". A la luz de esa norma, la doctrina venezolana ha sostenido que la *garantía de irretroactividad*, establecida como *principio* "... además de en la Constitución, en el Código Civil, debe ser considerado como un *principio general y fundamental* de nuestro Derecho, *aplicable a todos los actos jurídicos...*" y, por ende, a los *actos administrativos* generales e individuales, porque comoquiera que el acto administrativo no puede disponer sino para el futuro, "... es inadmisble

6. Debe anotarse que el Artículo 60, ordinal 8°, de la Constitución de la República dispone que "la libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia... 8° Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente".

7. A saber, el Artículo 19, ordinal 2°, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

8. A tenor del Artículo 49 de la Constitución, el recurso de amparo tiene por *objeto* la protección, a través de procedimiento breve y sumario, de los *derechos y garantías constitucionales*.

que pueda reglar relaciones o situaciones jurídicas que se han sucedido en el pasado... ”⁹.

La tesis doctrinal reseñada *supra*, con arreglo a la cual los actos administrativos se hallan sometidos a la *garantía de irretroactividad*, ha sido contemplada, de manera expresa, por el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al establecer, por una parte, que "los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración podrán ser modificados, pero *la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores*, salvo que fuere más favorable a los administrados"; y por la otra, en términos por lo demás categóricos, que "... *la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes*". En idéntico sentido, debe tenerse presente la disposición contenida en el Artículo 159 del Código Orgánico Tributario¹⁰, que, reconociendo virtual o implícitamente la irretroactividad de los actos administrativos firmes creadores de derecho, establece que "no podrá imponerse sanción a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Tributaria, en consulta evacuada sobre el mismo tipo de asunto".

Ahora bien, si partimos de la premisa de que la *garantía de irretroactividad de los actos estatales tiene rango constitucional y*,

-
9. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph; Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana; Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela; Caracas; 1.964; páginas 138 y 139. Nótese que el Profesor Brewer-Carías sostuvo esta tesis *con anterioridad* a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -vale decir, *mucho antes* de la promulgación de la norma legal que, a juicio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, constituye el fundamento último de la cosa juzgada administrativa.

En sentido coincidente se manifiesta, entre otros, el profesor Penagos, quien luego de afirmar que "la doctrina y la jurisprudencia, en forma unánime han sostenido que el Acto administrativo, lo mismo que la ley, *rige para el futuro*", cita una decisión del Consejo de Estado Colombiano, de fecha 12 de Diciembre de 1.984, conforme a la cual "el principio universal de la irretroactividad de los actos jurídicos es uno de los pilares del Estado de Derecho ya que *las relaciones jurídicas requieren seguridad y estabilidad* sin las cuales surgirán el caos y la arbitrariedad, pues como dice Xholer Toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de relaciones y todo nuestro impulso para establecer el orden jurídico responde a la consideración de que nuestras relaciones jurídicas van a perdurar" (PENAGOS, Gustavo; El Acto Administrativo, Tomo II; Ediciones Librería del Profesional; Cuarta Edición; Bogotá, Colombia; 1.984; página 815).

10. El Código Orgánico Tributario en vigor apareció publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 4.727 Extraordinario, de fecha 27 de Mayo de 1.994.



además, reconocemos que el acto administrativo sobrevenido, que revoca un acto (previo) definitivo creador de derechos, no hace más que *desconocer situaciones jurídico-subjetivas consolidadas* (vale decir, *intangibles*), pareciera indiscutible que la finalidad de la cosa juzgada administrativa, entendida como institución que halla su fundamento en el mencionado principio de irretroactividad, no es otra que *salvaguardar* al particular de la superviniente expedición de actos administrativos, con *eficacia retroactiva*¹¹, que tengan por objeto la restricción o supresión de derechos o intereses previamente creados o reconocidos, con carácter definitivo, por la propia Administración. Consecuentemente, a nuestro juicio, debe entenderse que la cosa juzgada administrativa sí tiene *raíz constitucional*. Consecuentemente, a nuestro parecer, debe también entenderse que el recurso de amparo constitucional puede tener por objeto o propósito la defensa de la cosa juzgada administrativa y, en definitivas cuentas, de la *garantía de irretroactividad*.

2. Para un sector de la doctrina, los actos administrativos firmes o estables que hubiere creado derechos a favor de su destinatario, sólo pueden ser revocados *previa indemnización* al particular por los perjuicios que esa revocación le irroga.¹² El sacrificio que se deriva de

11. Al margen de la nomenclatura, la doctrina administrativa comparada entiende que cuando la Administración Pública revisa un acto administrativo previo y lo revoca por razones de *ilegalidad*, esa decisión revocatoria tiene *efectos ex-tunc* -vale decir, retroactivos, desde el principio o hacia el pasado- (VIRGA, Pietro; **Diritto Amministrativo**, Volume II -**Atti e Ricorsi**-; Giuffrè Editore; Milano; 1.987; página 128 y siguientes. Para Virga, cuando median razones de ilegalidad, debe hablarse de autoanulación). Por contraposición, la revocación o retiro de un acto, fundado en razones de *oportunidad y conveniencia*, tiene *efectos ex-nunc* -vale decir, hacia el futuro (VIRGA, Pietro; Op. Cit.; página 133. Cuando median razones de mérito, debe hablarse, según Virga, de revocación). Al margen, una vez más, de la nomenclatura, puede también citarse a Olguín Juárez, quien observa que mientras la revocación (vale decir, el retiro fundado en razones de mérito) tan solo produce efectos *ex-nunc*, la invalidación, vale decir, el "... retiro de los actos contrarios a derecho- tiene efectos que se proyectan generalmente hacia el pasado. Esto se explica por la naturaleza declarativa del acto de invalidación que se dirige en contra de un acto administrativo para declarar el vicio que lo invalida, destruyendo, en su caso, el acto mismo, e ignorando en lo posible las consecuencias producidas desde su emisión..." (OLGUÍN JUÁREZ, Hugo; Extinción de los Actos Administrativos. Revocación, Invalidación y Decaimiento; Editorial Jurídica de Chile; 1.961; páginas 213 y 214).

12. Entre otros, consúltese a DROMI, José Roberto; El Acto Administrativo; Instituto de Estudios de Administración Local; Madrid; 1.985; páginas 153 y 156.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 14 de Julio de 1.983 (caso Raufast, S.A.), había dejado constancia que un sector de la

la *restricción* del derecho o interés que el acto administrativo objeto de revocación había creado o reconocido, debe ser indemnizado, porque de lo contrario se autorizaría la confiscación de una parte o fracción del patrimonio del particular. Dicho en otras palabras, la inmutabilidad o *intangibilidad de los derechos patrimoniales* creados o reconocidos mediante *acto administrativo firme*, se funda, en última instancia, en la previsión contenida en el Artículo 101 de la Constitución, a tenor del cual "sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la *expropiación* de cualquier clase de bienes". Esa disposición constitucional debe ser concatenada con el Artículo 102 *eiusdem*, con arreglo al cual la *confiscación* no puede decretada ni ejecutada, salvo en los casos permitidos por el Artículo 250 de la Constitución¹³. Las normas invocadas evidencian que la intangibilidad de los derechos creados o reconocidos por un acto administrativo firme *-rectius*, la *cosa juzgada administrativa*- tiene, sin lugar a duda alguna, *rango constitucional*, porque la expropiación, mediante acto administrativo sobrevenido, de un bien o derecho de contenido patrimonial, no reúne los extremos o requisitos mencionados en el Artículo 101 de la Constitución, a saber:

doctrina italiana, procurando salvaguardar el interés público, sostiene que el acto firme puede ser revocado en cualquier momento, "... a cambio, por supuesto, de una *indemnización total de los derechos del afectado*" (consúltese en Gaceta Forense (Tercera Etapa); Tomo 125, Volumen I; Caracas; 1.984; página 363).

13. El Artículo 250 de la Constitución de la República de Venezuela establece textualmente lo siguiente:

"Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Será juzgado según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y asimismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilegítimamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se hayan causado".

A título meramente referencial, conviene tener presente que en la actualidad la doctrina comparada define la *confiscación -lato et improprio sensu-* "... como *cualquier restricción de los derechos patrimoniales más allá de las pautas de razonabilidad...*" o, dicho de otra manera, "un acto es confiscatorio cuando *altera...* un derecho patrimonial" (EKMEKDJIAN, Miguel; Manual de la Constitución Argentina; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1.991; página 143).



una causa (cierta) de utilidad pública, previamente establecida en la ley; un proceso judicial, que culmine mediante sentencia; y, finalmente, el pago de una justa indemnización¹⁴.

3. Las normas constitucionales citadas deben administrarse con el artículo 206 de la Constitución, que al reconocerle a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para "... disponer lo necesario para *el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*", reconoce también, de manera virtual o implícita (*eadem vis tacitii atque expressi*), que la Administración no puede vulnerar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares (dentro de esa categoría de situaciones jurídicas subjetivas consolidadas, inmutables o intangibles, contra las cuales no puede atentar la Administración Pública, se encuentran, sin lugar a duda alguna, porque el Poder Constituyente ningún excepción hizo, aquellas creadas o reconocidas por la propia Administración a través acto administrativo firme).

4. Finalmente, desearía hacer un breve referencia a la disposición (abierta) contenida en el Artículo 50 de la Constitución de la República de Venezuela, en virtud de la cual "la enunciación de derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren

14. En sentido coincidente se pronuncia Dromi, quien enseña que "*un derecho que integra la propiedad del administrado no puede quedar sometido a la sola voluntad de la Administración sin calificación de utilidad pública*". Esta extensión del concepto constitucional de propiedad ha sido formulada por la C.S.J.N. en el año 1925, <Bordieu vs. Municipalidad de la Capital>, Fallos 165:307, y reiterado en el caso <Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos vs. La Nación>, Fallos 176:363, año 1.936, al señalar que comprende <todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. *Todo derecho que tenga valor reconocido como tal por la ley*, sea que se origine en las relaciones de Derecho privado, sea que nazca de actos administrativos... *integra el concepto constitucional de propiedad*" (DROMI, José Roberto; Op. Cit.; página 156).

Con base en los Artículos 101 y 102 de la Constitución, entendemos, siguiendo a Dromi, que la extinción o supresión de los derechos reconocidos al particular no puede quedar sometida a la sola voluntad de la Administración Pública, porque se vulneraría la *garantía constitucional del debido proceso (due process of law)*, consagrada de manera virtual o implícita por el artículo 50 *eiusdem*, y reconocida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 10 de agosto de 1.989 (consúltese la Revista de Derecho Público, número 39; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.989; páginas 117 y 118).

expresamente en ella". Debo, reitero, hacerse una breve mención a esa norma constitucional, consagratoria de los llamados *derechos innominados*, porque sobre la base de análoga disposición, contenida en el Artículo 72 de la Constitución uruguaya, el Profesor Durán Martínez sostiene que la *seguridad jurídica*, entendida aquí como fundamento de la *cosa juzgada administrativa*, "... deriva... de la naturaleza de ser sustancial y racional del hombre"; que la seguridad jurídica "es pues de raíz natural"; y, adicionalmente, que la seguridad jurídica "... en el Derecho Constitucional uruguayo, por derivar *de la esencia misma del hombre*, está comprendida en el artículo 72 de la Constitución", de acuerdo al cual "la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son *inherentes a la personalidad humana* o se derivan de la forma republicana de gobierno".

III. FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA

En sentencia de fecha 24 de Noviembre de 1.953, la Corte Federal dejó sentado el principio de que convenía "... al *orden social* la estabilidad de los actos de la Administración Pública..."¹⁵.

El orden social, entendido como fundamento de lo que hoy en día denominamos cosa juzgada administrativa, fue sustituido por el concepto *seguridad jurídica*, mediante fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 18 de Marzo de 1.969¹⁶. En la decisión judicial apenas mencionada, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en términos categóricos, que "... consideraciones atinentes a la *seguridad jurídica* imponen ciertos *límites al poder de revocación de los actos individuales que originan derechos a favor de los administrados*"; que "la doctrina y jurisprudencia francesas han elaborado una tesis que hoy se encuentra muy extendida, y consiste en

15. BREWER-CARIAS, Allan Randolph; Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Volumen I; Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela; Caracas; 1.976; páginas 294 y 295.

16. BREWER-CARIAS, Allan Randolph; Op. Cit.; página 370. En decisión de fecha 4 de Agosto de 1.949, la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación había considerado que el poder de revocación se encontraba limitado por el principio general de *permanencia del acto- rectius*, de sus efectos-, que, en el fondo, no es otra cosa que el de la *seguridad jurídica* (BREWER-CARIAS, Allan Randolph; Op. Cit.; página 358).



atribuir a la Administración, en estos casos, un poder de revocación sometido a *iguales limitaciones que al poder de anulación del Juez de lo Contencioso-administrativo*, de modo que *sólo puede ser ejercido mientras el acto a revocar no haya adquirido firmeza...*"; y, finalmente, que "la jurisprudencia estima la seguridad jurídica más importante que la misma legalidad". El criterio apenas mencionado fue ratificado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de Julio de 1.983¹⁷, en la cual el más alto Tribunal, luego de asentar que "... los autores coinciden en que la Administración, en principio, se encuentra siempre investida de la potestad de revisar sus actos por razones de ilegalidad o de oportunidad, ya sea de oficio o a instancia de parte...", debía reconocerse que ese poder sólo podía ser ejercido en "... aquellos casos en los cuales la revocatoria no afecte derechos adquiridos...", y ello porque "... el límite de la Administración en esta materia es el de *no alterar la seguridad jurídica del administrado* mediante el ejercicio de tal potestad".

Ahora bien, parafraseando a Mayer, aun cuando la *seguridad jurídica*, el *orden público* o el *interés público* son, en general, fórmulas bastante vagas, "... no es difícil ver de qué clase de interés puede tratarse aquí: es el interés de la *certeza del derecho*. La ley ordena el derecho para hacerlo cierto. Pero en su aplicación a los casos individuales vuelve a hacerse incierto. Es misión del juez devolverle la certeza en el caso individual; cuando se haya cumplido esta misión en la forma prescrita, con el concurso de la parte interesada, el interés público exige que ya no se pueda volver a poner en duda el resultado obtenido. El derecho debe ser cierto en lo sucesivo para el caso individual. Tal es la autoridad de la cosa juzgada..."¹⁸. En este mismo sentido, Kelsen enseña que la *cosa juzgada*, entendida como aquel el *principio general* del Derecho con arreglo al cual *toda controversia debe necesariamente tener un final*, no puede ser ajena o extraña a la actividad administrativa en virtud de la cual, en ejecución de la ley, se crean *normas concretas* para un caso individual¹⁹

17. Gaceta Forense (Tercera Etapa); Tomo 125, Volumen I; Caracas; 1.984; página 363.

18. MAYER, Otto; Op. Cit.; página 277.

19. KELSEN, Hans; *Teoria Generale delle Norme*; Giulio Einaudi Editore; Torino, Italia; 1.985; página 405. El propio Kelsen había observado previamente que la "... separación del poder jurisdiccional del así denominado poder ejecutivo es posible sólo en medida relativamente limitada"; que "es imposible una rígida separación de los dos poderes,

Finalmente, debe destacarse que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de Diciembre de 1.975, estimó que la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales, creadas o reconocidas mediante acto administrativo firme, encontraban su fundamento, entre otros, en "... los principios *quieta non movere* y... *buena fe*, (que) tienen validez también para las autoridades administrativas"²⁰.

IV. LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES

De acuerdo a lo expuesto *supra*, los actos administrativos se hallan viciados de nulidad absoluta, cuando resuelven un caso precedentemente decidido con carácter definitivo, siempre y cuando la decisión administrativa de que se trate haya creado derechos a favor del particular. Ahora bien, aun cuando la fórmula empleada por el legislador para definir la cosa juzgada administrativa no excluye expresamente ninguna categoría de actos administrativos, debe subrayarse que la previsión contenida en el Artículo 19, ordinal 2°, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no puede ser interpretada con base en el aforismo *ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus*, porque, *por la naturaleza de las cosas*, no todos los actos pueden

porque los dos tipos de actividades habitualmente designadas con estos términos *no son funciones esencialmente distintas*"; y, que "la función jurisdiccional es en realidad ejecutiva exactamente en la misma manera que la función ordinariamente denominada de esa manera; también la función jurisdiccional consiste en la ejecución de normas generales" (KELSEN, Hans; *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*; Etas Libri; Torino; 1.984; página 278). En otras palabras, los actos estatales expedidos en ejercicio de función jurisdiccional o administrativa desempeñan, *mutatis mutandis*, un mismo rol, porque al establecer, con carácter definitivo, la norma del caso concreto, *cierran o clausuran el circuito normativo* que se inició con el establecimiento, en ejercicio de la así denominada función constituyente, de la norma constitucional (en torno a la existencia de un función constituyente, consúltase a DE BÉCHILLON, Denys; *Hiérarchie des Normes et Hiérarchie des Fonctions Normatives de l'Etat*; Economica; Paris; 1.996; páginas 51 y siguientes. Sobre la así denominada función de clausura del ordenamiento, véase a BENVENUTI, Feliciano; *Giudicato* (Diritto amministrativo); Enciclopedia del Diritto; XVIII; Giuffrè Editore; Milano; 1.969; página 894).

20. Jurisprudencia Venezolana; Ramírez & Garay, S.A.; Tomo XCI; Caracas; 1.985; página 754 y 755.



adquirir firmeza y, consecuentemente, no pueden dar lugar a la consolidación de derechos subjetivos o intereses legítimos en la esfera patrimonial del particular. Para constatarlo, analicemos los actos de la Administración sobre la base de la *función estatal* ejercida.

1. Los actos administrativos de efectos particulares, dictados en ejercicio de función jurisdiccional:

Con arreglo al criterio jurisprudencial sentado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fallo de fecha 21 de Abril de 1.971²¹, comoquiera que la cosa juzgada es "... el efecto de un *acto jurisdiccional*, es decir, de una decisión mediante la cual el órgano judicial o administrativo *pone fin a una contención*, después de identificar o apreciar los hechos y declarar el derecho aplicable", debe entenderse que "*en el procedimiento administrativo la cosa juzgada supone*, por lo tanto, *el ejercicio de un recurso* contra un acto administrativo que lesiona un derecho subjetivo o un interés legalmente protegido". Nótese cómo nuestra Corte Suprema de Justicia entendió que puede hablarse de cosa juzgada administrativa cuando la Administración Pública, por el hecho de mediar recurso administrativo, fundado en razones de legitimidad, ejerce función jurisdiccional, y, *de manera análoga a como lo haría un juez*, declara el derecho aplicable²².

21. Consúltase en BREWER-CARÍAS, Allan Randolph; Op. Cit.; página 298.

22. En estos casos, la Administración Pública ejerce *función jurisdiccional* porque, *al margen de la conveniencia u oportunidad de la decisión* que le corresponda pronunciar, *debe circunscribir su actuación al análisis de la legalidad -lato et improprio sensu-* del acto administrativo de efectos particulares contra el cual se propuso el recurso. Dicho en otras palabras, la Administración, al decidir un recurso administrativo fundado en razones de ilegalidad, obra como lo haría un juez. Por contraposición al supuesto de hecho apenas reseñado, pareciera indiscutible que la Administración Pública ejerce *función administrativa* y no función jurisdiccional cuando resuelve un recurso administrativo fundado en razones de *oportunidad y conveniencia* (aun cuando no compartimos el criterio jurisprudencial, porque atenta contra el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta, pareciera oportuno destacar que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 24 de Marzo de 1.994, dejó sentado que el particular no podía solicitarle a la Administración, mediante recurso administrativo jerárquico, que revisase un acto administrativo previo, sobre la base de razones o argumentos de oportunidad o mérito"; en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Ediciones Pierre Tapia; Tomo 3; 1.994; página 58).

Análogas reflexiones cabría realizar al analizar los actos, en ejercicio de *función jurisdiccional*, que la Administración Pública expide para resolver controversias entre particulares, en el marco de un *procedimiento administrativo constitutivo*. *Gratia argüendi*, piénsese en el procedimiento, de primer grado, a través del cual la Administración, con base en la Ley de Regulación de Alquileres, determina cuál es el canon o pensión de arrendamiento máximo que el arrendador puede cobrarle al arrendatario por el uso de viviendas, locales comerciales o edificaciones industriales²³. Como bien ha dejado sentado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en este supuesto media conflicto entre las partes que celebraron el contrato de arrendamiento y, para resolverlo, "... la Administración actúa como un organismo cuasi-jurisdiccional, declarando la voluntad concreta de la ley al dilucidarlo"²⁴. Dicho en otras palabras, *la Administración obra como tercero superpartes*, al cual se le encomienda la resolución, de manera objetiva e imparcial, de una *controversia ajena*²⁵. A nuestro parecer, en estos supuestos los actos de la Administración Pública pueden también adquirir firmeza y, por ello, el desconocimiento de los derechos que crean o reconocen comportaría la nulidad absoluta del acto sobrevenido, por la violación de la *cosa juzgada administrativa*.

23. La Ley de Regulación de Alquileres, fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 27.988, de fecha 17 de Marzo de 1.966.

24. Consúltase la sentencia publicada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 29 de Mayo de 1.986, publicada en la Revista de Derecho Público, número 26; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.986; página 113. Consúltase también a RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; Los Actos Cuasi-Jurisdiccionales; Ediciones Centauro; Caracas; 1.990; páginas 3 y siguientes.

25. Debe subrayarse que en el fallo citado en la nota de pie de página precedente, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo subraya que la fijación del canon de arrendamiento con base en las previsiones de la Ley de Regulación de Alquileres es una de esas "... materias en las cuales, por el espíritu mismo de la regulación que los anima, *las decisiones administrativas no son perpetuas ni inmodificables*". Alude la Corte a la posibilidad de revisar, cada tres años, el canon máximo previamente determinado por la Administración y, por consiguiente, a la existencia de una *cosa juzgada administrativa formal*, equivalente a la contemplada por el Artículo 272 del Código de Procedimiento Civil en vigor. De manera que la fijación de un nuevo canon, luego de vencidos los tres años a los cuales alude la Ley, no atenta contra la cosa juzgada administrativa, pues, en palabras de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, esa decisión administrativa versaría sobre "... una *situación nueva*, aun cuando se establezca entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pero sobre *circunstancias sobrevenidas*" (Revista de Derecho Público, número 26; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.986; página 113).



2. Los actos administrativos de efectos particulares, dictados en ejercicio de función administrativa

Cuando se concibe a la cosa juzgada administrativa como una *limitación al poder de autotutela de revisora* que la ley le acuerda a la Administración, y, además, se tiene presente que esa limitación se justifica por la necesidad de garantizar la *seguridad jurídica*, salta de inmediato a la vista que *la seguridad jurídica sólo se varía comprometida en aquellos casos en los cuales la revisión de una norma individual, creada en virtud de un acto administrativo, pudiera vulnerar derechos*, creados fundamentalmente en ejercicio de *función administrativa* que, por el transcurso del tiempo y la firmeza del acto que los creó o reconoció, han llegado a consolidarse (piénsese, *exemplia gratia*, en los derechos que pueden crear o reconocer los actos administrativos, expedidos en ejercicio de función administrativa, sobre la base de la técnica autorizatoria). En otros términos, tratándose de actos administrativos individuales²⁶, la limitación del poder de autotutela revisora no se justificaría si el acto sobrevenido, por no crear derechos o intereses legítimos, no es idóneo para causar una lesión al particular-destinatario.

