

CIVITAS

monografías

**ALLAN R.
BREWER-CARIAS
PRINCIPIOS
DEL
PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**



**PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

Monografías CIVITAS

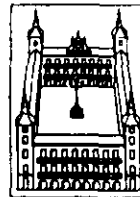
Directores: Manuel Alonso Olea, Rafael Calvo Ortega, Luis Díez-Picazo, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Juan Montero Aroca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Rodrigo Uría y Gustavo Villapalos.

ALLAN R. BREWER-CARIAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela
Profesor asociado de la Universidad de Derecho,
de Economía y de Ciencias Sociales de París (París 2)
(1989-1990).

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Prólogo de
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



Primera edición, 1990

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1990, by Allan R. Brewer-Carías
Editorial Civitas, S. A.
Grúcer, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-7398-813-2
Depósito legal: M. 36.706-1990
Compuesto en Composición Técnica, S. A.
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid
Printed in Spain - Impreso en España
por Gráficas Rogar. Polígono Industrial Cobo Calleja
Fuenlabrada (Madrid)

INDICE

PRÓLOGO	11
PREFACIO	17
INTRODUCCIÓN	19

PRIMERA PARTE LA CONTRIBUCION DE LA CODIFICACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AL AFIANZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Capítulo I.—El carácter sublegal de la actividad administrativa	39
I. EL RESPETO A LA LEY	39
II. EL RESPETO A LA RESERVA LEGAL (DOMINIO RESERVADO AL LEGISLADOR)	40
III. EL RESPETO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS	44
IV. EL RESPETO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL PARALELISMO DE LAS FORMAS	46
Capítulo II.—Los límites al ejercicio del poder discrecional	49
I. LA REDUCCIÓN DEL CÍRCULO DE LA DISCRECIONALIDAD: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	50
II. LOS LÍMITES AL PODER DISCRECIONAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	63

SEGUNDA PARTE EL REGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA CODIFICACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Capítulo I.—Los elementos del acto administrativo	81
I. ELEMENTOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	81
1. <i>Principios relativos a la competencia</i>	81
2. <i>Principios relativos a la manifestación de voluntad</i>	87
3. <i>Principios relativos a la base legal</i>	89

PROLOGO

Me honro en prologar este excelente libro del Profesor Brewer-Carias, bien conocido y estimado de los universitarios españoles.

Entre los iuspublicistas hispano-americanos, el Prof. Brewer-Carias ocupa un lugar de primer orden. Es el más brillante de los iuspublicistas formados en la Universidad Nacional de Caracas por el profesor español exiliado Antonio Moles, que acaba de fallecer, tras una larga y fecunda carrera. Brewer accede por ello muy joven al profesorado y emprende una obra sistemática de reordenación de todo el Derecho Público venezolano que asombra por su regularidad, por su ambición y por la seguridad de su criterio técnico, servido por una ágil mente jurídica y por una formación de una amplitud excepcional. Hoy el Derecho Público venezolano, Administrativo y Constitucional, ha quedado conformado en su conjunto sistemático y en partes sustanciales del mismo por las construcciones de Brewer-Carias.

Pero su actuación de jurista no ha quedado limitada al ámbito de su patria. Brewer-Carias ha sido promotor de una toma de conciencia común sobre el Derecho Público en todo el continente y ha animado infatigablemente congresos, seminarios, publicaciones comunes a todos los países del área. Ha visitado a la par todos los países occidentales, acopiando nuevos datos, nuevas publicaciones, nuevas relaciones personales. Finalmente, y coronando su nombradía en todos los ámbitos universitarios, prestigiosas Universidades europeas le han llamado a su seno para explicar cursos de Derecho Comparado, en el que ha pasado a ser uno de los valores universales reconocidos. Así en la Universidad de Cambridge explicó hace dos años un curso sobre justicia constitucional, del que ha resultado un importante volumen, Judicial Review in Comparative Law, publicado en los prestigiosos «Cambridge Studies in International and Comparative Law», Cambridge University Press, 1989.

Así también el presente libro, fruto de un curso profesado en la Universidad de París 2, en el cuadro de una enseñanza de tercer ciclo dedicada al Derecho Administrativo Comparado.

La doctrina del procedimiento administrativo está ganando nuevas batallas, desde la segunda mitad de este siglo. Baste recordar que en 1946 los norteamericanos dictan su Ley federal sobre la materia, los españoles su nueva Ley de 1958 (la vieja Ley Azcárate de 1889 puede blasonar de preceder a todas), los alemanes la suya en 1976, en fin, aunque no de forma completa y sistemática, los italianos y los franceses más recientemente.

Este libro nos ilustra sobre cómo el mismo impulso está teniendo lugar de una manera resuelta en América Latina y de que sus soluciones aportan perspectivas y criterios de primera significación.

La importancia de esta obra es poner de manifiesto cómo los mismos problemas aparecen en todos los países y son abordados y resueltos con soluciones paralelas. El Derecho Comparado, cuando se maneja con el magisterio bien adquirido y ejercitado por Brewer, hace aparecer un misterioso ius commune que no viene tanto de influencias recíprocas, que, naturalmente, también existen (por ejemplo: puede señalarse una corriente clara de influencia de la Ley española de 1958 sobre algunos países hispanoamericanos), como, sobre todo, de que, al fin, las soluciones de los problemas jurídicos se ordenan alrededor de unos cuantos principios comunes, capaces de alumbrar un repertorio no demasiado extenso de soluciones «tópicas», en el sentido de Theodor Viehweg.

Brewer ahonda así, con su visión panorámica y omnicomprendensiva, los principios generales del procedimiento administrativo y ofrece multitud de sugerencias provechosas para el perfeccionamiento de cada uno de los sistemas nacionales que estudia, entre ellos, por supuesto, el nuestro. Los redactores de un texto revisado de nuestra Ley de 1958, que no acaba de ser puesto a punto, desde hace por lo menos diez años, encontrarán por ello en este libro muchas sugerencias inmediatamente útiles.

Pero también el aplicador del Derecho podrá localizar en este ambicioso estudio muchas pistas para abordar y solucionar problemas específicos. Los buenos libros de Derecho, como es el presente, son siempre fecundos no sólo en el plano de los grandes principios, sino también en el de las aplicaciones prácticas, pues toda teoría en Derecho se acredita justamente en sus consecuencias regulativas finales, que es el propio de toda técnica jurídica.

Agradecemos al Prof. Brewer-Carias su excelente trabajo, que pone al día un capítulo esencial del Derecho Público contemporáneo, con una amplitud de conocimientos que sorprende y un criterio seguro y riguroso, de forma que aprovechará con seguridad a los juristas de muchos países.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

**PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

PREFACIO

Este libro recoge, en esencia, la versión en castellano del curso que dicté en el Tercer Ciclo de la *Université de Droit, d'Économie et de Science Sociales* de París (Paris 2), en el marco del curso sobre «Derecho Administrativo Comparado», a cargo del profesor Jean Michel Lemoine des Forges, durante el año académico 1989-1990. Este año el curso fue destinado al estudio del «procedimiento administrativo en el derecho comparado», habiéndome correspondido analizar comparativamente con el derecho francés los principios del procedimiento administrativo en España y en los países de América Latina, particularmente los que tienen leyes reguladoras del mismo (Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú, Uruguay y Venezuela).

Todas las leyes latinoamericanas en materia de procedimientos administrativos han sido dictadas en los últimos veinte años, por lo que, sin duda, además de haber recogido los aportes de la jurisprudencia y doctrina de cada país y la influencia de la doctrina francesa, han recibido la directa influencia, tanto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado como de la Ley de Procedimiento Administrativo de España. Y no podía ni debía ser de otro modo, siendo el resultado un conjunto de regulaciones que, sin duda, han significado el enriquecimiento de instituciones, que bien podría servir para la retroalimentación del sistema jurídico iberoamericano. En todo caso, la elaboración de las conferencias que conformaron el curso me permitió constatar que en materia de principios de derecho administrativo, todo nos une con los principios de la legislación y doctrina españolas, las cuales, por lo demás, son permanentemente manejadas en nuestros países.

Pero el haber dictado este curso en la Universidad de París me permitió hacer otra constatación: la legislación y la doctrina españolas son tan ignoradas en Francia —salvo en con-

tados círculos académicos— como lo es la de los países latinoamericanos. No hay que olvidar que conforme a un proceso típicamente europeo, aún no revertido, desde el punto de vista jurídico e institucional, los países tienden a mirar al norte, considerando lo que está al sur como menos desarrollado y, por tanto, sin interés, salvo el de la curiosidad. Ello hasta sucede incluso, en el interior de los propios países. En el caso de Francia, sin embargo, la situación es extrema, pues desde el ángulo jurídico, muchas veces ni siquiera se mira hacia afuera de las fronteras, viviéndose en general, en un singular aislamiento.