3. Los actos administrativos dictados en ejercicio de función normativa

En sentencia de fecha 11 de Diciembre de 1.975 -vale decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de

26. La jurisprudencia ha determinado que la cosa juzgada administrativa, por suponer la firmeza del acto administrativo, se refiere a los actos administrativos de efectos particulares. En propósito, cabe citar, en primer término, el fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de Diciembre de 1.975, con arreglo al cual la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los *actos de carácter general*, que *pueden ser revocados en cualquier momento*, no podía alterar el contenido de un acto administrativo individual, ya que con su expedición, *lato et improprio sensu*, "... *había agotado su jurisdicción...* " (consúltese en Jurisprudencia Venezolana, Tomo XLIX; Ramírez & Garay, S.A.; Caracas; 1.975; página 619). Así mismo, debe tenerse presente el criterio sentado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de Mayo de 1.985, que estableció que el "... *principio general de revocabilidad de aplicación absoluta* en relación con los *actos administrativos de efectos generales*, no tiene el mismo alcance cuando se trata de actos administrativos de efectos individuales" (véase en Jurisprudencia Venezolana; Ramírez & Garay, S.A.; Tomo XCI; Caracas; 1.985; página 754 y 755).

Procedimientos Administrativos-, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dejó sentado que cuando se trata de *actos de carácter general*, a la Administración Pública se le reconoce *facultad plena* para revisar y modificar sus actos²⁷. Más recientemente, la Sala Político-Administrativa del más alto Tribunal de la República, en fallo del 14 de Mayo de 1.985, luego de establecer que tanto la doctrina y jurisprudencia nacionales "... reconocen, como principio general de extinción de los actos administrativos, que la Administración tiene la posibilidad de privar de efectos a los actos administrativos bien sea de oficio o a instancia de parte...", precisó que esa *potestad de revisión* de sus propios actos, "... de aplicación absoluta en relación con los actos administrativos de efectos generales, no tiene el mismo alcance cuando se trata de actos administrativos de efectos individuales"²⁸. Dicho en otras palabras, con base en la jurisprudencia mencionada pareciera que debiera excluirse o descartarse la posibilidad de demandar la nulidad de un *acto administrativo de efectos generales*, so pretexto de la violación de la *cosa juzgada administrativa*. Empero, como demostraremos *infra*, esa impresión debe ser revisada, porque, a nuestro entender, al margen de la categoría o clasificación en la cual deba incluirse el acto estatal (*reglamentario*), esa potestad plena a la cual hace alusión la jurisprudencia debe reconocerse sólo cuando el acto ha sido expedido en ejercicio de *función normativa*.

En propósito, debe subrayarse, en primer término, que la doctrina comparada más calificada ha puesto de relieve que "... la correlación singular-general como expresión de la distinción actos-reglamentos parece haberse roto"²⁹. Así mismo, debe ponerse de bulto que la jurisprudencia venezolana ha reconocido que en un reglamento -vale decir, en un acto administrativo de efectos generales-, pueden coexistir *disposiciones de carácter normativo y previsiones de carácter particular*³⁰. Dicho

27. Jurisprudencia Venezolana, Tomo XLIX; Ramírez & Garay, S.A.; Caracas; 1.975; página 619. El fallo citado reitera o ratifica el criterio que había sentado la Corte Federal y Casación en fecha 3 de Mayo de 1.952.

28. Jurisprudencia Venezolana, Tomo XCI; Ramírez & Garay, S.A.; Caracas; 1.985; página 754.

29. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo, Tomo I; Editorial Civitas, S.A.; Madrid; 1.990; página 201.

30. Consúltase a MUCI BORJAS, José Antonio; La actividad normativa de la Administración Pública; publicado en la obra intitulada Las Formas de la Actividad



en otras palabras, nuestra doctrina y jurisprudencia admiten que la Administración Pública puede expedir un acto, *en parte*, en ejercicio de *función normativa*, estableciendo preceptos que se caracterizan por su generalidad y abstracción, y, *en parte*, en ejercicio de *función administrativa*³¹.

A nuestro entender, respecto de esas *previsiones de efectos particulares*, dictadas en ejercicio de función administrativa, que en un determinado momento la Administración Pública pudiere decidir incorporar en un acto reglamentario, no cabría argumentar, en particular si son *creadoras de derechos*, que la Administración tiene potestad plena para revisar sus actos en cualquier momento. En este supuesto, sin lugar a duda alguna, el particular afectado por el acto de gravamen vale decir, por el acto reglamentario sobrevenido que pretende privar de efectos la disposición, de efectos particulares, *creadora de derechos*, contenida en el reglamento original-, puede impugnar el acto administrativo superviniente, alegando la violación de la *cosa juzgada administrativa*.

Administrativa, II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías; Fundación de Estudios de Derecho Administrativo; Caracas; 1.996; páginas 393 y siguientes. En ese breve ensayo, que tuvimos la oportunidad de exponer durante las Jornadas celebradas el año pasado, sostuvimos, en síntesis, que en los reglamentos -vale decir, en los actos de efectos generales- podían ser incluidas *decisiones de gravamen*, con *destinatarios determinados* (o en todo caso determinables), dictadas o expedidas en virtud del ejercicio de *función administrativa*.

En muy reciente decisión judicial, de fecha 10 de Junio de 1.997 (caso Clodoveo DSuze García), la Corte Suprema de Justicia en Pleno, al analizar el Decreto número 1.742, del 25 de Julio de 1.991, mediante el cual se fijó el marco general para la normalización de la actividad de exploración, desarrollo y explotación de oro y de diamante en la Cuenca Hidrográfica del Alto Caroní, reconoció que "... si bien en principio se trata de un *acto de efectos generales* (normativo), no obstante, contiene algunas *disposiciones de efectos particulares*, en cuanto crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que inciden en la esfera concreta o particular de un sujeto de derecho, de un grupo determinado de individuos, o de un sector de la colectividad perfectamente identificable" (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Repertorio mensual de Jurisprudencia, Tomo 7; Editorial Pierre Tapia; 1.997; páginas 190 y 191). En otras palabras, el más alto Tribunal sostuvo que el reglamento "... impugnado se inscribe en la categoría de actos que, en un único texto, participa de la condición de acto de efectos generales con componentes de efectos particulares".

31. *Exempli gratia*, puede destacarse que en el fallo, de fecha 10 de Junio de 1.997, citado en la nota a pie de página precedente, la Corte Suprema de Justicia entendió que la disposición reglamentaria-entre comillas- que ordenaba "... *paralizar* conforme a la Ley de Minas, los *trámites de las solicitudes de concesiones*..." " mineras que el propio Decreto identifica, era un *previsión de efectos particulares*.

V. REQUISITOS, ELEMENTOS O CARACTERÍSTICAS DE LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA

De acuerdo a la ley, sólo puede hablarse de cosa juzgada administrativa en la medida en que nos hallemos en presencia de un *acto administrativo individual*, que haya adquirido *firmeza* y, además, haya *creado derechos* a favor de su destinatario. Veamos a continuación cada uno de esos requisitos o elementos, aun cuando sea de manera somera, a la luz de la jurisprudencia y doctrina venezolanas.

1. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, para que las situaciones jurídico-subjetivas creadas por un acto administrativo no puedan ser revisadas por la Administración, resulta necesario que el acto que las crea o reconoce adquiera firmeza y, para ello, debe tratarse de un *acto administrativo individual* (*rectius*, de un *decisión de carácter individual*, pues, como quedó determinado *supra*, un acto reglamentario, que por definición es acto de efectos generales, puede contener previsiones de carácter o naturaleza singular). En consecuencia, puede afirmarse que la existencia de un acto individual es el primero de los requisitos de la cosa juzgada administrativa. Así lo han reconocido sendas decisiones de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se concluyó, por una parte, que respecto de los actos administrativos de efectos generales rige el principio general de la revocabilidad; y por la otra, que ese "... principio general de revocabilidad de aplicación absoluta en relación con los actos administrativos de efectos generales, no tiene el mismo alcance cuando se trata de actos administrativos de efectos individuales"³².

2. En segundo término, la jurisprudencia entiende que sólo puede hablarse de cosa juzgada administrativa -y, consecuentemente de intangibilidad de las situaciones jurídico-subjetivas creadas por el acto administrativo individual-, cuando el acto que crea o reconoce el derecho ha quedado firme, por el vencimiento de los plazos de caducidad que la ley establece a los efectos de la interposición de los recursos administrativos y contencioso-administrativos legalmente establecidos.

32. Jurisprudencia Venezolana, Tomo XLIX; Ramírez & Garay, S.A.; Caracas; 1.975; página 619; y, Jurisprudencia Venezolana; Ramírez & Garay, S.A.; Tomo XCI; Caracas; 1.985; página 754 y 755.



Debe también ponerse de relieve que la condición de firme pueden llegar a adquirirla u ostentarla tanto los actos administrativos regulares -vale decir, conformes a Derecho-, como los actos que adolezcan de vicios que, de acuerdo a la ley, comporten la nulidad relativa del acto. Los únicos actos administrativos individuales que no pueden gozar de firmeza son aquellos que se encuentren viciados de *nulidad absoluta*, porque, comoquiera que "... el acto viciado de nulidad absoluta se tiene como un acto que *nunca podría producir efectos*... la revocatoria de un acto que adolezca de tal vicio, no es una revocatoria como tal...", y ello es así "... porque para que pueda revocarse un acto es preciso que sea susceptible de producir efectos, y justamente esta imposibilidad es lo que declara o reconoce la administración cuando ejerce la potestad que le confiere el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos..."³³.

3. Para que pueda hablarse de cosa juzgada administrativa, no basta que el acto administrativo individual haya adquirido firmeza, sino que resulta necesario -*ad essentia*- que el acto de que se trate haya creado derechos a favor del particular. La voz derechos debe ser entendida *lato et improprio sensu*, pues la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 21 de Abril de 1.971, determinó que, fundado en la violación de la cosa juzgada administrativa, puede proponerse recurso contra el acto administrativo sobrevenido que vulnere *derechos subjetivos o intereses legítimos* que hubieren sido reconocidos mediante acto administrativo previo³⁴. Así mismo,

33. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 19 de Octubre de 1.994 (caso Bernal Antonio Castillo), publicada en Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativo, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Ediciones Pierre Tapia; Caracas, 1994; página 78.

A tenor del Artículo 83 de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración Pública puede "... en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella". Esa previsión debe ser adminiculada con el Artículo 82 *eiusdem*, con arreglo al cual "los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el superior jerárquico".

34. BREWER-CARIAS, Allan Randolph; Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo III, Volumen I; Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela; Caracas; 1.976; página 298.

debe destacarse que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 7 de Diciembre de 1.994 (caso Arenera Las Mercedes, C.A.), estableció que a los actos creadores de derechos deben equipararse los actos que habilitan al particular para el ejercicio de aquéllos -*exempli gratia*, las autorizaciones, licencias y permisos administrativos-, pues los efectos favorables de éstos últimos tampoco pueden ser desconocidos por la Administración en ejercicio del poder de autotutela revisora que la ley le concede³⁵. Dicho de otra manera, lo que la ley prohíbe es "... eliminar beneficios que ya habían sido concedidos por un acto anterior..."³⁶, o lo que es lo mismo, incidir desfavorablemente en la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos (creados o reconocidos mediante acto administrativo previo) del particular.

Distinto es el supuesto de los así denominados *actos administrativos de gravamen*. Para constatarlo basta con leer detenidamente el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 20 de Mayo de 1.994 (caso Federación Venezolana de Deportes Ecuestres)³⁷, en el cual la Corte consideró que los actos administrativos prohibitivos, vale decir, los actos que en lugar de crear derechos los eliminan o suprimen, pueden ser revocados en cualquier momento, sin que con ello se violente la cosa juzgada administrativa. En la decisión judicial que se comenta, la Corte concluyó que por el hecho de que un acto administrativo le prohíba una conducta a un sujeto, los terceros, aun cuando pudieren interpretar esa prohibición como favorable a sus intereses, no pueden pretender derivar derecho alguno de la medida de gravamen de la cual no son destinatarios (en el caso sometido a la consideración de la Corte, se determinó que la sanción que excluía a un caballo de las competencias nacionales, por el solo hecho de la prohibición, no creaba derechos e intereses -una suerte de derecho a un competidor menos- en cabeza de los propietarios de los demás caballos que toman parte en las aludidas competencias).

35. Jurisprudencia Venezolana, Tomo CXXXII; Ramírez & Garay S.A.; Caracas; 1.994; página 671.

36. Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 20 de Mayo de 1.994, publicada en Jurisprudencia Venezolana, Tomo CXXX; Ramírez & Garay S.A.; Caracas; 1.994; página 309.

37. Revista de Derecho Público, número 57-58; Editorial Jurídica venezolana; Caracas; 1.994; páginas 254 y 255.



Ahora bien, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia entienden que los *actos administrativos de gravamen* pueden ser revocados en cualquier momento, debe subrayarse, aun cuando sea una verdad de perogrullo, que *en estos supuestos la potestad revocatoria debe ser ejercida para tutelar el interés público* y, por ende, que *la revocación no puede ser, en ningún caso, arbitraria*³⁸.

Finalmente, conviene insistir una vez más en que la jurisprudencia ha dejado sentado, con toda claridad, que los actos administrativos individuales viciados de nulidad absoluta no son capaces de generar derecho alguno a favor del particular y que, por ende, no puede impedirse el reconocimiento de su nulidad absoluta, so pretexto de la violación de la cosa juzgada administrativa.

VI. LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA, EL SILENCIO ADMINISTRATIVOS Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPRESOS

A la luz de Derecho positivo venezolano, es innegable que los *actos administrativos expresos* pueden adquirir la característica de *estabilidad* que distingue a la cosa juzgada administrativa.

Empero, a primera vista, la solución pareciera no ser tan clara respecto de los derechos subjetivos e intereses legítimos que hubieren podido ser creados o reconocidos en virtud del *silencio administrativo*³⁹. Afirmamos que la solución, a primera vista, pareciera no ser clara o sencilla, porque, habida consideración que el silencio no es ni un acto ni una decisión⁴⁰, pudiera llegar a pensarse que no se encuentran los

38. GARCÍA-TERVIJANO GARNICA, Ernesto; Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen; Revista Española de Derecho Administrativo, número 91; Civitas, S.A.; Madrid; 1.991; página 421.

39. Aún cuando pareciera evidente, conviene precisar que el silencio administrativo al cual hacemos alusión es el *positivo*, pues solamente éste es idóneo para ampliar la esfera de derechos e intereses del particular. Respecto del silencio administrativo negativo reproducimos, *mutatis mutandis*, las consideraciones que formulásemos *supra* al analizar si los actos prohibitivos y, en general, los de gravámen, pueden adquirir la estabilidad de la cosa juzgada administrativa.

40. En propósito, consúltese a MUCI BORJAS, José Antonio; El recurso jerárquico por motivos de méritos y la figura del silencio administrativo (Estudio comparativo con el derecho venezolano); Revista de Derecho Público, número 30; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.987; páginas 5 y siguientes).

extremos del Artículo 19, ordinal 2, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a tenor del cual existe cosa juzgada cuando, mediante un *acto de la Administración*, se resuelva nuevamente "... un caso precedentemente decidido con carácter definitivo... ", que hubiere creado derechos particulares. En todo caso, la jurisprudencia ha procurado zanjar cualquier discusión sobre el tema, al establecer que, por la ficción de denegación de la pretensión, el beneficio del silencio administrativo negativo no puede servir de fundamento para demandar la nulidad, por violación de la cosa juzgada administrativa, de un ulterior acto administrativo expreso⁴¹. Por *argumentum a contrario*, entendemos que la jurisprudencia admite la posibilidad de demandar la nulidad de un acto administrativo sobrevenido si éste vulnera el efecto sustancial (*favorable*) que distingue al silencio administrativo positivo, habida consideración que *el silencio, por mandato de la ley, equivale, en cuanto a sus efectos sustantivos, al acto expreso*.

Retornando al tema de los actos administrativos expresos, valdría la pena detenernos un instante para analizar si sólo pueden adquirir la condición de cosa juzgada administrativa los *actos constitutivos* creadores de derechos o intereses legítimos, o si, por el contrario pueden también adquirirla los *actos declarativos*. En propósito, debe observarse que en un primer momento nuestra jurisprudencia consideró que los actos administrativos de carácter declarativo no podían llegar a adquirir fuerza de cosa juzgada administrativa⁴². Esa postura inicial fue modificada mediante sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 31 de Marzo de 1.987 (caso Importadora Fung & Hung, C.A.), conforme al cual el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contempla la *intangibilidad de los criterios o interpretaciones* que para un caso concreto hubiere sentado

41. Jurisprudencia Venezolana, Tomo CXXXII; Ramírez & Garay, S.A.; Caracas; 1.994; páginas 670 y siguientes.

42. Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 12 de Mayo de 1.966; en BREWER-CARIAS, Allan Randolph; Op. Cit.; página 361 y siguientes. A nuestro modo de entender, este precedente negativo debe ser analizado teniendo presente que versó sobre una *controversia de naturaleza tributaria*; que en esa materia la obligación -aludimos a la obligación tributaria- sólo puede tener su fuente en la ley; y, por consiguiente, que la Administración Fiscal, mediante acto administrativo individual, por definición sub-legal, no podía innovar en la relación legal.



la Administración⁴³. Este criterio fue posteriormente ratificado mediante decisión dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 24 de Marzo de 1.994 (caso Farmacia Las Rosas, C.A.)⁴⁴.

43. PIERRE TAPIA, Oscar; Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Tomo 3; Caracas; 1.987; páginas 26 y siguientes.

44. PIERRE TAPIA, Oscar; Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Tomo 3; Caracas; 1.994; páginas 58 y 59.

LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS, EN ESPECIAL,
SU ANULACIÓN DE OFICIO

LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN ESPECIAL, SU ANULACIÓN DE OFICIO

RAÚL BOCANEGRA SIERRA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo (España)

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los problemas suscitados por las potestades que habilita a la Administración a retirar sus propios actos, se ha de iniciar con una clarificación de la terminología al uso. Clarificación necesaria dada la discusión que sobre esta cuestión de naturaleza semántica se ha planteado en casi todos los Ordenamientos de la Europa continental entre los que el español no, es ninguna excepción, siendo la terminología que hoy se ha impuesto, fundamentalmente por su superior calidad técnica y por su reflejo en la legislación sobre el procedimiento administrativo, aquélla que emplea el término revocación para designar la retirada de un acto administrativo por motivos de oportunidad, mientras el término revisión de oficio se emplea para referirse a la retirada por motivos de legalidad. Como denominador común a ambas figuras suele utilizarse la palabra revisión, aunque buena parte de la doctrina más prestigiosa emplea alternativamente el término revocación, solución esta, que es paralela a la adoptada en otros Ordenamientos de referencia: así, en el Derecho alemán en el que sólo tras la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1976, se ha alcanzado un uso relativamente uniforme de los términos, denominando a la revisión por motivos de legalidad *Rücknahme*, a la revocación por motivos de oportunidad *Widerruf* y finalmente reservando, en la generalidad de los casos, el término *Aufhebung*, como expresión que incluye ambas instituciones. Un planteamiento similar es también apreciable en lo que al sistema italiano respecta en el que se distingue entre *annullamento d'ufficio* (revisión) y *revoca* (revocación).

De entre las instituciones mencionadas, sin duda los problemas más interesantes y de mayor calado dogmático se plantean respecto a la revisión o anulación de oficio, aserto que sin dificultad podríamos extrapolar a cualquier Ordenamiento de los encuadrados en el ámbito Jurídico europeo- continental. Ello tiene un claro reflejo en el enorme caudal bibliográfico que, especialmente en Alemania, esta figura ha suscitado. La justificación técnica de tal asimetría en lo que al interés científico por estas instituciones se refiere, se encuentra en el hecho de que la revocación, esto es, la retirada por motivos de oportunidad, es una institución que, desde un punto de vista material, se puede asimilar a una modalidad más o menos atípica de expropiación forzosa, y cuya operatividad plantea notables dificultades desde la óptica impuesta por el contenido material del Estado de Derecho, del principio de igualdad, lo que justifica el carácter excepcional de su uso a las Administraciones Públicas y por tanto, su reducido papel en el marco de las preocupaciones prioritarias de la doctrina y la parquedad de las referencias que a la misma se encuentran en las diferentes legislaciones europeas sobre el Procedimiento Administrativo. De hecho, la primera y escueta referencia que con carácter autónomo se hace a esta figura, en el Derecho español, se encuentra en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPC), Ley 30/1992 de 26 de noviembre, concretamente en su artículo 1057 que habilita a la Administración, en una disposición que habremos de criticar más adelante, para revocar los actos no declarativos de derechos o de gravamen (una categoría de actos administrativos probablemente inexistente), mientras que la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (en lo sucesivo LPA), Ley de 17 de julio de 1958, sólo contenía una referencia a los límites de una revocación, generalmente no regulada, en el artículo 112.

Por el contrario, la institución de la revisión o anulación de oficio, que es de la que se ocupa este trabajo, plantea numerosos interrogantes dogmáticos, algunas de los cuales van a ser aquí estudiados, fundamentalmente, como es natural, al hilo del Derecho español, aunque sin dejar de lado las soluciones ofrecidas por otros ordenamientos, especialmente el alemán o el italiano. El estudio general de esta figura dista de ser satisfactorio en la doctrina española, excesivamente centrada, por lo común, en el mero análisis exegético y falta de una perspectiva



institucional, que deja prácticamente huérfanos de tratamiento problemas como el del fundamento de la revisión, su conexión con la teoría de las nulidades o sus límites, circunstancia en buena medida propiciada por una regulación legal que ha tenido una compleja evolución histórica no exenta de malentendidos y de anacronismos que enturbian la recta comprensión y aplicación de un instrumento tan relevante en la actividad de las Administraciones Públicas.

Fruto de esta compleja evolución histórica y de la falta de una voluntad, por parte del Legislador, en el sentido de llevar a sus últimas consecuencias el otorgamiento de la potestad de autotutela a la Administración, es la persistencia en nuestro sistema de una figura jurídica, absolutamente original, pero de difícil justificación técnica como es el recurso de lesividad regulado hoy en el artículo 103. 2 LPC como figura alternativa a la revisión de oficio, a la que se han de reconducir las pretensiones de la Administración de anular actos que no infrinjan "gravemente" normas de rango legal o reglamentario, obligando a la misma a iniciar, tras una declaración de lesividad del acto objeto del recurso, un proceso jurisdiccional, ante los Tribunales de lo Contencioso, tendente a la eliminación de dicho acto, y durante el cual se mantiene la situación posesoria del destinatario favorecido por el acto. Razón por la cual un sector de la doctrina española opina, a mi juicio equivocadamente como más abajo tendremos ocasión de exponer, que esta institución tiene un matiz garantista -cuya garantía es, ciertamente, más aparente que real.