Precisamente por ello hay que saludar los esfuerzos que algunos sectores académicos franceses han venido haciendo en pro de los estudios de derecho comparado, y entre ellos, en París, en materia de derecho administrativo con el profesor Roland Drago a la cabeza, tanto desde la Sociedad de Legislación Comparada como de la Academia Internacional de Derecho Comparado, que dirige con todo acierto. Al profesor Drago, a quien me unen lazos académicos y de amistad desde hace casi cinco lustros, sin duda, se debe la iniciativa para mi nombramiento como profesor asociado de la Universidad de París 2. Por ello, la publicación de este libro es una ocasión propicia para agradecerle una vez más su confianza académica. Realmente me fue muy grato y estimulante el haber dictado este curso de post-grado en las mismas viejas aulas de la *Place du Panthéon*, donde a comienzos de los sesenta tuve el privilegio de seguir los cursos de M. Waline, R. Charlier y Ch. Eisenmann.

El profesor Eduardo García de Enterría, mi amigo de tantos años, ha aceptado mi requerimiento de redactar el Prólogo a este libro. Honor que me hace, y que agradezco, pues bien sabe él que para los latinoamericanos, su obra y la de los académicos de su escuela, está entre las más apreciadas y respetadas. De ella y de su bohomía mucho hemos aprendido.

París, mayo 1990.

A.R.B.C.

INTRODUCCION

El derecho administrativo francés, sin duda, puede considerarse como el producto más esclarecido de la labor de los jueces, descubierto y difundido, paso a paso, por la doctrina. Por ello, y sobre todo cuando se analiza el sistema francés desde una perspectiva comparada, podemos decir que ha sido precisamente el control jurisdiccional de la Administración y la progresiva reducción del exceso de poder en la conducta de los funcionarios, el gran aporte de Francia a la cultura jurídica del mundo moderno y al afianzamiento del Estado de Derecho.

Justicia administrativa y derecho administrativo, por tanto, en Francia han estado y continúan estando esencialmente unidas, hasta el punto de que el contenido del derecho administrativo ha sido moldeado por la jurisdicción administrativa. Esto ha tenido evidentes ventajas en cuanto al progreso de la juridicidad aplicada a la Administración y al fortalecimiento del principio de la legalidad. Pero también ha originado ciertas desventajas que han condicionado las grandes discusiones doctrinales del derecho administrativo.

Así, nociones tales como servicio público, establecimiento público, acto de gobierno o contrato administrativo han estado en el centro de una tradicional discusión doctrinal tendente a lograr una sustantividad propia de dichas nociones, la cual no ha sido siempre posible, precisamente, por el peso de la variable jurisdiccional que ha girado en torno a la búsqueda de un «criterio» para delimitar las competencias de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción judicial.

Muchas veces estas nociones, como consecuencia, antes que una sustantividad propia lo que tenían era una connotación adjetiva, por lo que los cambios jurisprudenciales inevitablemente condujeron a su crisis. De allí que como lo afirmaba G. LIET-VEAUX hace algunas décadas al referirse a la no-

ción de contrato administrativo, podamos decir que se trata de uno de los capítulos más «desesperantes» del derecho administrativo ¹.

Este desespero que se encuentra con frecuencia en la doctrina francesa por el esfuerzo de poder sustantivizar instituciones y nociones fundamentales, sin duda, podemos decir que es el producto del peso que ha tenido la jurisdicción administrativa en la moldeadura del derecho administrativo. Ello ha llevado, incluso, al extremo de que el estudio del derecho administrativo no solo se haga a través, y únicamente de la perspectiva de lo que el Consejo de Estado resuelva, sino a través del solo prisma de la jurisdicción. No es raro, por tanto, que incluso bajo el título de *Traité de Contentieux-Administratif*, como el excelente libro de los profesores J. M. AUBY y R. DRAGO ², en realidad lo que el lector encuentre sea un verdadero Tratado de Derecho Administrativo.

La labor del juez administrativo, en todo caso, ha sido y es tan fenomenal en Francia, que el derecho administrativo, materialmente, se ha fundamentado solo en la jurisprudencia trabajada por la doctrina para tener el desarrollo tan importante que ha evidenciado, y que ha llevado su influencia a todas partes del mundo, y en forma mucho más intensa que la que los propios franceses podrían imaginar.

Sin embargo, y ello es evidente, no en todas partes del mundo se encuentra una tradición tan esclarecida como la del juez administrativo francés, que se basta a sí mismo, con su arsenal de jurisprudencia y sin la ayuda del derecho positivo, para someter a la Administración a la legalidad, construyendo principios rectores de la conducta administrativa, que han servido de ejemplo para el desarrollo del Estado de Derecho, dentro y fuera de Francia.

La realidad en muchos otros países, es que la labor del juez administrativo, en algunas épocas pujante y en otras tí-

¹ G. LIET-VEAUX, «Note (Nouvelles définitions du contrat administratif)», *La Revue Administrative*, n.º 53, Paris, sept.-oct., 1956, p. 502.

² París, 1984.

mida, en la tarea de la construcción del derecho administrativo ha requerido del auxilio del Legislador a quien ha correspondido la positivización de principios y reglas. Con frecuencia se ha constatado, así, que no basta con un arsenal de jurisprudencia y con la creación pretoriana del derecho administrativo puesta en evidencia por la doctrina, para lograr reducir la discrecionalidad administrativa y someter toda la actuación administrativa a la legalidad; y que, al contrario, en muchas ocasiones ha resultado necesario convertir en derecho positivo legislado, todos esos principios reguladores del actuar administrativo, para que no sólo sean efectivamente respetados por los funcionarios, sino para que los mismos jueces contencioso-administrativos, incluso, puedan ejercer a cabalidad y con mayor autonomía, sus labores de control judicial de la Administración.

Esta ha sido, en general, la tendencia en los países hispano americanos, donde en muchos de ellos se ha producido un proceso de codificación del derecho administrativo, o al menos, de los principios fundamentales referidos a la actividad administrativa, en leyes reguladoras del «procedimiento administrativo».

Y esto nos obliga de inmediato, al querer estudiar los principios del «procedimiento administrativo no contencioso» en España y en América Latina, a establecer una indispensable precisión terminológica. En lengua castellana, en efecto, la expresión equivalente a la frase «procedimiento administrativo no contencioso» no tiene sentido alguno.

Esta es una expresión típicamente francesa que quiere significar el procedimiento que se sigue ante la administración activa por oposición al que se desarrolla ante la jurisdicción administrativa, de manera que se habla de *procédure administrative non contentieuse* distinguiéndola de la *procédure contentieuse administrative*. Sin embargo, desde la perspectiva hispano americana, dicha expresión no sólo no tiene sentido, sino que incluso sería incorrecta.

En primer lugar, debemos señalar que definitivamente no está en la tradición hispanoamericana el que sólo los órganos jurisdiccionales tengan el monopolio del procedimiento, como

históricamente ha sucedido en Francia ³, lo que explica no sólo el que hasta hace pocas décadas se hubiera descuidado el estudio doctrinal del procedimiento desarrollado en la administración activa, sino el que salvo excepciones ⁴, para identificarlo se le haya tenido que calificar como «no contencioso» por oposición al «contencioso administrativo».

En el mundo jurídico de los países de lengua castellana, en cambio, la distinción basada en el calificativo «no contencioso» nunca ha sido usada, de manera que cuando se quiere identificar el procedimiento desarrollado ante los tribunales contencioso-administrativos se habla, como en Francia, de «procedimiento contencioso-administrativo» ⁵; utilizándose generalizadamente la expresión de «procedimiento administrativo», pura y simplemente, para identificar el procedimiento desarrollado ante la administración activa y, por tanto, siempre de carácter no jurisdiccional. Nuestros países, en este sentido, en la concepción del procedimiento administrativo más han recibido la influencia de los aportes de la Escuela Germánica, básicamente de Adolf MERKL ⁶, que de los crite-

³ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 17 ss.

⁴ Vid. fundamentalmente Georges LANGROD, «Procédure Administrative et Droit Administrative», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1948, pp. 549 ss.; y en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, 1956, pp. 5 ss. Más recientemente, vid. Celine WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, París, 1975.

⁵ Lo cual doctrinalmente, incluso ha dado origen al llamado derecho procesal administrativo. Vid. por ejemplo, José M.^a VILLAR Y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1944, 2.^a ed. 1948; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, 3 vols., Madrid, 1955; Miguel GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Procesal Administrativo*, 2 vols., Bogotá, 1986; Carlos BETANCUR JARAMILLO, *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, 1982; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Bogotá, 1985.