En una primera aproximación no es, pues, difícil constatar cómo en la actualidad se plantea la problemática de la revisión de oficio bajo una doble perspectiva a mi juicio insuficiente. Por un lado, el planteamiento de una tensión entre los poderes de revisión de oficio y el recurso de lesividad determina que la general aceptación de la operatividad de la potestad revisora, favorecida sin duda, por el peso de los argumentos históricos expuestos por un sector de la doctrina -y también en buena medida, por el carácter usualmente exegético de algunas de las exposiciones, que se limitan a adoptar sin más, los propios términos de la ley- no impide, sin embargo, un incoherente intento de justificar el recurso de lesividad que, en su fondo, remite pura y simplemente, insistimos, a la mera protección de la situación posesoria de los particulares que este Instrumento tan adecuadamente, de modo aparente, realiza.

Por otro lado, este modo de colocar el problema -encabezado, es cierto, por el propio texto de la ley española- condiciona en gran medida el trasfondo teórico de las construcciones usuales, cuyas elaboraciones enlazan directamente con los clásicos planteamientos de la doctrina de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. Así, en estos planteamientos, la ilegalidad de los actos que sirven de objeto a la revisión de oficio queda en un segundo plano, sin que se extraigan de esta expresa vinculación todas sus posibilidades, ante la consideración primordial del juego de los postulados de seguridad jurídica que de alguna manera impedirían el libre juego del interés público que, concebido de un amplísimo modo, justificaría, en último término, la posibilidad de revisión.

Por el contrario no parece dudoso que un adecuado planteamiento de la revisión de oficio deba partir supuesto naturalmente que su objeto deba venir constituido por cualquier clase de ilegalidad de que adolezcan los actos administrativos sea ésta grave o manifiesta o por el contrario no merezca dichos problemáticos apelativos- de una estrecha conexión con la teoría de las nulidades. No se trataría, según ello, del planteamiento de un enfrentamiento entre la ilegalidad de los actos y la seguridad jurídica, sino de que, la invalidez de los mismos postula para sí una sanción del Ordenamiento jurídico que, concebida en términos de apertura de una mecánica procesal, posibilita la ineficacia real del acto viciado, y sin que, por lo demás, pueda existir dificultad alguna en que esta ineficacia sea inmediatamente ejecutiva, en aplicación de los principios generales en la materia.

No obstante, la aplicación de las consecuencias dogmáticas de la invalidez de los actos administrativos a la revisión de oficio, cuyo desarrollo marcará en buena medida el régimen jurídico de la eliminación por la propia Administración de sus actos ilegales, no justifica la existencia en manos de la Administración de un poder que le permite prescindir del auxilio de los Tribunales y provocar, por sí y ante sí, la ineficacia de sus propios actos inválidos aún cuando la aplicación de las consecuencias institucionales de la nulidad de pleno derecho podrían dar lugar a supuestos dudosos en punto a la justificación del uso del poder, es lo cierto que las exigencias dogmáticas de la anulabilidad no permitiría llegar nunca a la misma conclusión.



La consideración de los poderes de autotutela como constitutivos de este fundamento teórico de la potestad de revisión -previo un intento de precisión acerca de las figuras que deben ser atendidas como de revisión de oficio-, abrirá paso al desarrollo de las consecuencias institucionales de la teoría de las nulidades, viniendo a constituir ambas cuestiones el núcleo teórico fundamental de la institución, cuyo estudio se completa con el análisis de sus límites, y el particular problema de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por el uso de los poderes de revisión de oficio.

II. LOS PLANTEAMIENTOS ACTUALES SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO

Se trata ahora, pues, de analizar cuál sea el trasfondo teórico de los planteamientos que la doctrina efectúe acerca de la potestad de revisión de oficio, cuyo reconocimiento quebrando la rígida norma del recurso de lesividad aparece con una plena justificación histórica.

Sobre una constatación inicial de la ausencia en nuestra doctrina de estudios en profundidad a propósito de la institución de que se trata, aún dentro de las relativamente abundantes referencias al tema es de indicar con carácter general que, a nuestro juicio, es posible observar cómo son dos coordenadas o dos caracteres fundamentalmente los que condicionan de manera decisiva las actuales construcciones doctrinales acerca de la revisión de oficio de los actos administrativos, caracteres que permiten, a grandes rasgos, explicar suficientemente el estado actual de la cuestión.

Por una, parte, no obstante haber sido el argumento histórico determinante en buena medida de la decisión de admisión del poder de revisión de oficio, la doctrina, aún cuando hace uso del mismo en sus exposiciones no lo apura en sus consecuencias, en cuanto no considerando en general el recurso de lesividad como una acción de lesión plantea la problemática de la institución que nos ocupa en relación dialéctica con el propio proceso de lesividad. Con ello, a pesar de que algún aislado sector doctrinal critica abiertamente la admisión de los poderes de revisión de oficio, no deja, sin embargo, de plantearse

adecuadamente la cuestión, si bien, ciertamente, haya que señalar que a nuestro juicio la solución deba ser precisamente la contraria a esta última posición crítica, esto es la supresión del recurso de lesividad.

Por otra parte, siendo aisladas estas opiniones que niegan la admisión -siquiera en algunos casos se haga muy limitadamente- de la potestad revisora, el general acogimiento que de la misma se efectúa, se realiza sobre el presupuesto teórico propio de la doctrina clásica de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos excepcionado por el propio uso del poder de revisión.

1. La Revisión de Oficio. Recurso de Lesividad

La influencia de los análisis históricos efectuados por García de Enterría, en los que se demostró la existencia de una amplia potestad revocatoria en manos de la Administración durante el siglo XIX, nada desdeñable, en la decisión de la admisión del propio poder de revisar de oficio se proyecta también, en efecto, en las formulaciones doctrinales, conllevando en la generalidad de los casos la referencia tácita o expresa de la justificación de la potestad revisora a aquella indagación histórica, aunque la pureza original de las tesis históricas iniciales quede sustancialmente alterada, al aceptarse el juego del recurso de lesividad en un mismo plano que la revisión de oficio, en una auténtica relación dialéctica de oposición: en efecto, el recurso de lesividad, no obstante las transformaciones sufridas por la institución, debería referir una acción de lesión, a cuyo lado coexistiría una libérrima potestad de anulación de oficio, cuya realización podría la Administración efectuar por sí y ante sí.

Pero frente a estos esquemas, la generalidad de la doctrina, que acepta con naturalidad el juego de las potestades de revisión permitidas por la ley, admite también sin mayores problemas la colocación del recurso de lesividad al lado de los poderes de revisión de oficio entendiendo, en definitiva, que ambos instrumentos arbitran una acción de nulidad, si bien esta potestad revisora se considera un poder auténticamente excepcional frente a la normalidad del uso del recurso de lesividad para la eliminación de los actos ilegales.

En este contexto de operatividad en un mismo plano de los poderes excepcionales de revisión de oficio y el instrumento común del recurso



de lesividad, no falta, sin embargo, alguna aislada excepción que, sobre la base de la negativa de valor al argumento histórico como elemento del análisis justificador del poder de la Administración sobre sus propios actos, va a afirmar la radical necesidad de la utilización del recurso de lesividad cada vez que la Administración pretenda la eliminación de algunos de sus propios actos ilegales, constituyéndose, con ello, un poco, en la avanzada de las posturas reticentes frente a las facultades de revisión de oficio.

La tesis aludida -resumible en el aforismo "*nulla annullatio sine judicatio*" dirigida directamente contra la justificación histórica de los poderes de revisión de oficio, y extremando el común planteamiento de seguridad jurídica (malentendida eso sí, en un sentido puramente formal o con garantía procesal que en relación a los poderes de la Administración contra sus propios actos: generalmente se utiliza sostiene que no siendo misión de la Administración cuidar de la aplicación del Derecho, y siendo la determinación de la concurrencia de los requisitos de validez de un acto administrativo la posibilidad de revisión de oficio en manos de la Administración sustrae de la competencia de los Tribunales una materia.

La insuficiencia del análisis histórico, y de los argumentos de esta extrema posición doctrinal que se presenta aislada en un contexto que admita con naturalidad, en general, la potestad revisora, no impide, sin embargo que, aún desde una postura difícilmente defendible, resulte bien planteada la cuestión del poder de revisar de oficio en cuanto enfrentado directamente con el recurso de lesividad: el problema no es, en efecto, sino revisión de oficio o recurso de lesividad.

En relación a las tesis historicistas, aceptadas generalmente pero no depuradas en sus consecuencias por la doctrina, puede, a nuestro juicio, aventurarse una opinión diferente consistente en el planteamiento de la problemática revisión de oficio-recurso de lesividad como una tensión en la que lo que se discute es la posibilidad de la Administración de proceder, por si misma a la eliminación de sus propios actos ilegales, sin auxilio de los Tribunales, o su imposibilidad, necesitando para ello el auxilio jurisdiccional por medio del recurso de lesividad. Sin embargo, en nuestra opinión, y a diferencia de las posiciones usuales, la solución a aportar conduce necesariamente a la necesidad lógica de la supresión de la

obligatoria interposición de un recurso contencioso por la Administración cada vez que intente la eliminación de uno de sus actos ilegales.

Hay dos hechos, que abonan, en efecto, esta colocación del problema y su solución. Por una parte, si es cierto que la Administración española carecía del privilegio de decisión ejecutoria en los orígenes del contencioso, resulta evidente que la existencia de un recurso contencioso interpuesto por la Administración activa contra sí misma, no encuentra justificación alguna fuera de la imposibilidad de la Administración activa de ejecutivar derechos ajenos que le hubieran sido opuestos. Y si, de otro lado, como quedó dicho, resulta inconcluso que el mandamiento de este original recurso de la Administración contra sí misma no fue producto sino de la propia ignorancia del Real Decreto de 21 de mayo de 1853 - principal vehículo de la existencia actual del recurso de lesividad- respecto de las innovaciones que su disciplina efectuaba en el efímero sistema instaurado en las primeras regulaciones del contencioso, es evidente la radical injustificación histórica del recurso de lesividad frente al general reconocimiento de la potestad decisoria-ejecutoria en manos de la Administración activa, y desde el momento mismo en que tal reconocimiento se efectúa. La admisión de estos poderes de revocación ejecutoria de oficio, que se realiza con un carácter general y casi absoluto, coloca al recurso de lesividad en una situación insostenible, en cuanto se muestra claramente incongruente con la generalización de aquellos poderes, y sin que la negativa a los mismos que el contencioso de la Administración supone, pueda ser atribuida a propósito consciente o argumento teórico alguno, sino a la ignorancia de que habían dejado de existir las razones que permitían el juego de un tal instrumento en las primeras regulaciones del contencioso,

Es claro, por lo demás, que ello supone la imposibilidad de aceptar la consideración del recurso de lesividad como una acción de lesión compatible con una ilimitada potestad anulatoria de oficio, a la exigencia por el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 -de cuya disposición no surge el contencioso de la Administración sino que se limita a recoger la institución nacida en 1845 con un sentido y una finalidad evidentes- de la existencia de una lesión para interponer el recurso contencioso que regula no puede, en efecto, a nuestro juicio atribuirse mayor significación que la de la exigencia de un requisito de recurribilidad común a las reclamaciones que pudieran interponer los particulares. Y ello, no sólo



en la vía contenciosa sino también en la gubernativa, que a partir de este Real Decreto es necesario recurrir previamente a la impugnación jurisdiccional. No puede independizarse tampoco la potestad anulatoria de oficio y el recurso de lesividad como acciones de fundamento diferente, en cuanto la articulación del contencioso de la Administración como remedio sucesivo a la autoimpugnación en vía gubernativa y por consiguiente sobre los mismos presupuestos que ésta: legalidad, oportunidad, lesión-, parece decisiva para excluir la posibilidad de considerar el recurso de lesividad como una acción de lesión. Ello permite, por el contrario, reconducir con generalidad los supuestos de anulación por ilegalidad a los cauces procedimentales generales, y sin que la aislada existencia en la esfera local de decisiones admitiendo la anulación de oficio pura y simplemente, pueda probar, a nuestro juicio, otra cosa que una adecuada sensibilidad ante determinados actos administrativos viciados de especial gravedad.

Planteada correctamente la problemática del par de instrumentos revocación de oficio-recurso de lesividad a partir del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, como afirmación del libre juego de la ejecutoriedad administrativa frente a la negación sucesiva del mismo, la incoherencia que ello supone resulta frente a la negación sucesiva del mismo, la incoherencia que incluso, incrementada en la medida en que la afirmación y la negación de la potestad decisorio-ejecutoria se establecen de modo simultáneo y sobre una distinción absolutamente artificial, como lo ha sido la noción de manifiesta ilegalidad de los actos administrativos propia de la LPA, y como lo es hoy la noción de "gravedad" de la infracción al Ordenamiento jurídico utilizada por la nueva LPC.

Esta radical incoherencia del recurso de lesividad, frente a la notoria justificación histórica de la revisión ejecutoria de oficio, permite aventurar la opinión de la necesidad de la supresión del recurso de lesividad, en cuanto no responde, en un sistema en donde el privilegio de decisión ejecutoria se encuentra absolutamente generalizado, a ninguna exigencia institucional. No debe olvidarse en este sentido, que la universalización del proceso de lesividad, cercenando los poderes de revocación de oficio, se llevó a cabo, sobre la ausencia de la más mínima justificación dogmática, como consecuencia de la preponderancia de los intereses de la Hacienda en el seno de la Administración pública, y de

una manera que ciertamente no fue casual ni involuntaria, pero, desde luego, tampoco presidida por ninguna razón teórica. Y cuando existan razones de este tipo, justificando el proceso de lesividad en la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos la brusca aparición de un procedimiento de revisión de oficio de actos declarativos de derechos en la jurisdicción de agravios se encargará de poner palmariamente de relieve la injustificación del instrumento de la lesividad, mostrando de la mejor manera posible, al utilizarse aquella doctrina en sus propios términos para formar el sustrato teórico al que excepciona la ilegalidad de los actos, como lo que se debate en el fondo de la tensión entre la revisión de oficio y el recurso de lesividad no es otra cosa -como en las primeras regulaciones del contencioso- que la protección de las situaciones de ventaja del particular frente al privilegio de decisión ejecutoria de que la Administración dispone.

La consideración de la justificación histórica de la revocación ejecutoriada de oficio, suficientemente puesta de relieve la incoherencia frente a estos poderes del recurso de lesividad que abonan su supresión conclusiones a nuestro juicio no fácilmente rebatibles-, junto con el hecho de que la figura concreta de revisión adoptada por la Ley de Régimen jurídico Y desarrollada por la LPA, y hoy en lo esencial recogida en la LPC, refiere la institución revisora a la eliminación de actos ilegales, constituyen las clavos de la construcción de una figura de revisión de oficio de los actos administrativos, cuyo trasfondo doctrinal, en la actualidad, se analizan a continuación.

2. La Influencia de la doctrina tradicional de la irrevocabilidad en las construcciones de la revisión de oficio

La doctrina española que se ocupa de la revisión de oficio, la aceptación de cuyo poder, como se ha visto, es prácticamente general en la misma, ha construido por lo general esta figura -en un fenómeno similar a lo ocurrido en la jurisdicción de agravios en donde se aceptan las formulaciones existentes sobre el recurso de lesividad para fundamentar aquella figura tan ocasionalmente surgida-, sobre el sustrato doctrinal de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, arrastrado tradicionalmente en la doctrina, desde principios de siglo para explicar la singular institución del recurso de lesividad.



En efecto, la consideración de la revisión de oficio como alternativa frente al recurso de lesividad, consecuencia de la sustitución pura y simple por los propios poderes de revisión de una parte sustancial del ámbito reservado al instrumento formal del proceso de lesividad, va a determinar en el más abundante sector de la doctrina la explicación de aquella potestad por nadie de una auténtica reelaboración y adaptación sin mayores innovaciones de aquellos clásicas elaboraciones doctrinales que construían un esquema fundamental basado en los obstáculos a la modificación de los actos administrativos que declarasen derechos, no sólo de oficio, cuya imposibilidad era absoluta, sino también por medio de la necesidad de la interposición por la Administración de un recurso contencioso en muy rigurosas condiciones.

Así, el planteamiento básico de la doctrina anterior a la Ley de Régimen Jurídico, que consistía en la formulación de una tensión entre la ilegalidad de los actos administrativos; cuyo mantenimiento choca con la necesidad lógico-jurídica de que se destruyan sus efectos, y los límites impuestos por los derechos declarados como obstáculo a la eliminación misma, en función de la protección de aquellos derechos, se reproduce con generalidad, en los mismos términos, en los planteamientos actuales de la revisión de oficio, al hablarse de la existencia de una tensión dialéctica entre el interés público, que tendería a reparar la ilegalidad de los actos inválidos frente a la afirmación del respeto a los derechos adquiridos, esto es, la afirmación de los principios de seguridad jurídica entendida como estabilidad de las situaciones favorables nacidas al amparo de los actos administrativos, la permanencia de cuyas situaciones habrían de ser protegidas por las intervenciones garantizadoras del Consejo de Estado o, en extremo, de los Tribunales, Y ello porque según la intensidad con que se manifieste el juego de los principios de seguridad jurídica -en función de la gravedad de la infracción del acto a anular- podrá determinar la privación del propio poder excepcional de revisión de oficio, con la consiguiente necesidad para la Administración de acudir a la vía contenciosa, y con la "garantía" suplementaria, en este caso, para los particulares, del mantenimiento de los mismos en 'La situación posesoria, garantía en último término no sustancial.

La evidencia de la justificación histórica de los poderes de revisión de oficio, que determina la necesidad de reconsiderar el juego de los

mismos y la comprensión del recurso de lesividad como con una prácticamente exclusiva finalidad de mantenimiento de los particulares en la situación posesoria frente a los intentos de anulación, ha sido, tal vez, la causa de que se intentara, en su momento, primero en el plano normativo y, después en la doctrina, como una nueva modalidad del clásico planteamiento del equilibrio ilegalidad-seguridad jurídica, una perspectiva intermedia entre los perjuicios que pudiera causar a la seguridad jurídica la revisión ejecutoria de oficio y la protección total que frente a los mismos proporciona el recurso de lesividad en su doble faceta garantizadora -la solvencia y garantía de los Tribunales y la protección de la situación posesoria. Ello, a través de entender que el acto de anulación, que no se tiene inconveniente en que se realice de oficio no deba, sin embargo, ser ejecutivo sino hasta que sea firme.

Así el Reglamento General de Contratación del Estado de 28 de diciembre de 1967 hacía quebrar la ejecutoriedad del acto de anulación en los casos de revisión de oficio de actos separables anulables, por medio de la prescripción del artículo 47 del mismo, según el cual, la anulación de aquellos actos separables sólo daría lugar a la liquidación del contrato cuando el acto de revisión sea firme. En esta misma línea, últimamente, no importa que en relación con la admisión de los poderes de revisión de oficio en las Corporaciones locales, se ha dicho que el riesgo que para la seguridad jurídica pudiera representar la revisión de oficio podría venir paliado mediante la privación de ejecutoriedad a los actos revisores hasta tanto no fueran firmes o no se pronunciasen los Tribunales si son impugnados.

Una excepción, sin embargo, es posible destacar, a nuestro juicio en el modo de plantear "La problemática de la revisión de oficio", excepción constituida por la singular posición de García-Trevijano, que, en un original planteamiento, salía de los moldes usuales en los que generalmente se encuentra envuelta esta institución en la doctrina.

Sin perjuicio de las conclusiones obtenidas en cuanto al recurso de lesividad, es claro, sin embargo, que al prescindir del uso del tópico de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos y de estrictos planteamientos de seguridad jurídica junto con una correcta aplicación de la teoría de las nulidades -señalando que la gradación de ilegalidades



que la manifiesta de los actos administrativos parece suponer es absurda adopta una postura metodológica con la que realmente no es difícil estar de acuerdo, y que en buena medida, ha estado presente en la elaboración de la figura de revisión de oficio que seguidamente se expone.

III. UNA FIGURA DE REVISIÓN DE OFICIO

Salvada, pues, alguna excepción, los planteamientos que, la doctrina efectúa acerca de la revisión de oficio no se Muestran a nuestro juicio, idóneos para la adecuada consecución de una figura jurídica de revisión de oficio de actos ilegales. Aun cuando suele partirse de la concepción del poder de revisar de oficio, como un poder que permite la eliminación de acto poder, es, tal vez, sobre todo, la escasa importancia que se atribuye a la invalidez de los actos que sirven de objeto a la potestad de revisión -junto a la ausencia de justificación teórica del poder en sí mismo considerado- el principal factor de distorsión en estas formulaciones usuales.

Por el contrario, parece evidente que un acertado planteamiento de la problemática de la revisión de oficio debe partir necesariamente de una correcta aplicación a la misma de las consecuencias institucionales de la ilegalidad de los actos administrativos, en virtud de la estrecha conexión del poder de revisión de oficio a los actos viciados de ilegalidad. No es otra, en efecto, la perspectiva desde la que la ley contempla la institución, siquiera el propio texto legal no haya sabido tampoco extraer todas las consecuencias de esta expresa vinculación. Junto a ello, y con carácter previo, deberá removerse cual sea el fundamento o la justificación que permite el ejercicio del poder de anulación de oficio -que no lo es la propia ilegalidad-, extremo al que la doctrina no ha prestado suficiente atención, y que será objeto de examen en su momento.

Pero antes de proceder a desarrollar esta manera de colocar la figura de la revisión de oficio, tal vez sea necesario poner de relieve aquella insuficiente atención que las construcciones usuales dedican a la conexión de la institución que son la teoría de las nulidades, así como efectuar una alusión instrumental a la propia teoría general de las nulidades.

1. La insuficiencia de los esquemas actuales

Dos aspectos, en nuestra opinión, pueden permitir mostrar la insatisfactoria valoración de la ilegalidad de los actos administrativos como objeto sobre el que recae el poder de anulación de oficio. Por una parte, la consideración de la mera ilegalidad objetiva como suficiente para provocar la eliminación del acto viciado permite la introducción en la decisión de anulación de razones de oportunidad, al tiempo que, por otra, las -según esto perfectamente lógicas- llamadas a los principios de seguridad jurídica se efectúan fuera del contexto que les es propio y como obstáculo a la anulación misma que, por demás, tan ampliamente consiente la posibilidad de revisión de oficio en base a la ilegalidad objetiva.