⁶ Vid. Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo* (ed. castellana), México, 1980, pp. 278 ss. Esta obra no fue nunca traducida al francés. Vid. los comentarios a la concepción de MERKL en G. ISAAC. *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 89 ss. Vid. asimismo, J. ARAUJO JUÁREZ, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Caracas, 1989.

rios de la doctrina francesa. De allí que a lo largo de nuestra exposición utilizaremos la expresión de «procedimiento administrativo» como equivalente a la expresión francesa *procédure administrative non contentieuse*.

Pero además, hay una segunda razón para que no se utilice esta expresión en el mundo de habla hispana, y es que en sí mismo, consideramos impropio el aditivo del calificativo «no contencioso» para identificar el procedimiento desarrollado ante la administración activa, pues en estricto derecho no es cierto que ese procedimiento sea siempre de carácter «no contencioso». Al contrario, la intervención creciente del Estado en diversos campos de la vida económica y social, con frecuencia llevan a los órganos administrativos a adoptar decisiones como resultado de una resolución de conflictos entre intereses privados contrapuestos que se suscitan entre particulares, y los cuales entran en «contención» ante la autoridad administrativa. En estos casos, como en todo el actuar administrativo, en el procedimiento respectivo que, evidentemente, es de carácter contradictorio (aunque no judicial o jurisdiccional), la Administración debe respetar la igualdad entre las partes con intereses contrapuestos, y actuar con imparcialidad.

Por ello, al estudiar los principios del procedimiento desarrollado ante las autoridades administrativas en España y en América Latina, hablaremos pura y simplemente del «procedimiento administrativo» como contrapuesto al «procedimiento contencioso-administrativo» que se desarrolla ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nuestro estudio, por otra parte, lo circunscribiremos a los países que en el mundo de habla castellana han tenido un proceso de codificación del procedimiento administrativo, entre los cuales se destacan, España, Perú, Argentina, Uruguay, Costa Rica, Venezuela y Colombia, países en los cuales, por lo demás, entre todos los de hispano américa, el derecho administrativo ha encontrado mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Ante todo se destaca el caso de España, país donde po-

demos encontrar el origen del movimiento codificador del procedimiento administrativo, con la Ley de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre 1889, en la cual se intentó regular uniformemente el procedimiento a que debían someterse los diversos departamentos de la Administración en la tramitación de los expedientes. Aun cuando se adelantó mucho a otros países y significó un paso decisivo en la evolución del Derecho Administrativo español ⁷, su carácter de Ley-cuadro y su multiforme desarrollo reglamentario en cada Ministerio, exigieron su reforma y puesta al día, lo que ocurrió con la Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958 ⁸, en la cual se establecieron, en un texto único, no sólo normas de procedimiento directamente aplicables a todos los Departamentos Ministeriales, sino las regulaciones básicas del régimen de los actos administrativos y de otros aspectos de la actividad administrativa relacionados con ellos. Esta Ley, junto con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, ha tenido una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual es, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta que comienza a renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino en el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina pues, puede decirse, que en una u otra forma dichas leyes han inspirado las leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países, en las últimas cuatro décadas.

En efecto, el primer país que reguló el procedimiento administrativo con evidentes influencias del texto español fue el Perú, donde mediante el Decreto Supremo núm. 006-SC de 11 de noviembre de 1967, se dictó un «Reglamento de Nor-

⁷ Exposición de Motivos de la Ley de 1958. Vid. en *Justicia Administrativa*, Ediciones Civitas, Madrid, 1973, p. 56.

⁸ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 171 de 18 de julio de 1958; correcciones de erratas en *Boletín Oficial del Estado* núms. 210 y 220 de 2 y 13 de septiembre de 1958 y 98 de 24 de abril de 1959. Vid., el texto, además, en *Justicia Administrativa*, cit., pp. 66-129.

mas Generales de Procedimientos Administrativos»⁹ a cuyo texto debía ajustarse la actuación administrativa de los órganos del Poder Ejecutivo, de los establecimientos públicos y de los gobiernos locales, «siempre que no se opusieran a las leyes o sus reglamentos especiales» (art. 1). En esta forma, si bien se establecieron principios generales de la acción administrativa, ello se hizo con un texto de rango reglamentario y supletorio, lo que ha implicado, en la práctica, que dicho texto no haya tenido mayor influencia en el desarrollo del derecho administrativo peruano.

En realidad, la primera normativa nacional de rango legal relativa al procedimiento administrativo que se dictó en América Latina, fue el Decreto-Ley núm. 19.549/72 de 3 de abril de 1972 de Argentina, sobre procedimientos administrativos¹⁰, texto que vino a culminar un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo¹¹ y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta¹². El Decreto-Ley núm. 19.549/72, en todo caso, es claro que no sólo estableció los principios básicos a que deben ajustarse los procedimientos administrativos desarrollados ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autónomos, en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso, sino que reguló las reglas fundamentales relativas a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia.

En la misma orientación de la legislación argentina, la segunda de las legislaciones nacionales sobre procedimientos

⁹ Vid. el texto en *Legislación Peruana sobre Empleados Públicos*, Lima, pp. 242-250.

¹⁰ *Boletín Oficial* núm. 22411 del 27 de abril de 1972. Vid. el texto en Emilio FERNÁNDEZ VÁZQUEZ y Emilio MARCELINO SENDÍN, *Procedimiento Administrativo Nacional*, Buenos Aires, 1974, pp. 116-134.

¹¹ Vid. el texto de las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos en Agustín GORDILLO, *Procedimientos y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, pp. 591-723.

¹² Decreto 20003/33 sustituido por Decreto núm. 7520/44. Vid. los textos en Agustín GORDILLO, *op. cit.*, pp. 583-590.

administrativos que se dictó en América Latina fue el Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973 del Uruguay, el cual completó el cuadro regulador de la actividad y trámites administrativos que se había establecido en anteriores Decretos de 1964 y 1966 ¹³.

En el proceso de codificación el derecho administrativo en América Latina, destaca en tercer lugar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, de 2 de mayo de 1978 ¹⁴, texto que, como lo hemos señalado hace algunos años, podría ser considerado como el de un «Manual de Derecho Administrativo», volcado en el articulado de un Código ¹⁵. Esta hermosa Ley, única en su género, abarca todo el conjunto de materias de un «Manual de Derecho Administrativo», por lo que la explicación de su articulado configuraría, exactamente, el «programa» de un curso general de esta disciplina. Se trata, por tanto, de un muy raro ejemplo de un «Código de Derecho Administrativo» que, inclusive, consagra la autonomía de nuestra disciplina, al declarar la independencia del ordenamiento jurídico administrativo de otras ramas del derecho ¹⁶.

A la Ley costarricense, siguió cronológicamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio

¹³ La Ley 15869 de 22 de junio de 1987 relativa al Tribunal Contencioso Administrativo, no derogó el Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973, el cual continúa vigente. *Vid.* lo indicado en J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Recursos administrativos*, Montevideo, 1989, p. 14. El texto del Decreto núm. 640/973 de 8 de agosto de 1973 contentivo de las Normas Generales de Actuación Administrativa puede verse en J. A. PRAT, D. H. MARTINS, M. R. BRITO, H. FRUGONE SCHIAVONE, y J. P. CAJARVILLE PELUFFO, *Procedimiento Administrativo*, Montevideo, 1977, pp. 177 ss. *Vid.* las referencias en Julio A. PRAT, *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, Montevideo, 1978, pp. 125 ss.

¹⁴ Alcance núm. 90 *La Gaceta* núm. 102 de 30 de mayo de 1978. *Vid.* el texto en *Ley General de la Administración Pública*, Contraloría General de la República, San José, 1978.

¹⁵ Allan R. BREWER CARÍAS, «Comentarios sobre los Principios generales de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica», *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, p. 31.

¹⁶ Art. 9.

de 1982, de Venezuela ¹⁷, texto que se comenzó a elaborar desde 1965 ¹⁸. Esta Ley Orgánica, influenciada directamente por la Ley española, recogió todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública Nacional y aplicable supletoriamente a las administraciones estatales y municipales; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad administrativa ¹⁹.

Por último, en materia de codificación del procedimiento administrativo, debe destacarse el régimen de Colombia, único país de América Latina que adoptó el modelo francés de la dualidad de jurisdicciones: una jurisdicción judicial que tiene en su cúspide a la Corte Suprema de Justicia, y una jurisdicción contencioso-administrativa que tiene en su cúspide al Consejo de Estado. Dada esta peculiar situación, Colombia ha contado, desde 1941, con un Código Contencioso-Administrativo ²⁰, en el cual se regulaba exclusivamente el procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En base a la labor de la jurisprudencia, en 1980 se propuso la reforma y adaptación del Código ²¹, lo cual se produjo por Decreto núm. 01 de 1984. En esta reforma, además, se le agregó al Código un nuevo «Libro» relativo al «procedimiento administrativo», diferenciado del «procedimiento

¹⁷ *Gaceta Oficial* núm. 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. *Vid.* el texto en Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 379-412.