Es, ciertamente, la amplísima valoración del interés público que de estos planteamientos se deduce en relación a la posibilidad de utilización del mismo para la eliminación del acto objetivamente ilegal, cuyo interés público se enfrenta con una posible revisión de oficio efectuada en virtud de cualquier interés de la Administración pública, sea tal interés, un interés público, privado del funcionario, o, incluso, no existiendo ningún interés. Es claro, en efecto, que la consideración de la posibilidad de revisión de oficio en cuanto exista una ilegalidad objetiva plantea una arbitraria situación, al dejar a discreción de la Administración el interés público a satisfacer con el acto de anulación -la iniciación del expediente de revisión de oficio es suficiente demostración del interés público a la anulación, pero, en realidad, tras el expediente pueden encubriese intereses a los que el Ordenamiento no permite la actuación de las técnicas de ineficacia-desconociendo, con ello, en absoluto, los principios generales en materia de teoría de las nulidades, cuyas consecuencias institucionales exigen un juego disciplinado de los intereses en cuestión. La ausencia de toma en consideración de estas exigencias de la teoría de las nulidades conlleva, en definitiva, que la revisión de oficio se encuentra condicionada por razones de oportunidad puesto que estas son las que a la postre van a determinar la efectiva anulación del acto de que se trata. En semejantes planteamientos, en los que la ilegalidad objetiva es suficiente para la eliminación del acto viciado, el poder de revisión de oficio se concibe como utilizable con absoluta libertad en cuanto exista un acto ilegal, quedando a la elección de la Administración el interés a satisfacer con el acto de anulación de oficio sea este interés, un interés público de



cualquiera clase, no exista interés de aquella especie o lo sea, incluso, privado; se trate de un interés actual o un interés anterior de la propia Administración pública.

Estas formulaciones de la revisión de oficio explican cumplidamente la situación actual de la institución, volcada en consideraciones de seguridad jurídica, frente a cuyo amplísimo poder de revisión, la preocupación primera es la de poner a cubierto los derechos de los particulares, al estimarse que su uso, aun teniendo por objeto la eliminación de actos ilegales, constituye un atentado a la necesaria estabilidad de las situaciones favorables a los particulares, y frente al cual interviene una vez más la virtualidad del principio de seguridad jurídica, arbitrando garantías a favor del administrado: la intervención de los Órganos Jurisdiccionales o del Consejo de Estado, con función apreciadora y definitoria del vicio de ilegitimidad, hace efectivas esas "garantías", por decirlo en palabras del clásico trabajo de Lavilla.

Pero, en realidad, el planteamiento de la revisión de oficio sobre la base de una excesiva tendencia a la protección de la seguridad jurídica integra una errónea proposición, no sólo porque es equivocado partir de la consideración de la seguridad jurídica como estabilidad -puesto que la seguridad jurídica se realiza dentro del principio de legalidad,- sino, sobre todo, porque es en el seno de la teoría de las nulidades donde deben valorarse -las consideraciones de seguridad jurídica, limitándose el ejercicio de los poderes de revisión de oficio a aplicar los esquemas de ineficacia elaborados en teoría general.

Se ha afirmado, en efecto, que la pretensión de permanencia o estabilidad de las situaciones nacidas al amparo de los actos administrativos, al intentarse no al abrigo de la legalidad sino al margen de la misma constituye un claro factor de inseguridad jurídica, una coartada o instrumento al servicio de la arbitrariedad aplicativa, en la medida en que el principio de legalidad constituye, realmente, una garantía jurídica a favor del particular. Por ello, los requisitos procedimentales, como el dictamen del Consejo de Estado (que tras la LPC ha perdido lamentablemente su carácter vinculante) o la audiencia de los interesados que la doctrina usualmente afirma como elementos protectores de la seguridad jurídica y que realmente implican limitaciones al uso del poder de revisión de oficio, no pueden concebirse, sin embargo, como

usualmente se hace, como obstáculos al principio de legalidad al servicio de la seguridad jurídica, sino como instrumentos o medios dirigidos a la realización de ambos principios a la vez.

Pero por encima de estas consideraciones, que resultan en cierta medida aceptables parece evidente que el encaramiento legal de la revisión de oficio como un poder atribuido a la Administración para la eliminación de actos legales, ha de llevar consigo la aceptación de los esquemas de ineficacia elaborados por la teoría de las nulidades. Por ello si la ilegalidad de los actos administrativos determina una sanción - nulidad, anulabilidad- atribuida por el ordenamiento jurídico a la infracción que posibilita, a través de determinados cauces procesales, la ineficacia de aquellos acto si el sometimiento de la invalidez de los actos revisables de oficio a las consecuencias dogmáticas generales implica el traslado de las consideraciones de seguridad jurídica a la propia teoría general de las nulidades, en cuyo seno encuentran adecuada ponderación, como importante factor que el propio ordenamiento tiene en cuenta a la hora de determinar el régimen general de la producción de ineficacia.

A nuestro juicio, pues, la configuración de la revisión de oficio como una institución que permite la eliminación de actos ilegales, comporta el desplazamiento de la problemática de la aplicación de los postulados de seguridad jurídica a un ámbito más general, a la propia teoría de las nulidades, sin que frente a un poder concedido justamente para la eliminación de actos viciados pueda erigirse en obstáculo a la misma la aplicación, fuera de su ámbito, de consideraciones sobre la necesarias permanencia de las situaciones creadas al amparo de los actos administrativos, a salvo, naturalmente, las consecuencias sobre la seguridad jurídica de la buena fe o de su derivado el principio de la confianza legítima, de acuerdo con el antiguo artículo 112 LPA o el actual 106 LPC, una vez actuada la potestad de revisión de oficio.

Los argumentos de seguridad jurídica, el *quieta non movere* preocupación predominante esgrimida como limite al uso del poder de revisión de oficio no pueden considerarse frente a los planteamientos que parten de globalizadores de los poderes de la Administración contra sus propios actos, en los mismos términos con que se plantea en relación a los poderes de revocación en la medida en que en la revocación no



existe un acto ilegal, o su ilegalidad carece de relevancia. Frente a la posibilidad de eliminación de un acto ilegal, con que el propio ordenamiento sanciona su invalidez, no cabe la alegación de situaciones favorables surgidas de los actos administrativos como obstáculo a la eliminación misma, en cuanto es el propio ordenamiento el que permite en determinadas circunstancias y valorados ya los principios de seguridad jurídica, la destrucción de los efectos de los actos ilegales.

Por otra parte, estas mismas consideraciones no llevan a la afirmación de la inidoneidad de los planteamientos que encuentran justificados los límites a la revisión de oficio sólo en el caso de actos declarativos de derechos, mientras que se acepta libremente la eliminación de los actos no declarativos de derechos. En realidad, Y como más adelante tendría ocasión de comprobarse con, mayor detenimiento, frente al poder de revisión de oficio, tanto da que los actos a eliminar sean declarativos de derechos como que no lo sean, puesto que en ambos casos, si se pretende utilizar el poder de revisar actos ilegales, su ilegalidad habrá de ser igualmente puesta de relieve. Lo difuso del contenido de la expresión legal "actos declarativos de derechos", que puede plantear gravísimos problemas a la hora de saber si estamos ante un acto que "declara derechos" o no, junto a la ausencia de justificación dogmática a la libre anulación en caso de acto no declarativo de derechos -puesto que no se ve razón alguna para que la Administración pueda retirar pura y simplemente un acto ilegal en razón de esa misma ilegalidad, sin tener que someterse a las reglas que posibilitan esa misma retirada- hace que en punto a revisión de oficio no deba tenerse en cuenta el que un acto sea declarativo de derechos o no lo sea.

2. La conexión con la teoría de las nulidades

Ha sido, seguramente, la inexistencia en España hasta tiempos relativamente recientes (LPA, 1958), de una teoría general de las nulidades de los actos administrativos, que permitiese explicar el ámbito de actuación de un poder de eliminación de actos ilegales, lo que ha impedido extraer las lógicas consecuencias de la distinción, logrado en nuestra doctrina, sin embargo, relativamente pronto, entre revisión de oficio, esto es, eliminación de un acto por razón de su invalidez y revocación, retirada de un acto por razones de oportunidad.

Ello no obstante, la escasa importancia y el desviado juego que se da en las construcciones usuales al hecho de que sobre lo que la Administración actúa son actos ilegales, se efectuaba en contra y por encima de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo espíritu, resumido acertadamente en la Exposición de Motivos de la ley, acogía un planteamiento impecable, a través de la afirmación de dos ideas claves: la admisión, con naturalidad aceptando su plena justificación histórica, de los poderes de revisión de oficio de actos ilegales superando viejas concepciones que sin suponer eficaz garantía de los administrados, dificultaban extraordinariamente el ejercicio de los poderes de la administración, por una parte. Por otra, la aceptación de tal poder se hace, justamente, en los términos en que las consecuencias dogmáticas de los diferentes grados de invalidez autorizan. No otra cosa quería indicar en la Exposición de Motivos cuando se afirmaba que: determinada adecuadamente la invalidez de los actos administrativos, la distinción entre nulidad y anulabilidad forzosamente habrá de reflejarse en las facultades de la necesidad de apurar este planteamiento, (no satisfecha ahora tampoco adecuadamente por la LPC) como una de las claves de la construcción de figura jurídica de revisión de oficio, exigirá, siquiera sea brevemente y de manera puramente instrumental, una referencia a la teoría general de las nulidades, examinando los caracteres y efectos de la nulidad y la anulabilidad, cuya aplicabilidad a la revisión de oficio habrá de servir de pauta para la concreción del régimen jurídico de la revisión de oficio de los actos administrativos.

En términos de teoría general se habla de dos tipos de invalidez, la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa, supuesto que, con carácter general no se admite en nuestro ordenamiento la categoría de la inexistencia, cuyo supuesto máximo de invalidez, esto es, cuando el acto o negocio es intrínsecamente ineficaz y por ello carece de efectos, comporta una serie de consecuencias, fundamentalmente de tres tipos, la ineficacia negocio nulo se produce *ipso iure*, esto es, se produce de manera inmediata; se trata, por otro lado, de una ineficacia *erga omnes*, frente a todos y respecto de todo, al tiempo que, finalmente, la nulidad absoluta no es sanable por confirmación ni prescripción.

La producción de ineficacia *ipso iure* del negocio nulo equivale a decir que se produce por sí misma, sin necesidad de intervención judicial,



aún cuando esta intervención sea inevitable, en ocasiones, para vencer la resistencia de los que se opongan, y cuando sea necesario borrar la apariencia de validez, siendo su manifestación más llamativa la posibilidad de enjuiciamiento de oficio por parte del juez, sin que sea obligada su alegación por las partes, aunque para ello se haya tenido que superar el principio de justicia rogada, predominante en el procedimiento civil, y dejar de lado la exigencia de que la sentencia haya de ser congruente con la demanda.

Por otra parte, la nulidad de pleno derecho produce efectos generales o *erga omnes*, en cuya virtud cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra, y también a favor, de cualquiera, y cuya trascendencia general se explica por la indignidad o inadecuación del acto nulo para la protección jurídica. Según ello, no sólo será posible que cualquiera pueda pedir la nulidad, sino también la obligatoriedad de la eliminación de tales actos, indignos de toda protección jurídica.

Finalmente los actos nulos de pleno derecho no son sanables por prescripción ni por confirmación, puesto que la nulidad absoluta es indispensable para las partes, al estar fuera de la esfera de la autonomía de la voluntad.

Frente a la puesta en juego por el ordenamiento de tales medios excepcionales destinados a asegurar la ineficacia total del acto viciado, *erga omnes*, la nulidad relativa o anulabilidad viene esencialmente determinada por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado por la invalidez, que es quien únicamente puede utilizar la acción que el Ordenamiento le concede para provocar la ineficacia, junto al principio de seguridad jurídica que, encontrando en este marco su verdadero juego, se manifiesta en la posibilidad de que el acto anulable sane, si el interesado no reacciona en plazo por medio de su acción de nulidad o tácita o expresamente consiente el vicio de anulabilidad.

Estos esquemas dogmáticos, propios de la teoría general del Derecho, aun con las correcciones que la singularidad del Derecho administrativo pueda introducir en los mismos (fundamentalmente la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad), resultan perfectamente aplicables a la teoría de la invalidez de los actos

administrativos en cuanto, en definitiva, la dogmática se construye en principio con un cierto carácter tributario de las formulaciones del Derecho privado.

En efecto, la especial gravedad y trascendencia de los vicios de nulidad absoluta determina, en el ámbito del Derecho Administrativo, la afirmación de -idéntica posibilidad -o deber- de enjuiciamiento de oficio de la nulidad de pleno derecho sin necesidad de que haya sido alegada por las partes, saltando incluso por encima de las reglas que disciplinan la prioridad de pronunciamientos del juez de lo Contencioso.

Por otra parte, además, no sólo la *acción* de nulidad puede ser utilizada por cualquiera, sin necesidad de un interés específico en el asunto, sino que el propio Ordenamiento establece la obligatoriedad de la declaración de la ineficacia de los actos administrativos desde el momento mismo en que la invalidez absoluta sea descubierta.

Finalmente y de acuerdo con el correlativo esquema dogmático general, se afirma, en relación a la invalidez de los actos administrativos, la imposibilidad de convalidación de los actos nulos de pleno derecho y la imprescriptibilidad de la acción para pedir la nulidad.

Si la nulidad de pleno derecho puede ser apreciada por el juez sin necesidad de alegación de parte, aducida por cualquiera sin necesidad de un específico interés como consecuencia de la existencia en el propio ordenamiento de un interés en la producción de la ineficacia del acto nulo, y pedida en cualquier momento, el concepto de anulabilidad exige, por el contrario, para provocar la ineficacia del acto viciado, su alegación específica por la parte interesada efectuada en plazo, y en virtud de un interés sustancial idóneo para producir aquel efecto, que haga vencer la inercia convalidatoria del ordenamiento jurídico. Ante la inexistencia de este interés esgrimido por un sujeto legitimado a cuyo arbitrio el ordenamiento deja su utilización, el juego de los postulados de seguridad jurídica llevará consigo la producción plena de los efectos propios del acto ilegal, amparando definitivamente las situaciones surgidas de los propios actos viciados de anulabilidad.

De todo ello puede, en definitiva, deducirse que lo que la invalidez produce, en cuanto sanción que el ordenamiento hace recaer sobre un



acto que lo infringe es la imposibilidad de exigibilidad jurídica de los efectos que le son propios, y cuya eficacia es producida de hecho, consecuencia del privilegio de decisión ejecutoria que la Administración disfruta, puede ser destruida por medio del ejercicio de una acción otorgada por el propio Ordenamiento y destinada a restaurar el orden jurídico -acción que adoptará distinta modalidad o distinto régimen según el grado de invalidez de que adolezca el acto administrativo-, que, además, se interpondrá ante un sujeto que resulta atribuida positivamente la misión de declarar la nulidad o anular los actos.

Es posible, en efecto, observar como la mecánica del fenómeno de la anulación no consiste sino en la atribución de un poder de impugnación a determinados sujetos -cualquiera en la nulidad de pleno derecho, los interesados, en la anulabilidad- en función de un determinado interés -del propio Ordenamiento en la nulidad de pleno derecho, particular de los afectados, en la anulabilidad-, y un poder efectivo de anulación, atribuido a otro sujeto, generalmente los Tribunales. Pero este esquema general es corregido como una consecuencia de las singularidades del Derecho administrativo, y, en concreto, como un privilegio de la Administración como sujeto, en donde cabe la posibilidad de que ambos poderes, el poder de impugnación y el poder positivo de anulación (autoimpugnación y autotutela), estén, como ocurre en la revisión de oficio, unidos en un mismo sujeto, la Administración pública, pero sin que ello afecte a la necesaria diferencia conceptual entre ambos poderes de impugnación y anulación.

Según ello, el reconocimiento a la Administración de la potestad revisora de oficio no viene sino a determinar que el sujeto competente para producir, en su caso, la ineficacia de los actos inválidos, puede serlo la Administración, pero cuyo reconocimiento no autoriza a la propia Administración más que a eso, a producir, por sí misma, la ineficacia de los actos ilegales, pero debiendo ajustarse, en todo caso, al ejercicio de la acción de impugnación a las reglas generales que las técnicas procesales de ineficacia postulan y sin que le sea posible a la Administración alterar el juego de los esquemas que disciplinan estas técnicas. Es decir, paralelamente al otorgamiento de poderes de oficio sobre sus propios actos, el Ordenamiento otorga a la Administración una acción para intentar la ineficacia de los actos que ella misma puede

declarar, pero cuyo poder de impugnación se otorga en idénticos términos o condiciones que a los particulares el suyo. Por ello, la autoimpugnación tendrá distinto alcance y diferente régimen según se trate de provocar la ineficacia de un acto nulo de pleno derecho o de un acto anulable, de conformidad con los esquemas dogmáticos generales peculiares de cada grado de invalidez. Lo que por lo demás, se encontraba correctamente establecido en los artículos 109 y 110-2 de la Ley de Procedimiento administrativo y su Exposición de Motivos, según la cual y como se dijo, "la distinción entre nulidad y anulabilidad forzosamente habrá de reflejarse en las facultades de la Administración" sobre sus propios actos, esquema que aparece en su esencia inalterado en la actual LPC.

El reconocimiento de este poder a la Administración deja pendiente, sin embargo, el problema de su fundamentación dogmática. La ausencia casi total en nuestra doctrina de intentos de desarrollo del fundamento de la atribución de los poderes de revisión de oficio -que sin embargo, en general, se encuentra en la autotutela-, plantea la necesidad de adentrarse, con lo que, junto a la aplicación de las consecuencias institucionales de la teoría de las nulidades, queda bosquejado el núcleo esencial de problemas a examinar en la formulación de una figura jurídica de revisión de oficio que en sus rasgos esenciales, a continuación se pretende. Previamente, sin embargo, será necesario intentar una delimitación conceptual de lo que deba entenderse en nuestro ordenamiento por revisión de oficio, desde la perspectiva de considerar que se trata de un procedimiento que instrumenta el uso de un poder jurídico de eliminación de actos ilegales. Finalmente, habrán de analizarse los límites de la potestad, y la cuestión de los efectos indemnizatorios que la consideración de la revisión de oficio como aplicable exclusivamente a los actos declarativos de derechos plantea.

IV. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De acuerdo con los planteamientos efectuados, y con la sistemática propuesta, según las cuales, la revisión de oficio constituye un procedimiento a través del cual la Administración procede por si misma, sin necesidad del auxilio de los Tribunales, a producir la ineficacia de los



actos administrativos ilegales en los términos en los que las consecuencias dogmáticas de la sanción de invalidez autorizan, parece necesario, en este momento, proceder a aislar, en nuestro Ordenamiento, las figuras que pueden ser consideradas como de revisión de oficio dentro de los límites señalados, para a continuación, examinar el fundamento del propio poder de rescisión, su régimen jurídico sus límites y sus requisitos.

Es en el capítulo 1 del Título VII de la LPC, redactado bajo la rúbrica de Revisión de oficio, (antiguo capítulo 1 del Título V de la LPA) donde se encuentra la base normativa del análisis delimitador que se pretende.

Este Capítulo -artículos 102 a 106-, frente a la aparente intención de unidad que su rótulo presenta, esconde, en realidad, en su disciplina un buen número de figuras diversas entre sí, cuya conexión es puramente marginal, sistematizadas bajo el denominador común de la actuación de poderes de oficio de la Administración sobre sus propios actos. Bajo esta idea rectora, es decir, desde la perspectiva de los poderes de oficio de la Administración respecto de sus actos, se trataba en la Ley de Procedimiento de agrupar o sistematizar instituciones realmente heterogéneas. Es ilustrativo al respecto el texto de la Exposición de Motivos de la antigua ley de Procedimiento cuando señalaba que "la Ley se ocupa por primera vez de un modo completo en nuestro ordenamiento jurídico de las potestades de la Administración respecto de sus propios *actos*, distinguiendo los supuestos de nulidad, anulación, revocación y rectificación de errores materiales y de hecho". Pero es evidente que esta intención legal de unificar las figuras que regular con referencia a los poderes de Administración contra sus propios actos que persiste en la actual LPC, no permite, sin embargo, superar la radical diversidad sustancial de las instituciones agrupadas.

Esta heterogeneidad de institutos reunidos bajo un mismo rótulo se explica de alguna manera en los fenómenos de la trayectoria histórica de la Administración reclamante contra sus propios actos y en el nacimiento de un cierto espíritu de sistematización a consecuencia del acceso a una teoría de las nulidades. Parece claro, en efecto, que la agrupación, en un mismo lugar, de la anulación de oficio y de la revocación -y ello sirve también para explicar la colocación del recurso de lesividad-

surge de un mismo núcleo problemático, aun no definitivamente superado las posibilidades de acción de la Administración contra sus propios actos. Confundidas durante largo tiempo ambas figuras -en cuanto los motivos para proceder a la eliminación de un acto administrativo en vía administrativa permanecen prácticamente irrelevantes como configuradores de su régimen distinto-, el acceso a una teoría de las nulidades permiten la distinción conceptual y posibilitó la sistematización efectuada, sobre la base de que en ambos casos se actúan poderes de oficio. Este mismo espíritu sistematizador pudo muy bien haber dado entrada a la rectificación de errores materiales y de hecho, sobre la misma de actuación de poderes de oficio, si bien, realmente, la conexión de esta figura con las demás es mucho menos notoria que la de las restantes entre sí.

Es necesario por ello, determinar qué modelos responden a la idea de la revisión de oficio y cuales otros quedan al margen de esta calificación, supuesto como se indica, que la revisión de oficio hace referencia a la eliminación por la propia Administración, sin excitación de parte, esto es sin instancia o recurso que obliguen a resolver, de actos ilegales y, justamente, por razón de esta misma ilegalidad.

La diversidad esencial de aquellas figuras postula, pues la necesidad de aislar, sobre las premisas conceptuales sentadas, las figuras de revisión de oficio. En este sentido, se impone distinguir, precisando algunas de sus diferencias sustanciales, en los artículos 102 y siguientes de la LPC, una serie de institutos diversos. La acción de nulidad del artículo 102, la nueva y problemática figura de la "acción de anulabilidad" del artículo 103.1, el recurso de lesividad del artículo 103.2, la rectificación de errores del artículo 105.2 la revocación regulada en el artículo 105.1 y la propia revisión de oficio de los actos administrativos, en su sentido propio, de los artículos 102 y 103.1 de la Ley.

1. La acción de nulidad del Artículo 102 de la LPC

La Primera de las figuras que interesa analizar es la acción de nulidad que establece el artículo 102 de la nueva Ley de Procedimiento. Interesa, sobre todo precisar tres puntos en el análisis: En primer lugar, el carácter de verdadera acción de nulidad que institucionaliza el precepto. En segundo lugar, *indicar* que tal acción de nulidad se instrumenta no



mediante un recurso, propiamente dicho, sino, mejor, por medio de una tercera vía entre los recursos administrativos y la revisión de oficio. Para, en tercer lugar indicar cómo el artículo 102 se desdobra en el establecimiento de dos figuras, la propia acción de nulidad y la revisión de oficio autónoma de los actos nulos de pleno derecho.

a. El verdadero carácter de Acción de Nulidad de la "Solicitud" del Artículo 102 de la LPC

La evidencia de que el artículo 102 de la LPC consagra, al igual que su predecesor el artículo 109 de la LPA, una verdadera acción de nulidad cuando señala que la Administración podrá por iniciativa propia o a solicitud del interesado declarar la nulidad de los actos que lo sean de pleno derecho se constata, aunque con diversos matices, prácticamente por toda la doctrina española si bien existe alguna opinión discrepante, que trataba de asimilar la figura a una mera denuncia del particular y que tuvo, durante el inicio de la andadura del antiguo artículo 109 LPA, un cierto reflejo en la práctica jurisprudencial y del Consejo de Estado.