¹⁸ *Vid.*, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, vol. 2, p. 392.

¹⁹ *Vid.* Allan R. BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, pp. 37 ss.

²⁰ Ley 167 de 1941 sobre Código Contencioso Administrativo.

²¹ Jaime VIDAL PERDOMO, «Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso-Administrativo», 28 de enero de 1980, en Gustavo PENAGOS, *Código Contencioso Administrativo*, Bogotá, 1985, pp. 1-11.

ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo»²². En esta forma, a partir de 1984, Colombia cuenta con una importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo aplicable a todos los organismos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público, en todos los órdenes (art. 1).

Ahora bien, un rasgo común de esta codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, es que el contenido de las diversas leyes de procedimiento administrativo, ha regulado no sólo las operaciones tendentes a producir los actos administrativos, sino el régimen de éstos, en sí mismos, su forma, sus efectos, su ejecución, sus vicios y su impugnación. Cuando se analiza esta codificación hispanoamericana del procedimiento administrativo, por tanto, encontramos inútil la discusión doctrinal destacada por Georges DUPUIS y que gira en torno al esfuerzo de distinguir, o de no confundir, la forma y el procedimiento (las formalidades) o, en otras palabras, de distinguir la operación de «*facere*», es decir, de «fabricación» o elaboración del acto administrativo, y el «*factum*», es decir, el producto de aquellas operaciones, que es el acto mismo²³. Ambos aspectos están comprendidos en el contenido de la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, de manera que la misma abarca la regulación, tanto de la forma como de la formalidad de los actos administrativos, en el sentido precisado por René HOSTIOU, de que «*las formalidades* están constituidas por las diversas operaciones relativas a la operación normativa (el «*negotium*»), que condiciona la regularidad de la emisión y la entrada en vigor del acto»; y *las formas* «son las menciones del escrito (el «*instrumentum*») que traducen expresa-

²² Vid. el texto del Decreto 01 de 1984 en Gustavo PENAGOS, *op. cit.*, pp. 21-79. El Decreto 01 se dictó en base a la Ley 58 de 1982. Posteriormente con base en la Ley 30 de 1987, mediante Decreto 2304, de 7 de octubre de 1989, se introdujeron reformas al Código Contencioso Administrativo.

²³ Georges DUPUIS, «La forme de l'acte administratif», en Georges DUPUIS (ed.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, 1979, pp. 9 y 10.

mente las diversas condiciones de regularidad del acto (el autor, los fundamentos y la fecha de emisión del acto, principalmente)»²⁴.

Por supuesto que doctrinalmente se puede distinguir entre el conjunto de reglas relativas a «la operación de emisión» del acto administrativo que, según Guy ISAAC, conformarían el procedimiento administrativo no contencioso²⁵, y el producto mismo de dicha operación, que es el acto administrativo en sí mismo, sus requisitos o condiciones de validez, sus efectos, su ejecución, su anulación y revocación y su revisión en vía administrativa.

Esta es la posición, por ejemplo, que adopta Celine WIENER, quien al dar una noción comprensiva del procedimiento administrativo, señala que «el mismo comprende un conjunto de reglas de naturaleza con frecuencia diferente, pero que todas presentan el signo común de regir un momento de la elaboración del acto». Por ello señala que al hablar del procedimiento administrativo, «sería quizá más exacto hablar de una reglamentación de la función administrativa de decisión, en la medida en que tal reglamentación se refiera en primer lugar al proceso de formación de la voluntad que está al origen de la decisión, es decir, los antecedentes y la instrucción de un acto, más que al acto en sí mismo»²⁶.

Sin embargo, trazar en la práctica la frontera entre uno y otro aspecto, sobre todo cuando estamos en presencia de legislaciones sobre el tema, consideramos que es jurídicamente imposible. El mismo Guy ISAAC, al precisar el objeto del «procedimiento administrativo no contencioso», como «la reglamentación de la operación de emisión del acto administrativo en conjunto», agrega que «el mismo debe entonces ser definido en forma detallada, como el conjunto de reglas relativas al procedimiento de elaboración del acto, a su forma y a su

²⁴ René HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975, p. 13.

²⁵ Guy ISAAC, *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 151 ss.

²⁶ Celine WIENER, *Vers une Codification de la procédure administrative*, París, 1975, p. 15.

publicidad, así como a su cuestionamiento»²⁷, comprendiendo, por tanto, dentro del contenido del «procedimiento administrativo no contencioso», aspectos de la forma de los actos administrativos y de su impugnación²⁸.

Ahora bien, definitivamente, la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina responde a una concepción muy amplia del mismo, signado por el esfuerzo, por una parte, de someter a la Administración a la legalidad y por la otra, de garantizar a los particulares un debido proceso frente a la Administración. Siguiendo la concepción de A. MERKL, de que «toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo»²⁹, la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, más que un esfuerzo de regular legislativamente las meras formalidades para la producción de los actos administrativos, en estricto sentido, constituye realmente, un esfuerzo de codificación «del derecho administrativo» en sí mismo, o si se quiere, de los principios generales del derecho administrativo que deben guiar la conducta de los órganos de la Administración en sus relaciones con los particulares, y garantizar los derechos de estos últimos ante la Administración. De allí la importancia que esta codificación del procedimiento administrativo en hispanoamérica ha tenido para el afianzamiento de principio de la legalidad, la regularización de las relaciones entre la Administración y los administrados, y el desarrollo del mismo derecho administrativo.

Ahora bien, el estudio de los principios del procedimiento administrativo en España y los países latinoamericanos antes mencionados con codificación nacional relativa al mismo, lo haremos dividiendo nuestra exposición en tres partes.

²⁷ Guy ISAAC, *op. cit.*, pp. 158 y 173.

²⁸ Lo cual incluso, con una visión aún más estrecha sobre el procedimiento y la forma del acto administrativo, es criticado por DUPUIS, *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

²⁹ A. MERKL, *op. cit.*, p. 279. *Vid.* los comentarios en G. ISAAC, *op. cit.*, p. 91.

La primera parte, la dedicaremos al estudio de la contribución que la codificación del procedimiento administrativo en nuestros países ha tenido respecto del afianzamiento del principio de la legalidad, que debe guiar toda la actividad administrativa. Para ello, dividiremos esta primera parte en dos Capítulos: el primero, destinado a analizar las implicaciones del carácter sublegal de la actividad administrativa y el segundo destinado a estudiar los límites al ejercicio del poder discrecional.

La segunda parte estará destinada, en particular, al estudio del régimen de los actos administrativos —noción central en el régimen de la legalidad administrativa— tal como se regula en la codificación hispanoamericana haciendo referencia en dos capítulos a los elementos de los actos administrativos y a los principios relativos a los efectos de los mismos.

La tercera parte, la destinaremos, en particular, al estudio de los principios del procedimiento administrativo establecidos como garantía, tanto del principio de la legalidad como del respeto de los derechos de los administrados por los órganos de la Administración. Para ello, dividiremos esta tercera parte en dos capítulos en los cuales estudiaremos separadamente, los principios del procedimiento administrativo y en particular, el régimen legislativo del derecho a la defensa de los administrados y sus consecuencias. En el capítulo segundo, analizaremos, en particular, el régimen de los recursos administrativos puestos a disposición de los administrados para la revisión de los actos administrativos por la propia Administración.

PRIMERA PARTE

**LA CONTRIBUCION DE LA CODIFICACION
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
AL AFIANZAMIENTO DEL PRINCIPIO
DE LA LEGALIDAD**

El principio de la legalidad, según el cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho, sin duda, es la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho.

De acuerdo a esta concepción, todos los órganos del Estado están sometidos al ordenamiento jurídico, en cuya cúspide está la Constitución. Para algunos órganos del Estado, sin embargo, por su posición en la jerarquía de las normas, el derecho al cual deben someter su actuación, sólo está consagrado en la Constitución (es el caso del Parlamento y de algunas actuaciones del Gobierno), por lo que el principio de la legalidad sería más propiamente, en esos casos, sólo «principio de la constitucionalidad».

Pero para la Administración, el orden jurídico al cual deben someterse los órganos administrativos está conformado por todas las fuentes del derecho, comprendidas la Constitución, las leyes, y los reglamentos en el ámbito que resulte del grado que ocupe en la jerarquía administrativa el órgano en particular; y por supuesto, comprendidos también los principios generales del derecho.

Ahora bien, en la tradición latinoamericana, la noción de principio de la legalidad tiene su antecedente remoto en el principio de la supremacía constitucional que, conforme al modelo norteamericano, nuestros países republicanos adoptaron desde comienzos del siglo pasado (1811), y en su consecuencia elemental: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que forma parte de nuestra tradición constitucional. Por ello, estando sometido el Parlamento, desde siempre, a control judicial de la constitucionalidad, con mayor razón la Administración ha estado sometida al control judicial de la legalidad, en su sentido más amplio.

Por supuesto, y siempre dentro del marco constitucional, la legalidad en nuestra tradición jurídica también ha estado

sometida a ciertas «inflexiones», en particular las que derivan de lo que en Francia se han denominado «circunstancias excepcionales», y que en América Latina ha encontrado encuadramiento constitucional, desde comienzos de siglo, en la posibilidad atribuida al Poder Ejecutivo, generalmente con intervención legislativa, de restringir o suspender las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y decretar el estado de emergencia, estado de sitio o estado de urgencia.

La experiencia histórica de las situaciones excepcionales llevó así al constituyente latinoamericano a preverlas constitucionalmente ¹, modificándose, al adoptarlas, el ámbito de la legalidad que rige la Administración, pero sin que quede excluida la posibilidad de control judicial de constitucionalidad y legalidad conforme al nuevo marco jurídico que deriva de dichas medidas.

Ahora bien, aplicado específicamente a la Administración, el principio de la legalidad se ha consolidado en América Latina, al igual que en Francia, fundamentalmente con la construcción jurisprudencial de los principios generales del derecho, y en concreto, del derecho administrativo, muchos de ellos desgajados de la propia Constitución, en virtud de la consagración tradicional en las Constituciones de nuestros países, desde 1811, de un largo y completo elenco de derechos y garantías. Es cierto, que por muchas décadas y con altibajos cíclicos, muchos de dichos derechos, en muchos países, no han tenido efectiva aplicación; sin embargo, cuando han tenido efectividad, se han configurado en la principal fuente de los principios generales del derecho administrativo. Así ha sucedido con el derecho a la defensa, con el principio de la igualdad y no discriminación, con el de la no retroacti-

¹ Al contrario de lo que sucedió en Francia, donde sólo fue en la Constitución de 1958 que se reguló *l'état de siège* (art. 36). Con anterioridad, la consagración del «estado de sitio» había tenido rango legislativo desde el Siglo pasado. Asimismo ha sucedido con el estado de urgencia regulado legislativamente sólo a partir de 1955. *Vid.* las referencias en G. VEDEL y Pierre DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, París, 1984, pp. 420-421. El rango legal de la institución en Francia radica en la no consagración constitucional de los derechos fundamentales.

vidad de los actos administrativos, con la teoría de la indemnización debida por la lesión a los derechos adquiridos, etc. formulados en gran parte por la jurisprudencia.

Estos principios han sido, precisamente los que han encontrado consagración positiva en las leyes de procedimientos administrativos, produciéndose, con su conversión en derecho positivo, un mayor afianzamiento del principio de la legalidad, en relación, particularmente, a la actividad administrativa.

En efecto, la actividad administrativa es una de las actividades del Estado, siendo las otras la actividad legislativa, la actividad de gobierno y la actividad judicial (jurisdiccional en la terminología francesa) distinguiéndose entre sí, entre otros aspectos, por el grado que ocupan en la graduación o escalonamiento del orden jurídico que deriva de la Constitución, según la concepción de la creación del derecho por grados difundida por H. Kelsen ².

De acuerdo a esta concepción, la actividad administrativa siempre es de rango sublegal, (al igual que la judicial), en contraste con la actividad legislativa y la actividad de gobierno, que siempre son de rango legal, es decir, ocupan el primer escalón en la producción del orden jurídico, pues son actividades que el Parlamento o el Presidente de la República ejercen en ejecución directa de normas constitucionales.

A pesar de que la actividad de gobierno y administrativa del Estado provengan de un mismo órgano del Poder Ejecutivo, sin embargo, las mismas no pueden confundirse, pues ocupan una diversa jerarquía en el orden jurídico, razón por la cual lo que es «legalidad» para los actos administrativos sólo es «constitucionalidad» para los actos de gobierno.

Conforme a ello, en la concepción latinoamericana, los actos de gobierno definitivamente no son actos administrativos, pues al ser dictados por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución, tienen rango legal y no sublegal. En consecuencia, al no tratarse de actos administrativos, dichos actos, al igual que ha sucedido en Francia con la

² Vid. H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

concepción del «acto de gobierno»³, no están sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, pero no porque sean pretendidas excepciones o inflexiones al principio de la legalidad, sino porque simplemente no son actos administrativos. Pero la exclusión del control jurisdiccional contencioso-administrativo no significa que están excluidos de todo control jurisdiccional, como en Francia, pues en América Latina siempre están sometidos al control jurisdiccional que les es propio, el de la justicia constitucional, pues sólo están sujetos a normas constitucionales.

En todo caso, conforme al principio de la legalidad y así lo establece expresamente la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, «la Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes» (art. 11.1).

Ahora bien, dos aspectos nos interesa destacar en el estudio del principio de la legalidad aplicado a la Administración: en primer lugar, los principios que derivan del carácter sublegal de la actividad administrativa; y en segundo lugar, los principios elaborados jurisprudencialmente y recogidos en las leyes de procedimientos administrativos, limitativos al ejercicio del poder discrecional.

³ Vid. J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 2, p. 166.

CAPITULO I

EL CARACTER SUB LEGAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El carácter sub legal de la actividad administrativa, en las leyes reguladoras del procedimiento administrativo en España y América Latina, ha tenido consagraciones particulares por lo que se refiere al principio de la sujeción a la ley, al respeto del principio de la reserva legal, al respeto de la jerarquía de las normas administrativas, así como al principio del paralelismo de las formas.

I. El respeto a la Ley

La consecuencia más elemental de la formulación del carácter sub legal de la actividad administrativa, es el respeto a la ley, es decir, el respeto a las regulaciones normativas adoptadas por el Parlamento. Esto, por supuesto, tiene enorme importancia en España y América Latina, donde las relaciones entre la Ley y el Reglamento se dan en una forma radicalmente distinta a como se han formulado en la Constitución francesa de 1958 ¹. No hay en Hispano América nada que se parezca a la consagración constitucional de un ámbito de materias asignadas, como «*numerus clausus*», al Legislador, quedando todo el resto de las materias al ámbito reglamentario ². Al contrario, en España ³ y América Latina, la competencia

¹ Arts. 34 y 37.

² Vid. M. WALINE, «Les rapports entre la loi et le règlement», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1959, p. 699.

³ Vid. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y Luciano PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, p. 67.

legislativa es la normal ⁴, es decir, es el «derecho común», siendo la competencia reglamentaria la «excepción» de manera que, incluso, materias reguladas reglamentariamente pueden, sin límite, cuando lo decida el Legislador, ser objeto de regulación legislativa.

Como consecuencia de este principio, la Administración siempre está sometida a las disposiciones legislativas que dicte el Parlamento, no existiendo, en consecuencia, en nuestros países, materias que puedan considerarse «reservadas» al poder reglamentario.

En consecuencia, como lo reafirma la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 ⁵, que junto con la Ley de Procedimientos Administrativos conforman, en España, el cuadro positivo del principio de la legalidad:

«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes...» ⁶.

De acuerdo a este postulado, por tanto, toda la actividad administrativa, siempre, es de rango sub legal, de manera que la Administración no puede en forma alguna contrariar la ley; pudiendo, además, el Legislador, regular cualquier materia sin que existan campos reservados al poder reglamentario.

II. El respeto a la reserva legal (dominio reservado al Legislador)

Pero en segundo lugar, el carácter sub legal de la actividad administrativa implica que la Administración debe siem-

⁴ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 37.

⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 195 de 31 de julio de 1957. Vid. en *Justicia Administrativa*, Ediciones Civitas, Madrid, 1973, pp. 19 ss. Esta Ley complementa aspectos regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo.

⁶ Art. 26.

pre respetar la denominada «reserva legal», es decir, las materias que la Constitución asigna de manera exclusiva al Legislador, de manera que aún en ausencia de ejercicio del poder regulador por el Parlamento, la materia reservada al Legislador no puede ser objeto de reglamentación por vía administrativa.

Entre estas materias reservadas al Legislador, en el sistema constitucional español y de América Latina, está el régimen de los derechos fundamentales. En efecto, estando los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, la primera y más importante de las garantías constitucionales a estos derechos, es precisamente el de la reserva legal, es decir, que sólo el Legislador mediante ley formal, puede establecer regulaciones, limitaciones o restricciones al ejercicio de dichos derechos dentro del marco de las regulaciones constitucionales⁷. Así lo establece expresamente, por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, al prescribir que «el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la Ley» (art. 19.1).

Ello implica, por tanto, que la Administración y particularmente el reglamento, no pueden limitar o restringir los derechos y garantías constitucionales, aún en aspectos que no hayan sido objeto de regulación expresa mediante Ley.