La doctrina jurisprudencial según la cual la disciplina del antiguo artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo no establecería una acción de nulidad, surge de la consideración de que la posibilidad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho que aquella norma otorgaba a la Administración en una facultad discrecional, por lo que el escrito que el particular dirigiese instando el uso de aquella potestad no tendría más valor que el de excitar el celo de la Administración, a modo de una denuncia o petición, pero quedando, en definitiva, la decisión última a la libre apreciación de la Administración. A tal conclusión se llegaba interpretando dos expresiones del propio precepto, entendiendo que "la dicción "podrá"; integraba una atribución discrecional de facultades, la decisión sobre cuyo uso corresponderá a la propia Administración como consecuencia del sentido gramatical del verbo (el que puede hacer una cosa, puede también no hacerla). Por ello la "instancia" a que aludía el artículo citado no obligaría a la Administración a resolver, sino que obraría a modo de denuncia o petición graciable, Razonamiento este, que podría llegar a plantearse respecto al actual artículo 102 LPC.

Abundando en las ideas que en contra de tal modo de interpretar el artículo 109 LPA -hoy 102 LPC- se han formulado, no sólo en el plano

de la pura exégesis sino, sobre todo, en el plano de la necesidad de configurar ese precepto como plasmación de las exigencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho tal vez puede resultar de interés referirse a un texto italiano, que, sin duda, debió estar a la vista de los redactores de la Ley de Procedimiento administrativo con la finalidad de poner de relieve las diferencias que lo separan las tantas veces citado artículo 109, en la medida en que este texto italiano responde casi con exactitud al planteamiento y la interpretación que el Tribunal Supremo pretendía efectuar de la "instancia" (hoy "solicitud") de aquel precepto como mera denuncia o petición graciable. Ello permitirá comprobar como el texto español salva adecuadamente la discrecionalidad de la atribución de la competencia, discrecionalidad que la norma italiana señala al mismo tiempo que la imposibilidad de considerar como una mera denuncia aquella "instancia" del artículo 1097 o la actual "solicitud" del artículo 102 LPC.

El texto italiano a que nos referíamos es el todavía vigente, (aunque la reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana 289/90 ha excluido su aplicación respecto a los actos dictados por las Regiones y provincias autónomas) artículo 6 del *Testo Unico della legge comunale e provinciale* de 3 de marzo de 1934, n. 383, según el cual, "*Il Governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare di ufficio o su denuncia, sentito in di Stato, gli atti viziati di incompetenza, eccesso di potere o violazioni di leggi o di regolamento generali o speciali*".

No parece que pueda ofrecer dudas que el legislador español de 1958 tuvo esta disposición a la vista a la hora de dar forma a la revisión de oficio de la Ley de Procedimiento administrativo, no sólo por la significativa similitud de la redacción -evidentemente, el artículo 109 de la Ley de Procedimiento era una reproducción casi literal del precepto italiano, sustituyéndose algunas palabras por otros, pero conservando intacta la sintaxis-, sino también por la notoria influencia que la doctrina y la legislación Italianas tuvieron en la redacción de nuestra Ley de Procedimiento administrativo, sin que, por lo demás en lo esencial, la nueva LPC haya alterado este esquema.

Pero lo que sobre todo interesa poner de relieve, aun por encima de la similitud de la redacción de los preceptos citados es la significación, que indudablemente expresa una voluntad consciente, de las



modificaciones introducidas por la Ley de Procedimiento administrativo en relación con su modelo italiano.

Antes, tal vez sea necesario exponer brevemente el sentido de la figura regulada en el artículo 6 TU de 1934.

Entre las diversas formas de anulación de oficio posibles en el Derecho italiano, la figura que recoge la disposición señalada es la conocida como *annullamento governativo*.

Para la utilización del genérico procedimiento de revisión de oficio esto es, el llamado *annullamento di ufficio* en Italia se exige, casi con unanimidad por la doctrina y con reiteración por la jurisprudencia, como requisito de legalidad de la anulación de oficio efectuada, la concurrencia en el propio acto de anulación de un interés público concreto y específico, es decir, para que la Administración pueda proceder a anular de oficio legítimamente no es suficiente que el acto a anular esté viciado, sea objetivamente ilegal, sino que es necesario, además, que un interés público concreto y actual, suficientemente justificado por la Administración, demande la anulación misma. Por lo demás, la discrecionalidad de este procedimiento se justifica, con naturalidad, deducida del propio concepto de anulabilidad.

Pues bien, en el *annullamento governativo*, a que se refiere el artículo 6 del TU de 1934 la exigencia de la concurrencia a la anulación, junto a la ilegalidad del acto que le sirve de objeto, de un interés público, concreto y actual, se sustituye por la exigencia de un tipo particular de interés, cuya discrecionalidad es, en si misma, muy superior a la que aquél implica: trata de un interés que la doctrina y jurisprudencia italianas denomina "alta administración", interés que prácticamente viene a coincidir con un interés de tipo político o gubernamental. Evidentemente, la concurrencia de un interés de esta clase viene a suponer *un plus* de discrecionalidad en la decisión gubernamental de anulación de oficio, respecto al procedimiento de revisión.

Es justamente de acuerdo con este breve esquema como debe entenderse, a nuestro juicio, la disciplina del artículo 6 del TU de 1934. Sobre la discrecionalidad inherente a cualquier anulación de oficio, la

anulación por el Gobierno, concebida según los esquemas básicos de aquélla, representa *un plus* de discrecionalidad respecto a la anulación de oficio, en cuanto que el interés de "alta administración" se acerca, en gran medida, a una decisión política. Se trata, por tanto, de una facultad libremente ejercitable, a impulso de aquellos intereses difícilmente fiscalizables, justamente por lo cual los posibles interesados solamente pueden denunciar al Gobierno la existencia de actos viciados, sin tener poder para iniciar un procedimiento de curso obligatorio. Los particulares, en su caso, no pueden hacer otra cosa, que excitar el celo del Gobierno mediante su denuncia, pero, en ningún caso, obligarle a dictar una resolución.

Sin duda, el legislador español fue consciente de este trasfondo de la figura tomada como modelo, y supo salvar las dificultades que podría suponer adaptar aquella figura a las exigencias institucionales de la nulidad de pleno derecho.

Efectivamente, las sustituciones efectuadas sobre la redacción del original italiano por el artículo 109 de la Ley de Procedimiento administrativo están cargadas de intención, siendo enormemente significativas. Así se sustituye, en primer lugar, la expresión *ha facoltà*, -por "podrá", precisamente porque con anterioridad la Administración no podía declarar la nulidad de sus propios actos. Se sustituye, en segundo lugar, la referencia a la denuncia por la llamada a la instancia", -hoy recordemos a la "solicitud", término paralelo a estos efectos-, cuyo significado concreto, y sobre todo su diferencia con la denuncia del modelo italiano, muestran claramente cuáles fueron las intenciones expresadas. Quiere decirse con ello que la especial relevancia de la nulidad de pleno derecho, su superior trascendencia *erga omnes*, permite a cualquier particular, en cualquier momento, pedir la declaración de nulidad, petición que, efectuada a través de una "instancia" o "solicitud", obliga a la Administración a iniciar procedimiento y, a dictar una resolución. Como hoy, respecto al término "solicitud", claramente precisa el artículo 42 LPC.

Finalmente, la sustitución de la referencia a los vicios de incompetencia, exceso de poder o violación de ley y reglamentos por la llamada a la simultáneamente estrenada disciplina del artículo 47 LPA,



que regula la ilegalidad, y que hoy se sustituye por la paralela referencia al artículo 62 LPC, explica justamente todo el sentido de la adaptación realizada en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento administrativo y mantenida en el artículo 102 de la LPC.

No parece, dudoso, pues, a la vista de lo anterior que el artículo 109 de la Ley de Procedimiento administrativo y hoy el artículo 102 de la LPC poco innovador, por fortuna, en este punto, había salvado adecuadamente las dificultades de adaptar a las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho, una figura no exactamente pensada para ello, consagrando, de esta manera, dos de las más importantes exigencias institucionales de aquella: la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y el carácter público de la misma.

b. La acción de nulidad como procedimiento intermedio entre la vía de concurso y la revisión de oficio

La acción de nulidad no es, por otra parte, propiamente un recurso administrativo, aunque, en realidad, esté muy cerca de los mismos. La noción de solicitud -de forma paralela a la antigua de instancia-, recogida en la propia LPC como trámite capaz de iniciar un procedimiento obligando a la Administración a seguirlo hasta recaer una resolución, es clara y distinguible de la noción de recurso administrativo que la propia ley regula.

La consagración legal de las consecuencias institucionales de la nulidad de pleno derecho exige la existencia de un procedimiento, no necesariamente identificable con un recurso -el procedimiento de declaración de nulidad excede, con mucho, las estrechas reglas de juego de los recursos-, que garantice su operatividad y sin el que aquellos consecuencias no serían más que meras disquisiciones teóricas.

La solicitud, pues, a que se refiere el artículo 102 de la LPC no es propiamente un recurso en el sentido de la Ley. Es una solicitud en el sentido del artículo 42, que instrumenta una particular acción de nulidad, acción de nulidad que constituye una tercera vía, para la eliminación de los actos nulos de pleno derecho, en vía gubernativa, entre los recursos administrativos y la revisión de oficio.

Se trata, por tanto, de un procedimiento especial, de una acción de régimen privilegiado, cuya utilización por los particulares puede ser alternativa o subsidiaria de los recursos administrativos en punto a la consecución de la ineficacia de los actos nulos de pleno derecho.

c. Las dos figuras del artículo 102 LPC: la acción de nulidad y la potestad autónoma de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho

Pero el artículo 102, disciplina, en realidad, dos figuras distintas, Por una parte, la acción de nulidad, cuya real funcionalidad como tal es puesta de relieve por casi toda la doctrina, en cuanto instrumento una exigencia institucional de la nulidad de pleno derecho, y, por otra, la revisión de oficio de los propios actos nulos de pleno derecho, cuya posibilidad, en sí misma, no depende, realmente, de las consecuencias dogmáticas de la nulidad radical.

No es, en la revisión de oficio, que la especial importancia de los vicios de nulidad postule la atribución a la Administración de un poder de revisión, de manera que pueda, en cualquier momento, eliminar de oficio los actos así viciados, sino que, por el contrario, la revisión de oficio se justifica, en cuanto poder en sí mismo considerado, en consideraciones distintas aunque -en la medida en que se trata de un poder que se atribuye justamente en función de las consecuencias institucionales de la invalidez- el ámbito de aplicación de este poder no sea otro que el propio de la teoría de las nulidades.

Por ello, antes la Ley de Procedimiento administrativo y hoy la LPC regulan, junto a la acción de nulidad como acción de régimen privilegiado, exigencia institucional de la nulidad de pleno derecho, la revisión de oficio de los actos viciados de nulidad *radical*, cuyo régimen jurídico peculiar, -posibilidad de revisión en cualquier momento, obligatoriedad de la revisión es consecuencia, precisamente del régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho, porque el poder de revisión de oficio atribuido por la legislación de procedimiento administrativo vale solamente en el ámbito de la propia teoría de las nulidades, se otorga en función de su disciplina y con la finalidad de posibilitar a la Administración la aplicación del régimen jurídico de aquella sin necesidad de acudir al auxilio de los Tribunales.



La posibilidad de que la aplicación de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho, en vía de recurso, otorgue a la Administración poderes de oficio de que usualmente no dispone, hace necesarias algunas precisiones, para distinguir el diferente origen y fundamento de ambos poderes. El distinto juego -autónomo- de los poderes de revisión de oficio respecto de los poderes, también de oficio, pero consecuencia éstos -es decir, el propio poder, en sí mismo considerado- de las exigencias de la nulidad de pleno derecho, y que se manifiestan en el marco procedimental de los recursos administrativos, es lo que a continuación va a ser examinado.

Como en su momento se indicó, las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos vienen constituidas por la posibilidad del enjuiciamiento *ex officio* del acto nulo por el carácter público de la acción para pedir la declaración de nulidad y por la imprescriptibilidad propia de esta acción de nulidad. Pues bien, los poderes de *revisión* de oficio no son consecuencia de este régimen de la nulidad de pleno derecho, como tal vez pudiera pensarse sino, justamente, como se verá, de la posibilidad que a la Administración se le reconoce de autotutelar sus propios derechos e intereses, a su impulso, con el mismo alcance que los Tribunales, esto es, con aplicación plena del régimen jurídico de la invalidez. Por ello, los poderes de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho aplican aquel régimen jurídico, pero no son consecuencia del mismo.

Efectivamente, la Administración puede tener conocimiento de la nulidad de pleno *derecho*, de un acto administrativo a través de distintos caminos, en cada uno de cuyos casos, el ejercicio del relativo poder tiene una justificación distinta, aunque el procedimiento y los resultados vengan a ser los inicios, en cuanto que el régimen jurídico a aplicar -el derivado de la nulidad de pleno derecho- es idéntico. Pero los poderes de revisión de oficio, aunque instrumentados a través de idéntico procedimiento que la acción de nulidad, no son consecuencia de una exigencia institucional de la nulidad de pleno derecho.

La Administración puede descubrir la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo a través de su alegación específica por el particular que utiliza la vía especial instrumentadora de la acción de nulidad, estaríamos, en este caso, ante el ejercicio de raros poderes de

revisión de oficio, sino de resolución de recurso, justificándose la existencia de un tal recurso privilegiado -sin plazo, sin legitimación- en la necesidad de plasmar en Derecho positivo las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho.

Se trataría, aquí, en definitiva, del uso de una acción que, aun cuando no es identificable exactamente con los recursos administrativos responde a sus mismos planteamientos.

Puede la Administración, por otra parte, tener conocimiento de la existencia de una nulidad de pleno derecho a través de su alegación por un particular interesado en un recurso administrativo entablado en el tiempo y forma, lo que, a nuestros efectos, no plantearía ningún problema.

Ahora bien, las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho, harían surgir poderes no existentes, con carácter general, en manos de la Administración en la resolución de recursos administrativos -poderes que, a pesar de las apariencias no serían nunca identificables con los poderes de revisión de oficio- cuando la nulidad radical surgiera o se detectara, en el seno de un recurso administrativo, *sin haber sido alegada por el particular*, o si, alegada o no, tal nulidad absoluta *fuera apreciada en un recurso administrativo extemporáneo*. En estos casos surge el poder, de ejercicio obligatorio, de la Administración de sacarse las reglas procedimentales respecto al orden de enjuiciamiento de las pretensiones, en aplicación de la doctrina de los vicios de orden público, cuya aplicabilidad a la administración es indudable, y de apreciar de oficio la nulidad de pleno derecho, en cumplimiento de la exigencia institucional del enjuiciamiento *ex officio*.

Finalmente, podría la Administración apreciar y declarar la nulidad de pleno derecho, de oficio, como consecuencia de la atribución general y previa por el ordenamiento de este poder específico, y no en aplicación de la exigencia institucional del enjuiciamiento *ex officio* o de la doctrina de los vicios de orden público. Ello porque los poderes que estas consecuencias producen, lo hacen en el seno de un recurso promovido a instancia de parte, justificando aquellas exigencias dogmáticas la existencia y el uso del correspondiente poder.



Nos referimos aquí, por el contrario, como revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, a los casos en los que fuera del marco procedimental de un recurso, la Administración procede, por su propio impulso, en virtud de sus poderes de autotutela reconocidos por el ordenamiento, y a través del desarrollo de una mera actividad interna, al descubrimiento y declaración de la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

Sin duda, es a estos supuestos a los que se refiere el artículo 102 de la LPC cuando señala que la Administración podrá, de oficio, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62. 1 LPC. Ello integra la atribución de un poder específico, cuya justificación se encuentra en la propia concesión legal, y no identificable con los otros poderes que, también de oficio, pueden surgir por aplicación de las consecuencias dogmáticas de la nulidad radical, cuando esta nulidad se pide por un particular. Por ello, por lo demás, puede afirmarse una única justificación, un único fundamento de los poderes de revisión de oficio, en los actos que les sirven de objeto nulos de pleno derecho o anulables, lo cual no sería posible si la potestad de declarar la nulidad de aquellos actos tuviera su fundamento en las exigencias de la propia nulidad.

Por consiguiente, puede concluirse que el artículo 102 de la LPC contiene una doble disciplina: instrumento, por una parte, la aplicación de las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho, en cuanto a su juego a petición la parte y en el seno de los recursos, reconociendo, por otra, poderes de autotutela en manos de la Administración que le permiten revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho.

2. La acción de anulabilidad del artículo 103 LPC

Uno de los cambios más llamativos y más susceptible de crítica de los muchos que incorpora la nueva Ley de Procedimiento es la introducción de una acción en manos de los particulares para excitar la anulación de un acto como consecuencia de vicio que provoca no su nulidad, sino su mera anulabilidad, acción que aquellos pueden ejercer durante el mimético y más que generoso plazo de cuatro años desde que el acto impugnado fue dictado.

Las razones que explican, pero no justifican, esta figura no son otras que las críticas, sobre el soporte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que suscitaba en nuestra doctrina lo exiguo de los plazos para la interposición de los recursos administrativos, contados por días, frente a los generosos plazos civiles, y su carácter de requisito *sine qua non* para el acceso al recurso jurisdiccional.

La solución ofrecida por el legislador no es, sin embargo, convincente, ya que en vez de abordar el problema directamente, ampliando los plazos de recurso en un período razonable, y declarando la vía administrativa previa al Contencioso como meramente potestativa, se ha preferido crear una figura paralela a la acción de nulidad de pleno derecho del artículo 109 de la antigua LPA, pero sin que, en este caso, dicha acción se corresponda con los postulados que justifican la anulabilidad de los actos administrativos, sino que más bien, tal figura los contradice abiertamente, no resultando, en absoluto, una consecuencia de exigencia institucional alguna.

Dicha solución atenta, por el contrario, en una hipertrofia evidente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contra los postulados mínimos de la seguridad jurídica, al crear sin período de incertidumbre en el ejercicio de los derechos respecto a los destinatarios de actos beneficiosos susceptibles de tener efectos frente a terceros (actos con *Drittwirkung*), nada menos que de cuatro años. Solución esta, por lo demás, que hasta donde se nos alcanza, no tiene parangón en el Derecho comparado, que defiende los derechos del tercero perjudicado en el seno de la institución del recurso administrativo o del contencioso, que simplemente pueden ser dotados de plazos razonables.

3. El recurso de lesividad

Otra de las figuras que la Ley de Procedimiento administrativo incluye bajo la rúbrica de "Revisión de oficio" es el recurso de lesividad, cuya conexión con la propia revisión de oficio es evidente, durante el siglo pasado, como recurso sucesivo a la posibilidad de autoimpugnación que la administración poseía.

El recurso de lesividad representa, hoy, en el texto de la ley, un instrumento alternativo de la revisión de oficio en cuanto a los poderes



de la Administración sobre sus propios actos ilegales, en la medida en que, como se, dijo, la revisión de oficio ha venido a sustituir, en una parte sustancial de su ámbito, el recurso de lesividad. Este proceso no es ahora un procedimiento sucesivo a la posibilidad del autorrecurso, sino que se articula en un mismo plan que la anulación de oficio, dependiendo la necesidad de su ejercicio, en el texto de la ley, de que los actos que se pretenden eliminar no hayan infringido gravemente (manifiestamente en la LPC) la Ley.

Como se tuvo ocasión de observar, a nuestro juicio, la tensión planteada entre la revisión de oficio y el recurso de lesividad debe ser resuelta en el sentido de la supresión de este último en cuanto carente en absoluto de justificación e incompatible con la existencia misma de los propios poderes de revisión. El genérico reconocimiento a la Administración de poderes de autotutela y la conexión estrecha de la revisión de oficio con la teoría de las nulidades abolían su supresión con carácter general, sin que las distinción que la ley de Procedimiento administrativo estableció entre actos legales y los que no lo son, o la establecida hoy por la LPC sobre la base de la gravedad del acto, para permitir el uso de potestades de oficio u obligar a la utilización del proceso de lesividad, puedan servir más que para corroborar este criterio.

Se puede, pues, tratar de completar aquí, al hilo de la referencia al recurso de lesividad, que evidentemente no es un procedimiento de revisión de oficio la cuestión de la propia existencia del recurso de lesividad, mantenido por la ley sobre la base endeble de la afirmación de la existencia de actos inválidos no manifiestamente ilegales (o no gravemente infractores ahora, lo que suscita una problemática muy semejante), al tiempo que ello nos permitirá de alguna manera determinar con mayor precisión el objeto sobre el que recae la potestad de revisión de oficio, esto es, la ilegalidad de los Actos administrativos.

La razón que determinó la introducción en esta materia de la calificación de la manifiesta ilegalidad para poder hacer uso de la potestad revisora, expresión que cuenta una cierta tradición en el ámbito del Derecho local, no entra, en realidad la necesidad de arbitrar una solución intermedia que evitase la total supresión del recurso de lesividad a costa de la admisión de los poderes de revisión de oficio, poniendo de relieve como tampoco esta vez, ninguna razón teórica estuvo en la

base de la consagración del criterio de la manifiesta ilegalidad en materia de revisión de oficio. En efecto, la posibilidad, que sin duda, los redactores de la Ley de Régimen Jurídico tuvieron bien presente, de que la admisión pura y simple de los poderes de revisión de oficio gestada en la jurisdicción de agravios pudiera suponer la automática desaparición del recurso de lesividad, se presentó seguramente inviable ante la fuerza del arraigo del proceso de lesividad -y la excesiva ampliación de los poderes de la Administración que aquella desaparición hubiera, sin duda, podido sugerir en la doctrina-. Por ello, la Ley de Régimen Jurídico, con esta única finalidad, optó por una solución de compromiso manteniendo el recurso de lesividad sobre estas bases rigurosamente atécnicas. Aceptado en el espíritu de la ley que ninguna razón teórica o institucional, e incluso histórica, justificaba la necesidad de que cada vez que la administración pretendiese la eliminación de uno de sus actos ilegales tuviese que acudir el proceso de lesividad, no obstante, el peso de la doctrina tópica de la irrevocabilidad no aconsejó la supresión definitiva de un instrumento que tan adecuadamente protege la situación posesoria de los particulares, con lo que, en definitiva, se vino a articular un híbrido sistema en el que junto al reconocimiento de los poderes de decisión ejecutoria, de autotutela, se niegan al mismo tiempo tales poderes, en una mixtificación semejante a la existente durante buena parte del siglo XIX, pero esta vez, probando en mayor medida su incoherencia, en un mismo plano, actuando simultáneamente, esto es, como alternativa.