Además de las regulaciones sobre derechos fundamentales, por supuesto, otras múltiples materias reguladas en la parte orgánica de las Constituciones, están también reservadas al Legislador, y así es frecuente que los Textos fundamentales remitan al Legislador, por ejemplo, para la organización y funcionamiento de Municipios y comunas, o de órganos nacionales con autonomía funcional, como el Fiscal General de la República o el Contralor General de la República; y en todo caso, para el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones.

Todas estas materias de la reserva legal constituyen un lí-

⁷ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, «Les garanties constitutionnelles des droits de l'Homme dans les pays de l'Amérique Latine (Notamment au Vénézuéla)», *Revue internationale de droit comparé*, París, 1977, núm. 1, p. 48.

mite a la actividad administrativa y una parcela esencial del principio de la legalidad.

Pero además de la formulación expresa de la reserva legal, como por ejemplo sucede, en general, con las materias de carácter tributario ⁸, el principio de la reserva legal ha resultado en muchos casos, de la construcción jurisprudencial de principios generales del derecho. Es el caso del establecimiento de sanciones administrativas, que se reserva al Legislador, en base al principio derivado del postulado constitucional *nullum crimen nulla poena sine legge* que se consagra en las Constituciones en materia penal ⁹, y que la jurisprudencia contencioso - administrativa ha considerado aplicable al ámbito de las sanciones administrativas, al declarar la nulidad de normas reglamentarias que han previsto sanciones por infracciones no establecidas en la Ley ¹⁰.

Como consecuencia de esto, son típicas materias de la reserva legal las expresamente establecidas como tal en las Constituciones; la regulación, limitación o restricción de los derechos y garantías constitucionales; la creación de impuestos, tasas y contribuciones, y el establecimiento de infracciones y sanciones administrativas.

La sanción a la violación de la reserva legal por los actos administrativos, por supuesto, al tratarse de una violación de normas constitucionales, acarrea la nulidad absoluta, tal y como lo declara expresamente la legislación española ¹¹.

Este principio de la reserva legal, además, ha encontrado consagración expresa en las leyes de procedimiento administrativo. Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela establece:

⁸ El art. 224 de la Constitución venezolana, por ejemplo establece que «No podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por la Ley».

⁹ El art. 60.1 de la Constitución venezolana establece, así, que «Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la Ley como delito o falta».

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), 5 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 27, Caracas, 1986, pp. 88-89.

¹¹ Art. 28 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

«Art. 10. Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley»¹².

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone:

«Art. 124. Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares».

De la norma de la legislación venezolana, sin embargo, resulta, en principio, la posibilidad de «delegación legislativa» en materia de reserva legal lo cual ha sido admitido, por ejemplo, en materia de determinación de tasas por servicios y de establecimiento de infracciones¹³.

Por último, debe advertirse que el ámbito de la reserva legal también puede plantearse constitucionalmente en las relaciones entre los actos de gobierno y los actos administrativos. Así, cuando las Constituciones, por ejemplo, atribuyen al Presidente de la República la potestad de restringir o suspender las garantías constitucionales, la consecuencia directa es la restricción o suspensión de la reserva legal, y por tanto, la «ampliación» de potestades «legislativas» del Presidente de la República¹⁴. En esos casos, los Decretos - Leyes que dicte el Presidente de la República deben estar fundamentados en el decreto de restricción o suspensión, pues de lo contrario

¹² En igual sentido, art. 27 de la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

¹³ En estos casos, la jurisprudencia venezolana ha atribuido a estos reglamentos dictados en materias de reserva legal con autorización expresa del legislador, incluso, rango legal. Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27 de enero de 1971 en Allan R. BREWER CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1953-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Caracas, 1976, pp. 135 y 136.

¹⁴ Vid. en Allan R. BREWER-CARÍAS, «Les garantías constitutionnelles...», *loc. cit.*, p. 49.

tendrían que ser considerados como simples actos administrativos que no podrían invadir la reserva legal.

III. El respeto de los actos administrativos reglamentarios

Pero es evidente que el principio de la legalidad, aplicado a los actos administrativos, no sólo implica sumisión a la Constitución y a la Ley, sino también respeto a los propios actos normativos dictados por la Administración, es decir, que los actos administrativos individuales deben estar sometidos, como condición de legalidad, a lo prescrito por los actos administrativos reglamentarios.

Es el principio conocido como el de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, el cual desarrollado desde hace años por la jurisprudencia francesa¹⁵, ha encontrado consagración positiva expresa en España, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957) la cual dispone que «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a éstas» (art. 30).

El principio también se ha regulado en Venezuela, en la Ley de Procedimientos Administrativos, que prescribe lo siguiente:

«Art. 13. Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fuesen dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general».

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece el principio así:

«Art. 13.1. La Administración estará sujeta, en general, a

¹⁵ Vid. en J. M. AUBY y R. DRAGO. *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 2, pp. 355-358.

todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente».

De estas normas, entre otras, deriva la obligación que tienen los órganos administrativos, al dictar actos administrativos individuales, de respetar los reglamentos, o en otros términos, la prohibición de la derogación singular de los reglamentos en la resolución de un caso individual. Esto implica no sólo la obligación de respeto de los reglamentos dictados por órganos administrativos superiores, sino la obligación de los órganos administrativos, al dictar un acto individual, de observar sus propios reglamentos (*Tu patere legem quam fecisti*), e incluso, la obligación de los órganos administrativos en la resolución de casos individuales, de observar lo establecido con carácter reglamentario por órganos de inferior jerarquía.

Este principio del respeto de los actos administrativos normativos por los actos administrativos individuales, sin duda, tienen su fundamento último en el principio de la igualdad y no discriminación, que resultaría violado si se permitiera la resolución individual de asuntos al margen de las disposiciones reglamentarias.

Desde el punto de vista práctico, las normas mencionadas implican que si se dicta una Resolución reglamentaria por un Ministro, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos administrativos individuales, sino que el Presidente de la República tampoco puede vulnerar dicha disposición general, con un acto individual. En esta forma, si el Ministro quiere apartarse de su acto reglamentario para decidir un caso concreto, no puede hacerlo sin antes modificar el acto reglamentario, mediante otro acto reglamentario; es decir, tiene que reformar el reglamento y luego adoptar la decisión individual conforme a la reforma. Lo mismo sucede respecto de los actos del órgano superior: si existe una Resolución Ministerial de carácter reglamentario, no puede el Presidente de la

República mediante un Decreto individual, modificar el acto reglamentario ministerial; tendría que dictar previamente un Decreto reglamentario cambiando el régimen, para luego dictar el acto individual ¹⁶.

IV. El respeto de la jerarquía de los actos administrativos y el paralelismo de las formas

Pero además del respeto de los actos reglamentarios, el principio de la legalidad aplicado a los actos administrativos impone a los órganos administrativos el respeto de la jerarquía de los propios órganos y actos, particularmente cuando se trata de actos administrativos individuales. Como lo ha establecido la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, «Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23.1), por lo que los actos administrativos dictados por órganos inferiores en la jerarquía administrativa no pueden violar o desconocer lo establecido en actos individuales dictados por órganos de jerarquía superior.

A los efectos de dar mayor efectividad al principio, en algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo hay establecido expresamente la jerarquía de los actos administrativos, conforme a la jerarquía de los órganos administrativos. Es el caso de la Ley venezolana que prescribe que los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: «decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas» (art. 14) ¹⁷.

¹⁶ Vid. Allan R. BREWER-CARIAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 41-42.

¹⁷ La Ley además, define cada uno de estos actos así:

Art. 15. Los decretos son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República y, en su caso, serán refrendados por aquél o aquellos Ministros a quienes corresponda la materia, o por todos, cuando la decisión haya sido tomada en Consejo de Ministros. En el primer caso, el Presidente de la República cuando a su juicio la importancia del asunto lo requiera, podrá ordenar que sea refrendado, además, por otros Ministros.

Art. 16. Las resoluciones son decisiones de carácter general o particular

Por interpretación a contrario del principio del respeto de la jerarquía de los actos administrativos, resulta evidente que la Administración puede, en principio, revisar, derogar, modificar o revocar sus propios actos administrativos, siempre que ello se haga por el mismo órgano que lo emanó o por el superior jerárquico, salvo que la Ley haya prescrito una desconcentración mediante asignación exclusiva de competencia al órgano inferior.

En cuanto a los actos administrativos reglamentarios, por tener por objeto situaciones jurídicas generales e impersonales, los mismos pueden siempre ser modificados o derogados por la misma autoridad que los dictó, en cuyo caso, en principio, debe respetarse el principio denominado del paralelismo de las formas, es decir, que el acto reglamentario modificatorio o derogatorio del anterior debe ser dictado respetándose las mismas formalidades y formas prescritas por la Ley y que se siguieron en la formulación del acto inicial. El mismo principio, por supuesto, se aplica en materia de modificación o revocación de actos administrativos individuales, en los casos en los cuales tal modificación o revocación pueda producirse, siempre que no se lesionen derechos adquiridos¹⁸.

adoptadas por los Ministros por disposición del Presidente de la República o por disposición específica de la ley.

Las resoluciones deben ser suscritas por el Ministro respectivo.

Cuando la materia de una resolución corresponda a más de un Ministro, deberá ser suscrita por aquéllos a quienes concierna el asunto.

Art. 17. Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o resolución, conforme a los artículos anteriores tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También, en su caso, podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares.

¹⁸ Vid. G. ISAAC, *La Procédure Administrative non Contentieuse*, París, 1968, p. 306.

CAPITULO II

LOS LIMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL

El principio de la legalidad, conforme al cual todas las actividades de la Administración deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas, sin duda, es la más acabada garantía establecida en el Estado de Derecho en beneficio de los administrados, «contra las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva»¹. Sin embargo, y ello es evidente, no toda la actividad a cargo de la Administración tiene establecida en el ordenamiento jurídico «precisos límites» a los cuales debe aquella ceñirse, sino que, generalmente, la propia ley otorga a la Administración amplios poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia para la toma de decisiones.

Estamos en el terreno del denominado poder discrecional que se da siempre que la ley otorgue a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación, y que se configura como un aspecto medular del derecho administrativo, al punto de llevar a Marcel WALINE a afirmar que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo, podríamos decir «que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)»².

E indudablemente, el tema del poder discrecional ha sido y es un tema fundamental del derecho administrativo en el mundo contemporáneo, particularmente por el proceso que

¹ Corte Federal (Venezuela) sentencias de 17 de julio y 23 de octubre de 1953, *Gaceta Forense* núm. 1, 1953, p. 151 y núm. 2, 1953, p. 64.

² M. WALINE, «Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration», *Etudes et documents*, Conseil d'Etat, núm. 10, París, 1956, p. 25.

puede constatarse en todos los países con régimen administrativo, de reducir el campo de la libertad de apreciación, de manera que no lleve a la arbitrariedad. Es el proceso que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado como de «lucha contra las inmunidades de poder»³ que tradicionalmente reducían el ámbito del control jurisdiccional de la legalidad.

En el campo del ejercicio del poder discrecional, este proceso por reducir o limitar las áreas de inmunidad de jurisdicción que tradicionalmente se le atribuyó, es quizá uno de los aspectos de mayor interés comparativo en materia contencioso-administrativa, y donde la labor de los jueces ha sido fundamental⁴.

Nos interesa analizar este proceso en España y América Latina, particularmente en cuanto a la repercusión que esta lucha por el derecho ha tenido en la codificación del procedimiento administrativo, y ello lo analizaremos, distinguiendo dos aspectos: en primer lugar, identificando aquellas áreas del actuar administrativo que no configuran realmente ejercicio del poder discrecional; y luego, en segundo lugar, precisando las tendencias de reducción o limitación al ejercicio mismo del poder discrecional.

I. La reducción del círculo de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos indeterminados

Existen áreas del actuar administrativo que tradicionalmente se había considerado que pertenecían al campo del ejercicio del poder discrecional, es decir, de la apreciación de la oportunidad de la actuación que corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control

³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid, 1974. Artículo publicado originalmente en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, 1962, pp. 159-205.

⁴ En relación a Venezuela, *vid.* Allan R. BREWER-CARÍAS, «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 2, Caracas, 1965-1966, pp. 9-35.

jurisdiccional. Es el campo de lo que la doctrina alemana ha calificado como de los «conceptos jurídicos indeterminados» (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)⁵ recogido en España y los países latinoamericanos; y de lo que la doctrina italiana ha calificado como «discrecionalidad técnica»⁶.

En una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 19-5-83, el problema se planteó en sus justos términos, así⁷:

El Reglamento para las transmisiones por las estaciones de Radiodifusión Audiovisual (Televisoras), de 1980, establece que dichas estaciones, entre los programas que pueden transmitir, están «los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito» (art. 1.5). El Ministerio de Transporte y Comunicaciones, mediante Resolución, consideró que en el programa denominado «Hola Juventud» transmitido por Radio Caracas Televisión, en una fecha determinada, «se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta», razón por la cual sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada «Macunaima» de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual no podía considerarse que la transmisión del programa había violado el Reglamento aplicado.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que declaró

⁵ Vid. las referencias en Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss.

⁶ Vid. por ejemplo Aldo SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1964, pp. 573 ss.; Pietro VIRGA, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 27 ss.

⁷ Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 69.

la nulidad de la Resolución impugnada, se basó en la siguiente argumentación:

«El presupuesto de hecho —*ofensa a la moral pública*— incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto *moral pública* empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada»⁸.

Con base en esas premisas, la Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de moral pública, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), y que por tanto «cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres». «De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública —sostuvo la Corte—, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó», con-

⁸ *Idem*. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de «interés público» para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que «siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley» (*Revista de Derecho Público*, núm. 38, Caracas, 1989, p. 96).

cluyendo que «En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad»⁹.

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, es una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación, y una ampliación de los poderes de control jurisdiccional. Así, la discrecionalidad, entonces, sólo existe cuando la Administración puede elegir entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una decisión es jurídicamente admisible¹⁰. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay una tercera posibilidad. *Testium non datur*. Por ejemplo, para que se adopte una orden

⁹ *Idem*. La Corte, en su sentencia, continuó su argumentación así: «En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad, toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica —sin duda torpe, despreciable y repudiable— y la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente».

«La Sociedad Venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de información general, así como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales.»

«Se trata de hechos y actitudes públicas y notorias que no exigen demostración especial, porque pertenecen a la experiencia diaria de la colectividad nacional.»

¹⁰ *Vid.* F. SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 234.

municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está. Como lo puntualiza GARCÍA DE ENTERRÍA, «hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un «proceso reglado», porque no admite más que una solución justa: «es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas»¹¹.

Así lo ha puntualizado el Tribunal Supremo de España al calificar el concepto de «justo precio» como un concepto jurídico indeterminado, indicando que sólo puede conducir a que el precio que se determine en una expropiación deba ser real y efectivamente «el verdadero y justo valor», en sentencia de 28-4-1964, en lo que puede considerarse la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, donde señaló:

«las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho»¹².

Ahora bien, esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como área de actividad pública no discrecional, se ha adoptado en Italia, en base a la distinción entre «discrecionalidad administrativa» y «discrecionalidad técnica». La discrecionalidad administrativa, así, se ha definido «como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público y para la con-

¹¹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

¹² Vid. la referencia en F. SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 273.

secución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido»¹³; en cambio en la «discrecionalidad técnica» no existe escogencia; como lo ha destacado SANDULLI, en la discrecionalidad técnica, «la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, ya fue realizada a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por el Legislador», por lo que a la Administración sólo le queda realizar una valoración sobre la base de conocimientos (y por lo tanto, de reglas) técnicos, como son aquellos de la medicina, de la ética, de la economía..., como es el caso, por ejemplo, del valor económico de un bien¹⁴. La «discrecionalidad técnica» por tanto, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina, como lo ha destacado Massimo Severo GIANNINI¹⁵.

Por esta razón, por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica» autorizando al Juez para «controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad» (art. 16).

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo que la doctrina y jurisprudencia alemana, española y latinoamericana denominan, de los conceptos jurídicos indeterminados, en el desarrollo del control jurisdiccional en cuanto a la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos, pero sin dejar de considerar que se trata de ejercicio de potestades discrecionales¹⁶.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en es-

¹³ Vid. P. VIRGA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴ Vid. Aldo M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 574.

¹⁵ Vid. Massimo SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

¹⁶ Vid. A. DE LAUBADERE, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline*, Paris, 1974, t. II, pp. 531-549.

tos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914¹⁷, en el cual se consideró el poder de un Prefecto, conforme a la Ley de 13 de julio de 1911, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en el caso de que en determinadas áreas urbanas de París, el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública no se encontrase acorde «a las prescripciones que le fueron hechas en interés de la seguridad pública, de la salubridad, así como de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio». El Consejo de Estado, en su decisión, a requerimiento del Sr. Gomel entró a apreciar si la construcción atentaba contra «la perspectiva monumental existente» como había sido considerado en la decisión recurrida, concluyendo que en el caso concreto de la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción, «no podría ser observada en su conjunto como formando una perspectiva monumental» por lo que consideró que el Prefecto, al rehusarse a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se ha considerado como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control, por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez de exceso de poder verifica si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada¹⁸. Es así que el juez de exceso de poder ha controlado de una manera constante el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, A.J. 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec.