La noción de infracción manifiesta de la ley como momento diferenciador en el ámbito de los poderes de la Administración contra sus propios actos, del uso de potestades de revisión de oficio, venía siendo entendida, en su doble función actúan como caracterizadora de actos cuya infracción ilegal sea, en formulación ya clásica, "descubierta y patente", de suerte que aparezca por la mera confrontación del contenido del acto con el precepto que le regula, sin necesidad de acudir a la interpretación o exégesis, al mismo tiempo que la propia infracción debía serlo, en la LPA, de Ley en sentido formal, según lo sostuvo la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, hasta el momento mismo de la derogación de la LPA, admitiéndose expresamente en la nueva regulación introducida por la LPC la infracción grave, ya no manifiesta, no sólo de Leyes sino también de Reglamentos, como presupuesto habilitante de la revisión.



Aquella particular limitación del objeto de la revisión de oficio, que, se admitía justamente en los supuestos en que, según el tenor legal, integraban los casos más graves de infracción de la norma, se trató de justificar con argumentos propios de los planteamientos de seguridad jurídica, en la afirmación de que en los casos de infracción no manifiesta de la ley, precisamente por el menor grado de ilegalidad, aquellos principios de seguridad se manifiestan con mayor virtualidad, comportando que la ineficacia de tales actos deba ser provocada bajo la mayor garantía de los Tribunales de Justicia.

Pero esta artificial distinción entre actos manifiestamente ilegales y actos no manifiestamente ilegales, surgida cabalmente para hacer frente a una situación puramente coyuntural -lo que pone de relieve la ausencia en la misma de la más mínima pretensión de rigor- no puede servir para justificar la partición de dos regímenes jurídicos de anulación de actos a instancia de la Administración, como si fuera posible pensar que los actos manifiestamente ilegales comportan un régimen peculiar, excepcional y distinto de la generalidad de los actos anulables que realmente son. Por el contrario, esta consideración de los actos manifiestamente ilegales como actos anulables, a cuya generalidad hay que entender referidos los poderes de revisión de oficio, junto a la inoperancia práctica de la distinción, permiten afirmar que la de oficio, deba tener por objeto toda infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

La doctrina que se ha ocupado, entre nosotros, del estudio de la teoría de las nulidades señala que el sistema de lista seguido por nuestras leyes de Procedimiento administrativo para determinar los supuestos de nulidad de pleno derecho, ni agota todas las hipótesis de tal grado de invalidez ni contiene las de mayor gravedad, resultando alguno de los casos del antiguo artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo inoperante en la práctica (como posiblemente ocurrirá con alguno del actual artículo 62 LPC]. Por ello, se postula, a los efectos de precisar con mayor rigor los casos de nulidad de pleno derecho, la referencia a otros criterios que incluyan los supuestos posibles. Se habla, así, de criterios más amplios, como la trascendencia de orden público de los vicios de nulidad de pleno derecho. La referencia a semejante criterio, comporta, naturalmente, la ampliación del número de los actos viciados de nulidad absoluta, en relación con el actual

sistema de lista, en el sentido de que serían considerados tales todos los actos con vicios de especial trascendencia, de especial gravedad, cuyos vicios lo fuesen de orden público.

Pues bien, es evidente que en este contexto ampliatorio de las nulidades de pleno derecho en función de la trascendencia de la infracción, la idea de la manifiesta ilegalidad podría jugar un importante papel si por manifiesta ilegalidad se entiende, no una ilegalidad aparente, patente, notoria, sino una ilegalidad de especial gravedad y trascendencia que pudiera permitir considerar a los actos manifiestamente ilegales como nulos de pleno derecho y justificar, así la excepcional, potestad anulatoria de oficio.

No obstante, sobre el hecho de que la nulidad de pleno derecho no podría justificar nunca por sí misma, la atribución de poderes autónomos de revisión de oficio lo cierto es que los actos manifiestamente ilegales, por lo menos en su juego respecto de la revisión de oficio, no pueden ser considerados como nulos de pleno derecho. Si la Ley de Procedimiento administrativo hubiera pretendido tal cosa, evidentemente, no hubiera distinguido entre actos nulos de pleno derecho y actos "manifiestamente ilegales", a los que no resulta de aplicación la disciplina de aquellos.

Supuesto, pues, que no se pueden identificar los actos manifiestamente ilegales con los actos nulos de pleno derecho, la conclusión a obtener es obvia, los actos manifiestamente ilegales, sea el carácter manifiesto de infracción considerado en relación a su evidencia, lo sea respecto a su particular gravedad o trascendencia; venga constituida la ilegalidad por infracción de la ley en sentido formal o del bloque de la ilegalidad, no son sino actos anulables, lo mismo que los no manifiestamente ilegales, sin que, por ello quepa, en ningún caso, admitir la posibilidad de que tales actos anulables notoriamente infractores de la ley puedan comportar consecuencias institucionales peculiares y distintas de las que la teoría general les atribuyera a los actos anulables en el abanico de cuyas consecuencias institucionales no es posible encontrar referencia alguna a la necesidad o innecesariedad de la utilización de la revisión de oficio o del recurso de lesividad para provocar la ineficacia de los actos en cuestión. El problema de la alternativa de la revisión de oficio y el recurso de lesividad, como se ha puesto de relieve, se plantea



en un plano distinto, en una relación dialéctica de oposición e incompatibilidad.

Por otra parte, la cualificación introducida por la Ley al distinguir un tipo especial de infracciones manifiestas, que, por lo demás, no puede referirse a otra cosa que al criterio de la evidencia -en cuanto carece de sentido referirse a los actos anulables con infracciones especialmente graves si la propia gravedad no determina, con carácter general, unas particulares consecuencias productoras de ineficacia-, sobre introducir claramente un rechazable factor de inseguridad en el sistema presenta una gradación absurda de las -ilegalidad que conduce a su total ineficacia práctica en cuanto, como se ha dicho: "una ilegalidad -contrario a Derecho un acto- o es manifiesta o no existe".

La nueva regulación legal, contenida en el artículo 103 de la LPC no hace sino poner más en claro el carácter marcadamente anacrónico y residual de esta figura, ya que, de una parte, abre la posibilidad de que la infracción de normas reglamentarias de lugar a un procedimiento de revisión de oficio, reduciendo el ámbito formal de aplicación de la figura al eliminar uno de sus feudos tradicionales, y de otra, la sustitución del término "manifiesta" para adjetivizar la ilegalidad, por la expresión "grave" infracción del ordenamiento jurídico, ahonda en el carácter arbitrario del parámetro decisor de la aplicación de una u otra institución, pues si es difícil precisar cuando la infracción es manifiesta, puede resultar imposible determinar cuando es grave, si no se ofrecen criterios seguros que gradúen los efectos de la infracción y permitan el uso razonable de tal calificativo. El único criterio de tal entidad conocido en nuestro Ordenamiento es, como hemos visto, el que clasifica las infracciones merecedoras de una nulidad de pleno derecho o simplemente anulables, con lo que la novedad de la ley ha empeorado probablemente la situación provocando un claro retroceso técnico-jurídico. Es muy significativo recordar como la doctrina alemana, ante la necesidad de definir, en el período que medió entre el fin de la segunda guerra mundial y la publicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1976, los supuestos en los cuales una infracción incurría en causa de nulidad de pleno derecho optó mayoritariamente por admitir que lo fuera el carácter manifiesto de la misma (la doctrina de la evidencia, en sus muchas y matizadas variantes) frente a la determinación de su "gravedad", por considerar el primer criterio técnicamente más depurado.

Por otra parte, frente a quienes justifican la pervivencia del recurso de lesividad basándose en su pretendido carácter garantista, al proteger, supuestamente, la situación posesoria de los particulares y su seguridad jurídica, cabe señalar que -tal garantía es puramente ilusoria, consistiendo en una mera "ventaja" adjetiva, sin contenido material, ya que si bien el particular mantiene su situación posesoria, deberá afrontar, sin embargo, un costoso y largo pleito, que puede dar al traste con la relación jurídica nacida con el acto, sin que ello pueda evitarse, en los casos en los que verdaderamente esté justificado, por medio de las nuevas técnicas de tutela cautelar que, por el contrario, pueden paralizar la eficacia del acto revisorio.

Debe notarse, por lo demás, que los supuestos en los que procede el recurso de lesividad (infracción "menos grave" o según la antigua redacción, "no manifiesta"), constituirían en el Derecho alemán, por ejemplo, una causa de exclusión del ejercicio de las potestades de revisión de oficio, ya que en el conflicto entre la seguridad jurídica que ampara al particular y el interés público de la Administración a la retirada del acto administrativo, se habrá de imponer normalmente aquélla si la lesión a reparar lo es como consecuencia de una infracción "leve" o -no notoria.

Por todo ello, admitidos los poderes de revisión de oficio, cuya justificación histórica y su peculiar sentido de oposición frente al recurso de lesividad resultan indudables, y admitidos justamente en relación con todos los actos ilegales, la más elemental corrección lógica impone negar la posibilidad del juego de una arbitraria distinción sin fundamento teórico alguno, y afirmar que la revisión de oficio debe tener por objeto toda infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

4. La rectificación de errores

La referencia en el artículo 105.2 de la LPC a la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, entre las figuras agrupadas bajo el rótulo de "Revisión de oficio", se explica por la sistemática seguida por la propia Ley, y ya presente en la anterior LPA, reuniendo instituciones diversas bajo el denominador común de los poderes de oficio de la Administración sobre sus propios actos.

Sin embargo, la actuación por la Administración de estos poderes de oficio es prácticamente la única cosa en común que la rectificación



de errores tiene con la revisión de oficio. Por el contrario, las diferencias son claras: la rectificación de errores opera sobre un acto válido, cuya declaración de derecho permanece inmodificable: el acto sobre el que opera la rectificación no desaparece del mundo del Derecho, ni es sustituido ni confirmado.

Por su parte, y como ha tenido ocasión de comprobarse, la revisión de oficio supone la existencia de un acto ilegal.

No obstante, en determinados casos, cabe la posibilidad de errores de hecho que conllevan la ilegalidad de la declaración de derecho en que el acto administrativo consiste. Ello comporta, al concederse a la Administración la posibilidad de eliminar de oficio el acto así viciado, que la eliminación de tal error no constituye un supuesto de rectificación de errores, sino, justamente, de revisión de oficio. Se trata de casos particulares, expresamente especificados, que juegan con independencia de los poderes de revisión de oficio generales, y cuya eliminación viene autorizada por la jurisprudencia sin particulares requisitos procedimentales, constituyendo realmente una ampliación de aquella potestad revisora.

5. La revocación en sentido propio de los actos administrativos

Otra de las figuras que cae, realmente fuera del ámbito de este trabajo, por las razones arriba apuntadas, es la revocación, bastando, en este sentido, a nuestros efectos señalar que la revocación, usualmente, se entiende como la eliminación de un acto válido por razones de oportunidad, mientras que la revisión de oficio presupone un acto ilegal.

Respecto de la nueva figura introducida por la LPC en el artículo 105.1, que permite la libre revocación de los actos no declarativos de derechos o de gravamen debe simplemente decirse que es sumamente criticable, ya que, sobre la ausencia de procedimiento para poner de manifiesto la inoportunidad del acto a revocar el interés jurídico a la revocación, parte de la errónea suposición de que todos los actos producen efectos lineales, sin considerar la posición del tercero beneficiado por el acto de gravamen, el derecho a un trato igual que asiste a otros posibles ciudadanos que se encuentran en la misma

situación o la aplicación del respeto a una recta constitución del ordenamiento jurídico, como se verá después.

No obstante y tal vez sea oportuno, en este momento hacer referencia a alguna cuestión que de alguna manera ha quedado apuntada, y sobre la que se volverá más adelante. Me refiero a la afirmación efectuada en relación con la revisión de oficio de actos no declarativos de derechos, que las tesis usuales entienden libremente revisables y que, a nuestro juicio, deberán ser sometidas al común procedimiento de revisión de oficio. Frente a la corriente afirmación de la libre revisibilidad de oficio de los actos no declarativos de derechos que en la mayor parte de los casos producirán revocaciones puras y simples no porque en la eliminación no se tiene en cuenta la ilegalidad del acto que se elimina sino también porque el planteamiento de libre eliminación de aquellos actos es el planteamiento típico de la revocación, hay que indicar la necesidad de la utilización del procedimiento de revisión de oficio, sea el acto declarativo de derechos o no lo sea, siempre que la ilegalidad sea relevante para la declaración de ineficacia del acto, en cualquier caso sin que se pretenda la eliminación de un acto administrativo por ilegal esta retirada del acto deberá efectuarse con arreglo a los procedimientos formales establecidos al efecto.

Ahora bien, esto, naturalmente no quiere decir que siempre que exista un acto ilegal, la Administración deba proceder a su retirada a través de la puesta de relieve de su invalidez y del uso de los procedimientos establecidos para ello. La invalidez de los actos, y esto es lo que se quería indicar, no es obstáculo, en efecto, a que si la Administración, prefiere utilizar los procedimientos de revocación, en los términos en que los mismos sean consentidos, no pueda hacerlo. Nada impide que la Administración ante un acto ilegal utilice los procedimientos de revocación con sujeción a sus reglas específicas siempre, lógicamente, que la ilegalidad permanezca irrelevante.

No parece a nuestro juicio que la afirmación de que la revocación supone la eliminación de actos válidos puede llegar a impedir la revocación de actos ilegales, cuya ilegalidad no es relevante frente a la eliminación. Según es la Administración podría optar ante un acto ilegal e inoportuno por revocación -irrelevante la ilegalidad- con arreglo a sus límites y al



respecto, en su caso, de los eventuales derechos afectados, o por poner de manifiesto la ilegalidad del acto, concurriendo los requisitos del correspondiente grado de invalidez, a través del adecuado procedimiento de revisión de oficio.

Ahora bien, todas las veces que la Administración intente eliminar un acto, fundándose en que es ilegal, deberá hacer uso del correspondiente procedimiento independientemente de la calificación del acto como declarativo de derechos, declarativo de obligaciones o aparentemente sin ningún interesado, evitándose de esta manera la posibilidad, tan frecuente, de verdaderas revocaciones de actos ilegales so pretexto de que son "ilegales, pero no declarativos de derechos".

6. Revisión de oficio de disposiciones

Sin perjuicio de que la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias no se encuentra expresamente regulada en el epígrafe correspondiente de la Ley de Procedimiento administrativo, parece necesaria una breve referencia a esta posibilidad, aun cuando haya de afirmarse que nuestro trabajo se dirige fundamentalmente al estudio de la revisión de oficio de los actos administrativos, a lo que, por ello parece evidente que esta particular modalidad de revisión de oficio, que carece de equivalente en los Ordenamientos de nuestro entorno, parece ajena.

Como es sabido, es la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960, la norma que regula el procedimiento para revisar de oficio las disposiciones nulas de pleno derecho, cuyo procedimiento fue dictaminado favorablemente por el Consejo de Estado, y cuyos objetivos primordiales parecen ser exclusivamente la posibilidad de fiscalización de las disposiciones de un Departamento ministerial por otro distinto, y la posibilidad de la producción de eficacia retroactiva *ex tunc*, de la declaración de nulidad efectuada, frente a la común eficacia *ex nunc* de la general posibilidad de derogación de las normas.

Ambos objetivos, en la medida en que no se ven muy claras -las razones para justificar, uno u otro, permiten poner en tela de juicio la bondad del sistema instaurado en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960, salvo, tal vez -en una interpretación por analogía de

lo dispuesto en el artículo 102 LPC-, en cuanto el mismo pueda implicar la consagración de una acción de nulidad para la impugnación de los Reglamentos ilegales. Por lo demás, hay que declarar que, un sector de la doctrina española ha entendido tras la LPC que la posibilidad de revisión de oficio de disposiciones reglamentarias quedaba derogada, ya que el artículo 102 no se remite al artículo 62. 2 LPC, donde se regulan las causas de nulidad de los reglamentos, sino sólo al artículo 62.1 que hace referencia exclusivamente a los actos administrativos.

7. La revisión de oficio de los actos administrativos

La imposibilidad de considerar al recurso de lesividad como manifestación del ejercicio de poderes de oficio, la ausencia de acto inválido en la rectificación de errores -aunque su eventual existencia daría lugar a una ampliación de los poderes de revisión de oficio- o su irrelevancia en la revocación, impiden, por diversas razones como se observa, la consideración de estas instituciones jurídicas como integrantes de figuras o modalidades de la potestad revisora de oficio de actos administrativos -aun cuando la ley las incluya bajo un mismo rótulo-, esencialmente determinada por la estrecha conexión de la atribución de poder en relación a la invalidez de los propios actos administrativos.

Resulta posible, pues, de acuerdo con lo dicho, afirmar sin violencia la existencia de dos figuras jurídicas de revisión de oficio, de acuerdo, o en aplicación, de las consecuencias dogmáticas de la invalidez de los actos administrativos; la revisión de oficio autónoma de actos nulos de pleno derecho, compatible con la existencia en el mismo precepto -hoy en el artículo 102 de la LPC- de una acción de nulidad que se sustancia por procedimiento común, y la revisión de oficio de actos anulables, cualquiera que sea el carácter -manifiesto o no, grave o no- de la infracción jurídica que determina la anulabilidad.

V. EL FUNDAMENTO O LA JUSTIFICACIÓN DE LOS PODERES DE REVISIÓN DE OFICIO: LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Precisado el alcance con que se entiende la revisión de oficio, a través de la delimitación efectuada con algunas figuras que pudieran



considerarse cercanas, parece oportuno en este momento, indagar cual sea el fundamento o justificación del poder que a la Administración se reconoce para proceder por si misma, sin auxilio de los Tribunales, a la anulación de oficio de los actos que ella misma ha emitido, supuesto que a tales efectos no es suficiente la aplicación rigurosa de la teoría de las nulidades, por encima, incluso, de los casos dudosos que la aplicación de las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho puede presentar. Como se indicó, en este sentido, no deben confundirse los poderes de revisión de oficio con la consecuencia institucional de la nulidad de pleno derecho del enjuiciamiento de oficio que da lugar a la aplicación por la propia Administración de la doctrina de los vicios de orden público en el seno de un recurso administrativo, incluso extemporáneo. Esta aplicación de la doctrina de los vicios de orden público -y la consiguiente ampliación de los poderes de la Administración- es consecuencia de los poderes de resolución de recursos, en cuyo marco procesal se inserta aquella doctrina, mientras que los poderes de revisión de oficio no encuentran justificación en la misma la teoría de las nulidades en punto a revisión de oficio, determina exclusivamente el ámbito de aplicación y el régimen jurídico de la misma, pero aun es necesario justificar el propio poder de anular, en si mismo considerado.

Partiendo como se ha hecho, de la consideración de la condena al fracaso de todo intento de negar a la Administración poderes sobre sus propios actos, y siendo esta postura bastante general no debía de resultar llamativo observar cómo en la doctrina española que se ocupa del tema, aunque claramente se detecta, escasamente se encuentran mayores precisiones entorno al fundamento de los poderes de revisión de oficio.

Los recelos frente a la aparición de la figura de la revisión de oficio en nuestro ordenamiento, las reservas ante la bondad de la institución instaurada se manifiestan en la consideración, casi general, de la revisión de oficio como un privilegio se reconoce el privilegio de la revisión de oficio haciendo quebrar, desde la perspectiva tradicional el principio de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. Esta observación, que puede parecer obvia es, sin embargo, importante. La posibilidad de anular de oficio sus propios actos, es, sin duda, un privilegio que a la Administración se reconoce es un privilegio que se impone por la propia fuerza de las cosas: el privilegio de autotutela.

La consideración de la autotutela como fundamento de los poderes de revisión de oficio es prácticamente unánime en la doctrina, aunque, por lo menos en la española, no se hagan mayores precisiones al respecto.

1. El concepto de autotutela

Partiendo del principio, reconocido en todos los estados modernos, de prohibición de autotutela, esto es, la prohibición de que nadie pueda hacerse la justicia por su mano, debiendo acudir al Juez en cuanto se tenga una pretensión frente a otro sujeto, hay que reconocer la existencia de un sujeto que goza de la autotutela: la Administración pública.

La primera idea que el concepto de autotutela proporciona, es la de la posibilidad de hacerse justicia un sujeto por sí mismo, sin tener que acudir necesariamente al Juez para que resuelva las pretensiones sobre el principio general de prohibición de autotutela se alza, sin embargo, la excepción de la posibilidad de la misma en manos de la Administración.

Esta idea de realización de los propios intereses sin necesidad de acudir a los Tribunales es la idea esencial del concepto, desarrollado y sistematizado por Benvenuti en el más importante trabajo de conjunto sobre el tema, *Autotutela* publicado en 1959.

Benvenuti, a través de un concepto amplio de la autotutela, fundamenta en ella la revisión de oficio y la revisión bajo recurso administrativo, contradiciendo, a la doctrina tradicional que, como veremos después, encuentra el fundamento de la revisión de oficio en la autotutela, en cuanto que esta revisión se efectúa en interés de la Administración, pero fundamenta la resolución de recursos administrativos en un poder autónomo, en cuanto que el poder de resolver recursos se otorga en interés y garantía de los derechos e intereses de los particulares.

Por autotutela se entiende -de acuerdo con Benvenuti- aquella parte de la actividad administrativa con la cual la misma Administración pública provee a resolver los conflictos potenciales o actuales que surgen con los otros sujetos en relación a sus actos o pretensiones y esto es, en definitiva, la capacidad de poder hacerse justicia por sí misma, esta tutela no es, por otra parte, la tutela jurisdiccional porque mientras la tutela



jurisdiccional es siempre por definición, imparcial o neutra, la autotutela es siempre parcial y, por tanto, mientras la primera no modifica la posición jurídica del autor de los actos, la segunda obtiene propiamente este resultado.

Sin embargo, la tutela jurisdiccional constituye el límite del ámbito de aplicación de la autotutela: configurada la autotutela como privilegio, sus límites no pueden exceder de los límites de la tutela jurisdiccional, es decir, los límites de la tutela que prestan los órganos jurisdiccionales, porque otro caso representaría un momento de mera fuerza.

Es posible distinguir, por otra parte, varias formas de autotutela: autotutela decisoria y autotutela ejecutiva, haciendo referencia la primera a la actividad que la Administración despliega a través de actos típicos de autotutela, y la segunda a la actividad de ejecución que se despliega no a través de actos, sino de actividad material: la ejecución forzosa.

A su vez, la autotutela decisoria se reparte en dos categorías: la autotutela sobre los actos, que es la que más directamente nos interesa, y la autotutela sobre las relaciones, que se manifiesta en orden a la validez de las mismas relaciones, mientras que aquélla lo hace sobre la validez de los actos.

Estos actos de autotutela decisoria, que Benvenuti llama decisiones, se caracterizarán, fundamentalmente, por su naturaleza materialmente jurisdiccional, pero formalmente administrativo -se expresa a través de actos administrativos-, en cuanto que con ellos se trata de resolver un conflicto potencial o actual entre la Administración y otros sujetos, y porque con la autotutela se trata de satisfacer el interés del sujeto que la utiliza mediante el aseguramiento de los resultados perseguidos, cuyo aseguramiento se obtiene por medio de una reafirmación del derecho, controlando su aplicabilidad en el caso objeto de actual o potencial contestación.

El interés a satisfacer con la autotutela es, pues, sobre todo, la resolución de un conflicto potencial o actual entre la Administración y otro sujeto cuyo interés no es imparcial sino propio de la Administración. Estos aspectos, junto con la naturaleza materialmente jurisdiccional, pero

formal y sustancialmente administrativa de esta actividad desarrollada constituyen las notas que caracterizan la autotutela decisoria.

A esta especie de autotutela, la autotutela decisoria, hay que entender referidas las alusiones que la doctrina, de una manera casi general, como señalamos, hace a la autotutela como fundamento del poder de revisión de oficio. Ahora bien, importa destacar que en la mayoría de los casos, este fundamento se realiza destacando de la noción de autotutela la nota de ejercicio de un poder en beneficio del sujeto que la actúa.

De cualquier manera que ello sea, es lo cierto que el privilegio de autotutela que a la Administración se reconoce, en cuanto posibilidad de realizar su propia tutela jurídica en caso de conflicto potencial o actual, sirve para justificar adecuadamente la posibilidad que a la Administración se otorga de proceder de oficio, esto es, sin auxilio de los Tribunales, y con el mismo alcance con que éstos realizan la tutela jurídica, a eliminar sus propios actos viciados de ilegalidad.

De acuerdo con la sistemática propuesta, justificado el poder de revisión de oficio, en sí mismo considerado, con abstracción de la teoría de las nulidades, que resultaba insuficiente para lograrlo, no quedaría ahora sino hacer aplicación del régimen jurídico de aquella teoría para instrumentar el propio régimen jurídico de la revisión de oficio.

Pero antes, y con la finalidad de lograr un adecuado encaje de la revisión de oficio en la sistemática del Derecho administrativo, así como concretar las relaciones de esta figura con los recursos administrativos parece oportuno hacer algunas consideraciones sobre el fundamento del poder de resolver recursos de que la Administración dispone y de las relaciones entre revisión de oficio y resolución de recursos.

2. Autotutela, revisión de oficio y poder de resolución de recursos

El carácter residual de los poderes que a la administración pública corresponden determina, en buena medida, que su actividad no se limite a una mera actividad de ejecución, sino que, por el contrario, la



Administración realiza además, actividad materialmente legislativa y materialmente jurisdiccional.

Sobre la base de estas consideraciones, se entiende generalmente que el poder que la Administración ejerce al resolver recursos es un poder materialmente jurisdiccional -la llamada potestad jurisdiccional de la Administración pública- autónomo, que no tiene relación con los poderes de revisión de oficio, en cuanto que éstos se otorgan, de acuerdo con una de las notas que integran el concepto de autotutela, para la defensa de intereses propios de la Administración, mientras que los poderes de resolución de recursos se otorgan para la defensa y garantía de los derechos e intereses de los particulares.

Esta distinta finalidad determina que haya que considerar que su fundamento es diferente: del examen de conjunto de esta problemática, se puede deducir que la cuestión fundamental para decidir si la revisión de oficio y la resolución, de recursos encuentran la misma justificación o son poderes diferentes, radica en la averiguación de en función de qué, o con qué finalidad son otorgados los respectivos poderes. En efecto, admitidos desde antiguo los poderes de revisión de oficio en Italia, y fundados en la autotutela, se entiende que este concepto de autotutela otorga siempre poderes en beneficio del sujeto que los actúa. Constatándose, por otra parte, que el poder de resolución de recursos es un poder que debe atribuirse en defensa de los derechos e intereses de los particulares, es evidente la conclusión de que se trata de poderes distintos.

Esta última afirmación de los recursos como instrumentos de tutela individual representada típicamente por Zanobini, es la acción frente a la antigua doctrina italiana que entendía que el poder de resolver recursos es una consecuencia de los poderes de revisión de oficio, actuando el particular a modo de "sustituto" de la Administración, custodiándose, con ello, intereses de los particulares.

La reacción contra esta postura, según la cual el particular tutelaba sus propios derechos como reflejo de la tutela que la Administración efectuaba de los suyos, sino constituida por la tesis señalada, afirmándose, por el contrario, que los poderes de resolver recursos se otorgan por el

ordenamiento como la finalidad exclusiva de salvaguardar los derechos e intereses de los particulares, como un instrumento de tutela de los mismos.

Evidentemente, estas dos tesis deben ser corregidas con constataciones procedentes de la realidad de las cosas. No puede decirse que los recursos administrativos son un reflejo de los poderes de revisión de oficio por constituir un poder diferente, aun con idéntico fundamento; ni tampoco que los recursos administrativos son un instrumento de tutela individual, puesto que, en realidad esta tutela individual apenas se produce.

Parece evidente que cuando el particular interpone un recurso administrativo puede producirse la tutela individual de su derecho e interés, pero lo que, sin duda, lo es, es que la realidad demuestra que los recursos administrativos son más que un instrumento de tutela y de defensa una carga para el particular, como lo prueba el hecho de que cuando los recursos administrativos son potestativos, quedan prácticamente inútiles, sin que los particulares los usen, prefiriendo, por el contrario, acudir directamente al contencioso.

Por ello a través de los recursos administrativos puede obtenerse la tutela individual de los derechos de los particulares y porque al mismo tiempo los recursos administrativos se otorgan en beneficio de la Administración, puede concluirse que los recursos administrativos presentan un doble perfil, son instrumentos otorgados en interés de la Administración, pero, junto a este interés, también se otorgan en beneficio del particular que, eventualmente podrá realizar su propia tutela.

Esta constatación, cuya realidad no parece fácilmente discutible permite, sin mayores obstáculos, admitir que el fundamento de los poderes de resolución de recursos es la autotutela, aunque deban admitirse algunos matices: es autotutela sobre los actos, pero la característica de actuarse en función de la pretensión de un particular, cuya resolución es obligada determina que se hable, en estos casos, de autotutela contenciosa o indirecta.

Pero la similitud entre los poderes de revisión de oficio y los poderes de resolución de recursos no radican solo en la identidad de fundamento que ambos poseen. Son poderes prácticamente iguales, con



la misma finalidad, con el mismo ámbito de aplicación. La única diferencia relevante radica en que en un caso la Administración tutela sus propios intereses de oficios, mientras que en el otro lo hace a instancia de un particular, sobre cuya petición tiene la obligación de pronunciarse.

En efecto, en primer lugar, ambos poderes se manifiestan a través de una actividad que es materialmente jurisdiccional, aunque formalmente administrativa, esto es, se efectúa a través de actos administrativos. Aunque evidentemente, la resolución de recursos pone de relieve más claramente su naturaleza de función materialmente jurisdiccional, ello no es obstáculo a la consideración, igualmente, de la revisión de oficio como actividad materialmente jurisdiccional, en la medida en que resuelve un conflicto potencial de intereses.

Por otra parte, en ambos casos, revisión de oficio y resolución de recursos, el poder se otorga en beneficio del sujeto que hace uso de los poderes de autotutela, aunque aquellos poderes sirvan, o puedan servir a la tutela de situaciones jurídicas individualizadas. La única diferencia a este respecto es que en los recursos administrativos, la administración resuelve, por cuanto el particular está obligado a ello si quiere acceder a los órganos jurisdiccionales de manera obligatoria sobre pretensiones de los particulares. Esta es, en definitiva, la única distinción relevante que es posible hacer entre la revisión de oficio y los poderes de resolución de los recursos.

Pero no sólo es idéntico el fundamento, la finalidad y la naturaleza de la actividad desarrollada, sino también los supuestos materiales que abren el ejercicio del poder: la ilegalidad de los actos administrativos. Por ello ambos poderes deben colocarse en un mismo lugar sistemático en el ámbito del Derecho administrativo, que hoy por hoy, puede ser en la llamada Justicia administrativa.

A la vista de todo ello, de la esencial identidad entre ambos poderes, tal vez sea lícito extraer algunas conclusiones en relación con la orientación general de los recursos administrativos.

Como en su momento se dijo no es extraña, en nuestro país, la configuración de los recursos administrativos como potestativos. Por ello, la indicación de la conveniencia actual, de la configuración de los

mismos de tal forma, no puede resultar en modo alguno peregrina, aunque realmente sólo fuera en base a la consideración de que la vía de recurso comporta actualmente una auténtica carga para el particular.

Pero, además, es de indicar que la revisión de oficio puede constituir un instrumento suficiente para la protección de los intereses públicos frente a los actos ilegales, en cuanto a través de esta vía es posible a la Administración reconsiderar sus propios errores, sirviendo, eventualmente como instrumento de tutela de los intereses individuales. La actual doble posibilidad de reconsideración de los propios actos ilegales por la Administración constituye, en efecto, un reforzamiento excesivo de los poderes de la Administración.

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REVISIÓN DE OFICIO

Las premisas sentadas con anterioridad, según las cuales la referencia de la revisión de oficio a la ilegalidad de los actos administrativos conlleva la necesidad de que el régimen jurídico de la propia revisión de oficio instrumente las consecuencias dogmáticas de la teoría general de la invalidez, nos conducen, en este momento, a un intento de acomodar a estas exigencias de la ilegalidad de los actos los propios poderes de revisión de oficio, lo que comportará el planteamiento y solución de dos aspectos realmente importantes en el régimen jurídico de la revisión de oficio, aún no suficientemente claros en la doctrina -otros aspectos se verán más adelante- el problema de si los poderes de revisión de oficio son libremente ejercitables o sí, por el contrario, resultan de ejercicio vinculado, al tiempo que la cuestión de si la mera ilegalidad objetiva de los actos administrativos es suficiente a los efectos de permitir el ejercicio del poder de revisión.

1. **Obligatoriedad de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y discrecionalidad de la revisión de oficio de actos anulables**

Sólo marginalmente se ha planteado en nuestra doctrina cuál, sea el carácter del ejercicio de los poderes de revisión de oficio, en el sentido de resolver si la potestad revisora instrumenta un poder utilizable



discrecionalmente por la Administración o si, por el contrario, debe necesariamente utilizarlo cada vez que detecte una infracción legal. No obstante, parece ser opinión común -aparte la jurisprudencia-, estimar la obligatoriedad de su uso, pues padecería el principio de legalidad y por ende, los demás postulados esenciales del Estado de Derecho, si se admitiese que la Administración puede libremente decidir si mantiene o no el acto que incurre en infracción del ordenamiento jurídico cuando de ello ha tomado conciencia.

Debe decirse, a nuestro juicio, que, en realidad esta afirmación no resuelve nada, puesto que no se ve qué postulados del Estado de Derecho pueden quebrar, supuesto que la Administración no tiene como misión específica tutelar la aplicación del Derecho.

Por lo demás, la redacción de los artículos 102 y 103 de la Ley de Procedimiento no ayudaban demasiado a comprender cuál fuera la intención legal, al no señalar taxativamente la obligatoriedad o discrecionalidad en el uso de los relativos poderes de revisión de oficio. No sirve tampoco para aclarar la cuestión la polémica suscitada, en su momento a propósito del primero de los artículos citados en cuanto la misma se ha dirigido a determinar la obligatoriedad de la resolución de la "solicitud" del interesado. En todo caso, cabría deducir de la misma la afirmación de la discrecionalidad del ejercicio del poder, en cuanto por lo menos al sector jurisprudencial que afirmaba la discrecionalidad de la Administración para resolver la antigua "instancia", hoy "solicitud", de los interesados, llegaría con más razón a la misma conclusión tratándose de revisión de oficio autónoma.

Mayor relevancia ha adquirido el problema de la discrecionalidad u obligatoriedad de la revisión de oficio en la doctrina italiana, en donde, habiéndole prestado suficiente atención, los autores se dividen, con diferentes matices, en dos frentes, aunque realmente pueda hoy considerarse dominante la opinión según la cual el ejercicio de los poderes de revisión de oficio es discrecional.

Las razones que fundamentalmente se aducen para establecer la obligatoriedad de la anulación de oficio se deducen sobre todo de dos argumentos, uno de los cuales es bastante parecido al que hemos visto

es usado en la doctrina española, esto es, argumentos que deducen la obligatoriedad de principios deducidos del Estado de Derecho. En este sentido Guicciardi, señala: "*... poiché un tale vizio attesta inequivocabilmente la loro difformità dell'interesse pubblico, e non sí può ammettere che in tali condizioni l'Amministrazione lasci sussistere scientemente l'atto e suoi effetti senza venir meno con questo el principio fondamentale che deve informare ogni sua attività, che é quello di agire in conformità dell'interesse pubblico*".

Por otra parte, se deduce la obligatoriedad de la propia obligación que la Administración tiene de anular los actos declarados ilegales por el juez ordinario.

Este problema, que es necesario resolver con la finalidad de concretar un importante aspecto del régimen jurídico de la revisión de oficio, parece que debe ser abordado, de acuerdo con los planteamientos efectuados, desde la perspectiva de la revisión de oficio no es más que la instrumentación de un procedimiento para la aplicación de estas consecuencias con la peculiaridad de la residencia en la misma sede del poder de impugnación y del poder de resolución del procedimiento, esto es, el poder efectivo de anulación de los actos administrativos, habrá que estar aquellas consecuencias para determinar si, y en que casos, la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad exigen, institucionalmente, su eliminación o permiten la discrecionalidad en el uso del poder de eliminación.

Desde el punto de vista propuesto no cabe dudar de que la declaración de nulidad de oficio debe ser obligatoria para la Administración, de acuerdo con las exigencias institucionales de la nulidad de pleno derecho: tal vinculación de la declaración de nulidad es exigido por la especial trascendencia, *erga omnes*, de los vicios de nulidad de pleno derecho.

La especial consideración de esos vicios de nulidad radical postula la exigencia del Ordenamiento de su ineficacia, de manera obligada, cualquiera que sea el momento en que se detecte, sin perjuicio de las consideraciones en el plano de los principios generales del Derecho que introduce el artículo 106 de la LPC.



Parece evidente, pues, que la declaración de nulidad de un acto nulo de pleno derecho constituye una obligación para la Administración. Por lo demás tal declaración, no responde a ningún otro interés fuera del propio del Ordenamiento jurídico: la declaración de nulidad se efectúa en el interés objetivo del ordenamiento; se trata de un interés *in re ipsa*.

Por el contrario, el problema de la Obligatoriedad o discrecionalidad de la revisión de oficio de los actos anulables se plantea de modo distinto.

No se trata en los actos anulables de actos cuyos particulares vicios -de especial trascendencia o gravedad, postulen en sí mismos, su desaparición del mundo del Derecho, sino que, por el contrario, se trata de actos cuya permanencia, en sí misma, no sólo no produce ningún trastorno al orden jurídico que el propio ordenamiento tendencialmente, los mantiene en vida en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos claramente plasmado, por lo demás, en la LPC, como antes en la LPA.

Este juego de principios de estabilidad en el propio régimen jurídico de la teoría de las nulidades (que es el marco adecuado para las consideraciones de seguridad jurídica) se manifiesta en nuestro Ordenamiento, en la materia que nos ocupa, en la convalidación automática de los actos anulables por el transcurso de cuatro años después que se emitieron (artículo 103.1. b) LPC) sin que se hayan ejercitado los poderes de revisión de oficio, esto es, la ineficacia de estos actos anulables sólo puede provocarse en plazo y ante la existencia de un interés sustancial hecho valer por un sujeto.

La anulabilidad supone, en efecto, la atribución de un poder que puede ser utilizado o no utilizado, excluyéndose con ello, la necesidad jurídica de la eliminación del acto anulable: el acto puede ser anulado o convalidado lo que en el Ordenamiento español ocurrirá siempre por el transcurso de cuatro años.

Así, desde el punto de vista de la Administración, los actos anulables pueden ser objeto de tres actitudes: la Administración puede proceder anularlos de oficio cumpliendo los requisitos que al respecto se exijan; puede convalidarlos expresamente o puede no tomar ninguna de estas

dos determinaciones, en cuyo caso, en nuestro Ordenamiento jurídico, se produce la convalidación *ope legis* por el transcurso del plazo de cuatro años.

Ello no quiere decir, sin embargo, que exista una discrecionalidad absoluta para acordar la revisión de oficio de los actos anulables. Hay, es cierto, una discrecionalidad evidente, pero, como más adelante se tendrá ocasión de ver el acto de anulación de oficio no permite un margen extenso de discrecionalidad, en la medida en que se trata de un acto cuyo fin viene predeterminado por el ordenamiento, fijado, en concreto, en la finalidad del acto que se pretenda anular. No sólo el propio concepto de anulabilidad, como vimos, exige la alegación de un interés público a la anulación, sino que además, ese interés público es, justamente, el interés que cubre el acto que se pretende anular. Fija, pues, el Ordenamiento el interés público que la Administración debe cumplir, y la valoración discrecional se reduce a si debe o no debe anular, en función de la lesión experimentada por el interés público a causa del acto ilegal, pero aquella valoración no llega a la elección del interés público a satisfacer. Puede concluirse, pues, que el acto de anulación, desde el punto de vista morfológico es, dentro de los límites que la exigencia de la concurrencia del interés público a la anulación le consienten, discrecional en cuanto a la anulación, no lo es en cuanto al *quid* (el contenido será siempre la anulación total o parcial), y con cierta discrecionalidad en cuanto al *guomodo* (en cuanto que la Administración puede elegir el momento dentro del plazo de 4 años, siempre que concurra un interés suficiente).

2. El interés Público a la anulación

El carácter de discrecionalidad que el uso del poder de revisión de oficio de actos anulables presenta, plantea un nuevo problema, consistente en determinar si es suficiente, para poder hacer uso del mismo, dentro de los términos de la discrecionalidad, la mera ilegalidad del acto que se anula, o, por el contrario, hay otro tipo de exigencias que postulan algún otro requisito.

Lógicamente, la doctrina que se inclina por la obligatoriedad de la revisión de oficio, entiende que es suficiente la mera ilegalidad objetiva de los actos para proceder a la revisión de oficio. Por el contrario, la



generalidad de la doctrina que admite la discrecionalidad afirma la necesidad de la concurrencia de un interés público concreto, específico y actual en la anulación, para que puedan utilizarse los poderes de revisión.

Aceptada la discrecionalidad del uso de los poderes de revisión de oficio, se excluye, con ello, la opinión de la doctrina que postula la obligatoriedad de la anulación de oficio, resultando sólo un limitado sector de la doctrina que acepta la discrecionalidad de la revisión de oficio partidario de considerar la ilegalidad objetiva como suficiente para proceder a la anulación de oficio, la opinión dominante, al mismo tiempo que una reiterada y constante jurisprudencia exige en Italia como requisito de legalidad de la revisión de oficio, la concurrencia en la anulación de un interés público, concreto y actuar justificándose, en general, en consideraciones equitativas, ello es, en función de la protección de las situaciones jurídicas de ventaja que los particulares hayan podido adquirir como consecuencia de los actos que se pretenden anular.

Ahora bien, este planteamiento, que pudiéramos calificar como un planteamiento clásico de la revisión de oficio, ha sido objeto de importantes críticas dirigidas en un doble sentido.

Por una parte se afirma que la consideración de la exigencia de un interés público a la anulación comporta la confusión de legalidad y oportunidad en la acción administrativa, condicionando tal oportunidad la legalidad de la anulación de oficio.

Esta crítica puede resultar válida respecto a la construcción de la generalidad de la doctrina italiana, que monta el concepto de interés público concurrente a la anulación, partiendo de un error de sistemática que consiste en considerar tal interés desprendido o fuera de la noción misma de anulabilidad de los actos. Por ello, al estimarse suficiente el interés público concurrente siempre que sea concreto, específico y actual, ciertamente puede la Administración, satisfacer retroactivamente sus propios intereses, mezclando cuestiones de oportunidad en aspectos puramente de legalidad, desde el momento mismo en que se consiente a la Administración elegir el interés público a satisfacer, con lo que, como el interés ha de ser actual, se permite incluso, que la Administración satisfaga un interés público presente que no tenga relación alguna con el interés público que estaba destinado a satisfacer el acto anulado.

Ahora bien, no puede resultar válida esta crítica allí donde se parta de la consideración como aquí se hace, de que la exigencia de un interés público a la anulación procede del propio concepto de anulabilidad de actos administrativos, uno de cuyos caracteres en cuanto técnica de ineficacia, viene constituido por la necesidad de esgrimir frente al acto anulable un interés sustancial para proceder a la anulación. En otro caso quedaría automáticamente convalidado: ello ocurre así para los particulares por el mero transcurso de los plazos del recurso, para la administración por el plazo de cuatro años.

Por otra parte, y ello parece plenamente aceptable, se ha criticado la construcción tradicional de que el fundamento de la exigencia del interés público a la anulación lo sean consideraciones de equidad, desde la perspectiva de considerar que la distinción entre actos que originan efectos favorables y, los que originan efectos desfavorables carece de sentido, pues ni siquiera estos últimos están exentos del necesario concurso de razones de interés público para proceder a la anulación, como por lo demás -se indica-, ha señalado la jurisprudencia.

La opinión usual en España, según la cual la revisión de oficio es posible en cuanto los actos sean objetivamente ilegales, justificado ello en la existencia de un genérico concepto del interés público a la legalidad -que supone existente siempre que la Administración intente una revisión de oficio- debe ser rectificada en la medida en que tal apreciación consiente la introducción de razones de oportunidad en el ámbito de la legalidad, de tal manera que los intereses esgrimidos son o pueden ser de cualquier clase de entre los públicos, privados, o incluso puede revisarse de oficio un acto sin que exista ningún interés a la eliminación, en contra claramente de las consecuencias dogmáticas que postulan la invalidez de sus actos administrativos, en función de cuya aplicabilidad se otorgan los propios poderes de revisión de oficio.

Por el contrario, la necesidad de la exigencia de un interés público a la anulación es necesaria fuera de la justificación genérica de que la actividad administrativa debe dirigirse siempre a un fin de interés público-, como consecuencia de la aplicación estricta en los procedimientos de revisión de oficio del régimen jurídico de invalidez de los actos.



En efecto, y como ya vimos, entendida la noción de anulabilidad como una técnica procesal de Ineficacia, esto es, como un poder que se otorga, en función de un interés sustancial, a un sujeto para provocar la ineficacia, de acto ilegal, es claro que el reconocimiento del poder de anulación de oficio está condicionado a la existencia de la efectiva lesión de un interés público (o, desde el otro lado de la relación, a la existencia de un interés público a la anulación). Sin esta lesión no hay poder de anulación de oficio, en cuanto que no hay interés que pueda hacerse valer para provocar la relevancia jurídica de la anulabilidad del acto ilegal. Y ello porque, si los poderes de revisión de oficio se otorgan precisamente en función de la aplicación de las técnicas de ineficacia sobre los actos ilegales, si la ilegalidad no puede hacerse valer no hay una atribución del poder. La relevancia jurídica de la anulabilidad, la integración del tipo normativo, presupone la existencia de un interés público a la anulación sin el cual el acto anulable pueda ser vuelto ineficaz, continuando produciendo los efectos que le son propios y convalidándose por el transcurso del tiempo. Este interés público, por otra parte no puede ser otro, como se verá, que el interés público a que estaba preordenado el acto que se anula. La necesidad de que la Administración satisfaga este interés, mientras que los particulares pueden esgrimir cualquiera dentro del ámbito de lo lícito, se deduce del propio carácter de aquella como perseguidora del interés público.

En realidad, lo que se afirma no constituye, por otra parte, ninguna novedad en el régimen de impugnación por la Administración de sus propios actos en nuestro país. Efectivamente, no otra cosa que la necesidad de alegación de un interés público a la anulación, por medio de la afirmación de su lesión, es lo que establece el actual recurso de lesividad que, como vimos no altera, en este punto, el régimen común de la impugnación de los actos administrativos a través de la alegación de la ilegalidad del acto impugnado y de la demostración de la lesión que aquella ilegalidad produce en el reclamante. La carencia de la exigencia expresa de este interés público en el actual sistema se debe a forma peculiar en que los procedimientos de revisión de oficio vigentes se gestaron en la jurisdicción de agravios.

El texto de la ley, por lo demás, no supone en si mismo ningún obstáculo a la conclusión que se postula, en cuanto la potestad de revisión de oficio se liga a la ilegalidad de los actos, el cumplimiento o la integración

de cuyos tipos normativos necesariamente exigen que la ineficacia de los mismos sea provocada esgrimiendo un interés sustancial en este caso un interés público, que permite la ineficacia, conforme a Derecho, de los actos inválidos.

Así pues, mientras que de las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho, como se indicó, es posible deducir que la declaración de nulidad es una actividad obligada por cuanto el Ordenamiento coloca en primer plano, un interés del propio Ordenamiento *in re ipsa*, a la ineficacia de los mismos, la integración del tipo de la anulabilidad exige que la acción para anular los actos así viciados deba justificarse en la lesión de un interés que haga posible vencer la inercia convalidatoria del ordenamiento, posibilitando su ineficacia.

Una faceta de esta misma línea argumental, viene dada por las relaciones entre el concepto de autotutela y la tutela jurídica de los derechos e intereses, que conducen a una misma conclusión.

La autotutela, tutela jurídica de los propios derechos e intereses consiste, en definitiva, como se ha puesto de relieve, en la posibilidad que el sujeto, que la actúa -en este caso, la Administración- tiene de proceder, por sí, a la tutela jurídica de sus propios derechos e intereses, sin necesidad de acudir a otros poderes jurídicos, siempre, sin embargo, dentro de los límites en que aquéllos la prestan. De acuerdo con ello, si para que la tutela jurídica pueda ser prestada por los Tribunales es necesario un derecho lesionado o un interés sustancial, sin lo cual la propia tutela jurídica no tendría objeto, no otra cosa puede decirse respecto de la autotutela. La atribución de la Administración de poderes de autotutela no supone, como no lo supone la tutela jurisdiccional, la exclusión de la necesidad de esgrimir un interés sustancial a la anulación de un acto, sino que únicamente implica que sea el propio sujeto a quien se le reconoce el que haga efectiva su propia tutela, sin auxilio de los Tribunales.

Finalmente, pues puede concluirse que el poder de oficio se otorga a la administración en función de la concurrencia de un interés público. Si tal interés público no existe, la anulación efectuada será una anulación legal, en cuanto que la Administración carece claramente de poder para



anular. Se trataría de un evidente supuesto de incompetencia, cuyo carácter de nulidad o anulabilidad dependería de la gravedad de aquella.

Aún con ello, resta todavía determinar de qué clase sea este interés público.

3. Identificación del interés público a la anulación

El hecho de que la acción de impugnación del acto ilegal surge por la lesión de un concreto interés público que el acto ilegal no satisface o lesiona, junto con la necesidad de impedir la entrada de consideraciones de oportunidad en un marco riguroso de ilegalidad, evitando que aquellas condicionen la anulación e imposibilitando a la Administración satisfacer retroactivamente intereses, determina que el interés que deba concurrir a la anulación no pueda ser otro que un interés público de la misma clase que el perseguido por el acto que se anula.

VII. LÍMITES. EL PROBLEMA DE LOS ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHO

La necesidad, de alguna manera apuntada, y sobre la que se volverá en el presente epígrafe, de someter todas las eventuales anulaciones de oficio por parte de la Administración al procedimiento legalmente establecido, la competencia de cuya resolución corresponde, a los altos órganos de la Administración el Estado; el dictamen, en el seno del procedimiento, del Consejo de Estado; la audiencia de los interesados; el plazo de cuatro años para adoptar el acuerdo de revisión de oficio; la exigencia de un interés público a la anulación del mismo orden que el que pretendió satisfacer el acto que se intenta anular, constituyen otros tantos límites que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de la potestad de revisión de oficio que, en virtud de la autotutela, a la Administración se reconoce.

Todos estos límites, cuya justificación parece evidente dentro del contexto en que se entiende la revisión de oficio, no plantean, por ello, ningún problema que merezca una especial atención; así el establecimiento de un plazo para iniciar el procedimiento de revisión de

oficio, conlleva una regla útil y coherente con las consecuencias institucionales que se predicán de la anulabilidad de los actos.

El dictamen del Consejo de Estado, procedente de la jurisdicción de agravios y confirmado por el análogo dictamen exigido en Derecho italiano para el *annullamento governativo* puede constituir una garantía en la apreciación, no solo de la ilegalidad del acto que permite el uso del poder, sino sobre todo en la ponderación del interés público a la anulación. Teniendo en cuenta esta función no cabe sino rechazar la nueva regulación contenida en el artículo 103 de la LPC que convierte dicho dictamen, respecto a los actos anulables en no vinculante, resultando también criticable la sustitución tanto respecto a los actos anulables como a los nulos de pleno derecho, del dictamen del Consejo de Estado, por los de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, que no pueden tener la misma estructura orgánica independiente, ni, desde luego poseen el grado de solvencia técnica que caracteriza a aquel. El trámite de audiencia a los interesados garantiza, por lo demás, el principio de audiencia de las partes, permitiendo, con ello, en ocasiones, que la revisión de oficio pueda servir de instrumento de tutela individual de los derechos de los particulares.

Tampoco parece que pueda plantear excesivos problemas la consideración de la distinción establecida por la Ley de Procedimiento Administrativo respecto a la diversidad de regímenes entre actos declarativos de derechos y actos que no los declaran, de acuerdo con lo hasta aquí indicado como no sea constancia de su inutilidad en los esquemas de revisión de oficio, ya que no su carácter acientífico suficientemente puesto de relieve.

No obstante, y dado que la doctrina en general, se refiere a los derechos declarados por los actos como límite al uso de los poderes de revisión de oficio, tal vez sea éste el lugar adecuado para tratar de situar definitivamente el problema de los actos declarativos de derechos y su juego en relación con los poderes de revisión de oficio.

Tradicionalmente, el hecho de que los actos hayan declarado derechos ha jugado un papel importante dentro del sistema de garantías de los particulares, como límite a la retirada por la Administración de sus propios actos. Estas llamadas a los derechos declarados por los actos



como límite absoluto a la potestad revocatoria de la Administración, que no son sino la manifestación española de la necesidad sentida en todos los Ordenamientos de proteger las situaciones de ventaja que de los actos administrativos hayan podido derivarse para los particulares que han ido, sin embargo, en la versión tradicional en nuestro país, mucho más lejos que en otros Ordenamientos, levantando, pudiendo decirse, frente a la potestad anulatoria y con mayor rigor aún que en el caso de la revocación, el infranqueable límite de los derechos adquiridos.

No es de extrañar, por ello, que, a pesar del carácter acientífico de la problemática de los *iura quaesita* y el abandono de la doctrina de los derechos públicos subjetivos en relación con los problemas de la revocación, la redacción del texto del artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico, colocó la regla general en la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos y la excepción en el uso del propio poder, al mismo tiempo que refería la institución justamente, con exclusividad, a los propios actos declarativos de derechos en aplicación de la consideración de que, en los demás casos, al no entrar en juego postulados de seguridad jurídica, los actos son libremente eliminables sin procedimiento o libremente sustituibles por otros más favorables al administrado.

De acuerdo con ello, lógicamente, habría que concluir que la anulación de oficio de actos anulables solo es posible conceptualmente si el acto de que se trata declaró derechos, no siendo de aplicación la figura de la revisión de oficio a los actos que no los hubiesen declarado. Jugarían, así, los derechos declarados por los actos en la disciplina actual de la anulación de oficio no como límite absoluto al ejercicio del poder, sino como límite a la revisión sin procedimiento, obligando su existencia a la iniciación de un expediente.

Tal concepción, a nuestro juicio, no resulta aceptable. Por el contrario, no parece que pueda resultar dudoso que todo intento de anulación de oficio de un acto ilegal, sea declarativo de derechos o no lo sean, deba someterse necesariamente al procedimiento de revisión que la ley establece: la consideración de que la revisión de oficio no es sino la eliminación de un acto ilegal y por razón de esa misma ilegalidad, hace necesaria la relevancia jurídica de la invalidez en cuya virtud se anula el acto, en la medida en que la retirada pura y simple de un tal acto

administrativo vendría a ser justamente una revocación por motivos de oportunidad, aparte de que la de la colocación de la institución de la revisión de oficio desde esta perspectiva de considerarla exclusivamente aplicable a los actos declarativos de derechos podría provocar graves problemas de responsabilidad patrimonial en ningún caso admisibles.

Poco importa, en efecto, que el acto que se pretende anular sea declarativo de derechos -lo que no privará en ningún caso de la posibilidad del ejercicio de un poder atribuido para provocar la ineficacia de los actos ilegales- como que no lo sea puesto que el otorgamiento del poder se hace justamente en función de la ilegalidad del acto que se pretende anular, siendo necesaria su relevancia jurídica para el ejercicio del mismo sin la cual no se ejercitaría un poder de anulación sino de alguna otra clase. No resulta posible, por ello, admitir la posibilidad de libre anulación de actos administrativos sin procedimiento, aun cuando se estime que el acto no es declarativo de derechos: la eliminación de un acto ilegal lisa y llanamente sin someterse al procedimiento legalmente establecido no es otra cosa que una revocación por razones de oportunidad, en cuanto la ilegalidad que permite el ejercicio del poder de revisión de oficio permanece irrelevante. Lo que, en realidad, se ejercita es la potestad de revocación.

Ello no quiere decir, naturalmente, y como en su momento se indicó, que toda eliminación de un acto ilegal deba hacerse a través del procedimiento de revisión de oficio, puesto que la Administración puede, en línea de principio optar por la revocación del acto ilegal; aunque, en este caso, deberá someterse en todo a las reglas que disciplinan la propia revocación, según las cuales, no parece posible tampoco la afirmación de la libre revocabilidad de los actos no declaratorios de derechos.

Lo que parece claro, en efecto, es que si la Administración hace uso de su potestad de revisión de oficio, la invalidez del acto que se anula deberá ser necesariamente puesta de relieve por medio de la instrucción del correspondiente procedimiento.

Por lo demás, la modificación introducida en la institución por la Ley de Procedimiento abona con claridad esta perspectiva. En efecto, al introducir la Ley de Procedimiento en la revisión de oficio una más rigurosa conexión con la teoría de las nulidades, el artículo 109 obviaba



por completo cualquier referencia a una presunta libertad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho no declarativos de derechos. Ello, que de alguna manera, tal vez pueda ser referido al modelo que sus redactores pudieron tener a la vista, permitir afirmar la expresa intención de la Ley de Procedimiento de no establecer distinciones en cuanto a la necesidad de utilización del procedimiento establecido a la hora de proceder a revisar de oficio. El mantenimiento de la referencia en el artículo 110 LPA a los actos declarativos de derechos encuentra adecuada explicación, a nuestro juicio, en la inbricación de la tradicional problemática de la irrevocabilidad y del recurso de lesividad, como lo prueba el hecho de que en la redacción de 198, el artículo 110 de la Ley de Procedimiento se limitó a reproducir textualmente el artículo 7 de la Ley de Régimen Jurídico.

No son sólo, sin embargo, las consideraciones efectuadas el único camino para afirmar la necesidad de la procedencia en todo caso de revisión de oficio de la iniciación y tramitación del correspondiente procedimiento formal. También es posible, y desde la propia perspectiva de los planteamientos de seguridad jurídica que justifican los derechos declarados por los actos como límite a la libre revocabilidad de los actos administrativos, la utilización de argumentos de tipo más pragmático que conducen ineludiblemente a la misma conclusión.

En efecto, no sólo la imposibilidad de considerar a los actos declarativos de derechos como una categoría especial de actos administrativos, sino también la evidencia de que los mismos no refieren la atribución de derechos subjetivos en sentido técnico sino simplemente las variadísimas situaciones de ventaja que de los actos administrativos hayan podido surgir, permiten poner claramente de relieve -sobre el hecho indudable de que la determinación concreta de la existencia de situaciones favorables para los particulares no puede nunca precisarse con una calificación *a priori*-que la anulación de la mayor parte de los actos administrativos, incluidos los considerados como "no declarativos de derechos", "restrictivos", o "de gravamen"- pueden producir perjuicios a los propios destinatarios o a terceros, perjuicios que deben ser, desde la perspectiva contemplada, igualmente protegibles que los considerados como "favorables" o "declarativos de derechos": la razón que justificaría el límite a la libre revocabilidad vendría a ser la misma, esto es, la protección de las situaciones de ventaja que de los actos administrativos hayan podido surgir.

Como en su momento tuvo ocasión de observarse, parece claro que el concepto de acto declarativo de derechos que habitualmente se expone en relación con la revisión de oficio no responde, en su concepción, a la consideración del otorgamiento de derechos subjetivos en sentido técnico. Por el contrario, se señala que actos declarativos de derechos son los actos favorables al destinatario, mientras que los actos no declarativos de derecho serían los actos de gravamen, que establecen cargas o resultan de alguna manera desfavorables para los propios destinatarios.

Lo que ocurre es que estos esquemas utilizados para determinar los actos que son declarativos de derechos -y, por tanto, sometibles a procedimiento y los que son de gravamen o desfavorables y, por ello, libremente revisables- parten de la consideración de la producción lineal de los efectos de los actos administrativos, es decir, entendiendo que los efectos de los actos administrativos se producen en una sola dirección: el acto favorable o restrictivo se ha podido decir, como si tales cualidades se encontraran formando parte esencial de su naturaleza y constituyeran categorías abstractas cuya concreta determinación fuese perfectamente posible por medio de un análisis apriorístico del acto cuya revisión se pretende, con el agravante, en nuestro actual sistema de revisión de oficio, de que el sujeto que de tal manera determina qué actos son favorables y cuáles desfavorables -sometibles a procedimiento o libremente revisables- es justamente la propia Administración, que encuentra, así, un camino expedito para burlar limpiamente el procedimiento de revisión establecido, por medio del simple expediente de afirmar que un determinado acto no es declarativo de derechos.

Pero al lado de la evidente imposibilidad de configurar categorías específicas de actos administrativos según resulten favorables o restrictivos para los destinatarios -puesto que la mayor parte de los actos administrativos no son favorables o desfavorables en un único sentido, sino que por lo general son favorables y restrictivos al tiempo, así como favorables para unos y desfavorables para otros- hay que tener en cuenta las posibles lesiones de derechos o intereses de terceros, que la revisión de oficio sin procedimiento de actos restrictivos, puede ocasionar, y cuyos intereses o derechos deben resultar perfectamente protegibles en un



planteamiento que precisamente pretende la protección de las situaciones jurídicas de ventaja que de los actos administrativos hayan podido surgir.

Según esto, pues, no sólo vendrían a ser actos declarativos de derechos en el sentido de la necesidad de sometimiento a procedimiento, los típicos actos declaratorios de gravamen, como podrían ser, las multas o las liquidaciones tributarias -en cuanto el acto concretaría una situación jurídica subjetiva digna de protección- sino también, todos aquellos supuestos en los que, de alguna manera, de la revisión de oficio de un acto administrativo derive algún perjuicio para alguien, incluso para la recta formación del ordenamiento jurídico, independientemente de que el acto revisado, en sí mismo, pudiera ser considerado como "de gravamen" o "restrictivo".

Por lo demás, es claro que la determinación de la existencia de situaciones de ventaja que pudieran resultar perjudicadas por la revisión de oficio, no puede realizarse nunca *a priori* -salvo que se consideren los actos declarativos de derechos como una categoría de actos-, sino que parece que deberá hacerse a través de la constatación de que, efectivamente, los hay o no, mediante un trámite de audiencia en el que puedan comparecer los que creyeran que la eventual retirada del acto podría perjudicar de algún modo sus intereses, pues si lo que en realidad se pretende es la efectiva protección de aquellas situaciones de ventaja, parece evidente que ello nunca podrá hacerse por medio de un juicio apriorístico, sino solo después de haber emplazado a quien pretenda estar interesado, para examinar su relación con el acto que se intenta anular.

Una última precisión sobre los límites a la revisión ha de constatar la introducción en el artículo 106 de la LPC como límite a las facultades de revisión de una referencia a la buena fé, que debe entenderse como una vía abierta a la introducción en nuestro sistema del principio de protección de la confianza, institución elaborada en el Derecho alemán y que el Tribunal Supremo español ha comenzado a reflejar en su jurisprudencia, aunque en la versión -menos rigurosa- del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que puede contribuir en un futuro próximo a racionalizar y reconducir a criterios previsibles el uso de un precepto, el 106 LPC, antiguo 112 LPA, basado hasta ahora en la escurridiza y nada segura idea de la equidad.

VIII. EFECTOS INDEMNIZATORIOS. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Una última cuestión a la que quisiéramos referirnos, siquiera brevemente, es la de los efectos indemnizatorios surgidos a partir del acto ilegal, asunto presidido en la doctrina por una confusión cierta.

El nuevo artículo 102 recoge la tradicional referencia del artículo 40.2ª párrafo de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el sentido de señalar que la administración puede al declarar un acto, previa concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas reguladas hoy en los artículos 139.2 y 141.1 de la LPC, reconocer las indemnizaciones que procedan a los interesados.

Un sector de la doctrina ve en dicha previsión un reconocimiento legal de la posibilidad de que del acto anulado se deriven pretensiones indemnizatorias para los que ven reducido su "patrimonio jurídico", con la anulación.

Tal perspectiva es, a nuestro juicio, inexacta, al aplicar esquemas propios de la revocación a la revisión de oficio, puesto que si el acto de anulación es conforme a derecho el particular tiene generalmente el deber jurídico de soportarlo y en los casos en los que tal deber no exista el efecto será no una indemnización sino la exclusión del ejercicio de la potestad de revisión. Además, el acto de revisión es una actividad dirigida directamente al despeje de una situación jurídica ilegal por razón de un interés público actual y de la misma naturaleza que el que justificó la emisión del acto anulado, de tal modo que la pérdida de la situación de ventaja del particular no es una consecuencia colateral del actuar administrativo sino su objetivo directo.

Por ello, un recto entendimiento de esta problemática lleva a la conclusión de que lo que aquí se pretende indemnizar son los perjuicios que la emisión del acto nulo causó y no los que de su anulación se deriven.



IX. BIBLIOGRAFÍA

ALI, M., "*Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*", RTDP, 1966, págs. 527 y ss.

ALLESII, R., *La revoca degli atti amministrativi*, Giuffré, Milano, 2ª. Edic., 1956.

BECKER, F. Y LUHMANN, N., *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*, Duncker und Humblot, Berlín, 1963.

BENVENUTI, F., "*Autotutela*", en *Enciclopedia del Diritto* - IV-, Giuffré, Milano, 1959, págs. 537 y ss.

BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977.

ERICHSEN, H. U., "*Die Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung*", JURA, 1981, 10, págs. 534 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "*La configuración del recurso de lesividad*", RAP, 15, 1954, págs. 109 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "*La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*", RAP, , 20, 1956, págs. 69 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo -I-*, Civitas, Madrid, 8º edic., 1997.

GARCIA TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo I*, EDERSA, Madrid, 3ª. Edic., 1974.

GOLDNER, D., "*Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte nach dem neuen Verwaltungsverfahrenrecht*", DÖV, 1979, 22, págs. 805 y ss.

GIUCCIARDI, E., *La Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 3ª. Edic. (reimpr.), 1957.

KLOSTERMANN, M., *Die Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung im Verwaltungsverfahren*, Peter Lang, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris, 1992.

KNOKE, U., *Rechtsfragen der Rücknahme vom Verwaltungsakten*, Duncker und Humbolt, Berlin, 1989.

LAVILLA ALSINA, L., "La revisión de oficio de los actos administrativos", RAP, 1961, 34, págs. 53 y ss.

MANTERO, A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova, 1979.

MERUSI, F., *L'Affidamento del Cittadino*, Giuffré, Milano, 1970.

OSSENBÜL, F., *Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, De Gruyter, Berlín, 2ª. Edic, 1965.

PARADA, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, (Estudio, Comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1993.

SANDULLI, A.M., *Manuale di Diritto Amministrativo -I-*, Jovene editore, Napoli, 15ª. Edic., 1989.

VICENT, J.Y., "Le retrait des actes administratifs unilatéraux", RTDE, 1974, PÁGS. 31 Y SS.

VLACHOS, G., "Le retrait des actes administratifs", La revue administrative, 1970, págs. 412 y ss.

VOGEL, K. "Die Lehre von Verwaltungsakt nach Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetze", BayVBL, 1977, págs. 617 y ss.

WALINE, M., "Le retrait des actes administratifs", en L'évolution du Droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Sirey, Paris, 1956, págs. 563 y ss.

ANEXOS

**NOTA INFORMATIVA SOBRE LA
FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA)**

LA FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA) fue creada por iniciativa de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de Noviembre de 1993, y tiene por objeto **EL ESTUDIO Y LA DIVULGACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** en todas sus manifestaciones, de manera particular el ordenamiento, clasificación, compilación y edición de la Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la publicación, distribución y venta de tales compilaciones; la edición y venta de los libros y revistas, folletos y estudios jurídicos y demás publicaciones tanto de los Magistrados de dicha Corte como de personas ganadoras de concursos que la misma haya promovido, y en general, de todo cuanto propenda a la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo.

La Fundación está integrada por:

Miembros Fundadores:

Los otorgantes del Acta Constitutiva.

Miembros Consejeros:

Los ex-Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Organos Directivos:

La Asamblea de Miembros, máxima autoridad de la Fundación y, la Junta Directiva.

**ACUERDO DE LA ASAMBLEA DE LA FUNDACION
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE FECHA 27 DE MAYO DE 1994**

**LA FUNDACION ESTUDIOS DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

CONSIDERANDO

Que dentro de los objetivos de esta Fundación está la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo".

CONSIDERANDO

Que el Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS ha contribuido significativamente a la divulgación del Derecho Administrativo tanto en Venezuela como en otros países de Europa y América.

ACUERDA

1°. Celebrar cada año, a partir de 1995, en el mes de noviembre, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, en Caracas, con la participación de relevantes personalidades nacionales y extranjeras que se hayan destacado en este campo.

2°. Entregar una copia del siguiente Acuerdo al Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS.

Dado, firmado y sellado en Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Belén Ramírez Landaeta
Presidente

Gustavo Urdaneta Troconis
Vice-Presidente

Jesús Caballero Ortiz
Vocal

José Agustín Catalá
Vocal

Alexis Pinto D'Ascoli
Vocal

Norka Moncada Redondo
Secretaria