¹⁷ CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. Vid. en M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7.ª ed., París, 1978, p. 124.

¹⁸ Vid. LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 125.

133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras) ¹⁹.

En este último caso, se trató de una decisión dictada por el Alcalde de Niza, conforme a la Ley Municipal, de prohibir en el territorio del Municipio la representación de un film (*Le feu dans le peau*), que aún cuando tenía la autorización ministerial de explotación, se consideró que su proyección era perjudicial al orden público, «por razón del carácter inmoral» de dicho film. El Consejo de Estado estimó que el Alcalde podía tomar la decisión, habiendo sido correcta la precisión del concepto jurídico indeterminado del «carácter inmoral» del film ²⁰. En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Société Les films Marceau*, Rec. 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731), anulando la prohibición de proyectar en Niza el film *La neige était sale* y rechazando el recurso contra la prohibición de proyectar en la misma ciudad el film *Avant le déluge* ²¹. Se trató, en todo caso, de supuestos de control de la calificación jurídica de los hechos por el juez de exceso de poder, o si se quiere, de la precisión por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Pero más recientemente, esta reducción del ámbito de la discrecionalidad también se ha producido en Francia, a través del denominado control jurisdiccional del «error manifiesto de apreciación» y de la aplicación por el juez de exceso de poder, del principio del «balance-costos-beneficios» en materia de ejercicio del poder discrecional; casos en los cuales, en nuestro criterio, en muchos supuestos, no son más que reduc-

¹⁹ *Idem*, p. 125.

²⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 490-493.

²¹ *Ibid.*, p. 493.

ción de la discrecionalidad por entrar en juego la aplicación de lo que se ha denominado la técnica de conceptos jurídicos indeterminados.

El principio del «error manifiesto de apreciación» como mecanismo de control de la discrecionalidad se aplicó en forma destacada en el *arrêt Société anonyme Libraire François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. BRAIBANT)²², en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tri-continental*, editada en Cuba, adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación, distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que en virtud de que la decisión no estaba fundada sobre hechos materiales inexactos, «dado que la misma no está viciada de error manifiesto, la apreciación a la cual se avocó el Ministro del Interior del peligro que representaba la revista para el orden público, no puede ser discutida en la jurisdicción administrativa»²³.

Se observa de esta decisión, que en realidad, a pesar de tratarse de un concepto jurídico indeterminado en el sentido que hemos analizado precedentemente, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual sin embargo, sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina ha considerado que en estos casos en los cuales «el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa», activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la *calificación jurídica de los hechos*, sino solamente la legalidad de la *motivación* de la decisión. En estos casos, como en el *arrêt Maspero*, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración a un control míni-

²² *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 575 ss.

²³ *Ibid.*, p. 576.

mo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella:

«de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»²⁴.

No tenemos dudas en considerar que el aporte del criterio del «error manifiesto de apreciación» es fundamental para la limitación y control al poder discrecional, conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad que analizaremos más adelante, pero aplicado, por supuesto, a casos en los cuales se trate de verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero* en el cual se trataba de juzgar si la revista prohibida presentaba peligro para el orden público de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior, no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión; y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa André DE LAUBADÈRE, cuando se refirió a los casos de apariencia de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales «el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada»²⁵, o más exactamente, según la expresión de AUBY Y DRAGO, «descubre» las condiciones legales, los

²⁴ *Ibid.*, *cit.*, p. 580.

²⁵ *Vid.* A. DE LAUBADÈRE, *loc. cit.*, p. 535.

motivos considerados por él como los solos legítimos de la decisión ²⁶.

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se tiende a descubrir competencias regladas en lo que aparentemente es el ejercicio de poderes discrecionales, es el conocido como el principio del «balance-costos-beneficio» ²⁷, desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación, precisamente, del concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública».

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se sitúa en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971 ²⁸, con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaró de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se disponía de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar «la utilidad pública de la operación» y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó:

«que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden so-

²⁶ *Idem.*

²⁷ Vid. Jeanne LEMASURIER, «Vers un nouveau principe général du droit. Le principe “bilan-cout-avantages”», *Mélanges offerts à Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 551-562.

²⁸ CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»*, Rec. 409, concl. BRAIBANT. Vid. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 561-574.

cial que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta»²⁹»

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el *arrêt Ville Nouvelle Est*, a propuesta de G. BRAIBANT, el Consejo de Estado asumió la tarea de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, habida cuenta del balance de las ventajas e inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma sino también su costo social³⁰. Marcel WALINE, al comentar el «considerando» del *arrêt* constató que:

«El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo»³¹.

En el mismo sentido del *arrêt Ville Nouvelle Est*, el Consejo de Estado se pronunció en el *arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972³², al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie, por lo que no sólo oponía el interés general a los intereses particulares, sino que comportaba un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su *arrêt*, el Consejo de Estado declaró la nu-

²⁹ Vid. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 563.

³⁰ *Idem*, pp. 568-569.

³¹ M. WALINE, «L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'un projet», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1973, p. 454; *cit.*, por J. LEMASURIER, *loc. cit.*, p. 555.

³² CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

lidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, que no sólo le producía ruido sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura ³³.

En todos estos casos, las decisiones del juez no inciden realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias reglada, que sólo admiten una solución justa: o la obra es o no es de utilidad pública. El balance costo-beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa que deriva de concretizar el concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» en un proyecto de expropiación. El juez del exceso de poder, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, «corrige las faltas o las ligerezas, algunas veces fantásticas», como lo indicó Marcel WALINE, de los tecnócratas administrativos ³⁴.

³³ Vid. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 569.

³⁴ Vid. M. WALINE, «L'appeciation...» *loc. cit.*, p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló «si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública *no existe* o ha sido desconocida por la Administración, y... media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos» (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín GORDILLO, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: «si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que sí es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del par-

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

«La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad»³⁵.

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continúa razonando la doctrina francesa, hay que saludar los avances que significa para el control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyen a identificar lo que es sólo una apariencia de discrecionalidad.

II. Los límites al poder discrecional: los principios generales del derecho administrativo

Dejando aparte lo que sólo es apariencia de discrecionalidad que hemos englobado en torno a la aplicación, por la Administración, de los conceptos jurídicos indeterminados, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conformes a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto: el acto administrativo que se adopte en base al ejercicio de tal

lamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo», Agustín GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

³⁵ Cít. par A. DE LAUBADÈRE, *loc. cit.*, p. 540.

poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente³⁶.

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional³⁷ y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho³⁸, y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley, que ha girado en torno a la noción de desviación de poder, también de creación jurisprudencial francesa.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, han existido en todos los países contemporáneos, donde se sigue formulando el principio de que el Juez no puede juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque:

«el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes»³⁹.

³⁶ Allan R. BREWER-CARÍAS, «Los límites...», *loc. cit.*, p. 11.

³⁷ En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos emanados del ejercicio del poder discrecional, que siempre «puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, a defecto de forma del acto, o a su ilegalidad», *Gaceta Forense*, núm. 22, p. 134. Cf. Allan R. BREWER-CARÍAS, «Los límites...», *loc. cit.*, p. 14.

³⁸ Sobre «la veracidad y la congruencia de los hechos» como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso *Depositaria Judicial*) de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, p. 130.

³⁹ *Idem*.

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina comienzan a apreciarse esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que si bien ha sido librada tímidamente por los jueces, comienza a tener de aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

Un punto de partida en este esfuerzo latinoamericano, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (caso Municipalidad de Maracaibo) de fecha 24-2-56, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que «la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin»⁴⁰.

En la segunda sentencia (caso Reingruber) de 6-11-1958, la Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad discrecional, y decidir que «la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional» que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario

«para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equi-

⁴⁰ *Gaceta Forense*, núm. 11, Caracas, 1956, pp. 27-30. Vid. en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. 1, Caracas, 1975, pp. 611-612.

tativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad»⁴¹.

Al analizar este considerando, hemos señalado que la Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa aún adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios agregamos el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada⁴², y

⁴¹ *Gaceta Forense*, núm. 22, Caracas, 1958, pp. 133-134; *vid. en* Allan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de... op. cit.*, t. I, pp. 608-609.

⁴² *Vid. en* Allan R. BREWER-CARIAS, «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *loc. cit.*, pp. 27-33. *Vid. los comentarios a nuestro análisis en* Gustavo URDANETA TROCONIS, «Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos» en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, pp. 395-399.

En Colombia, al referirse a la necesaria *sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho*, Consuelo SARRIA los resume así: «la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad o razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón, con la lógica y congruente con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; la *justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados; la *igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto éstos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; la *proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa*: en cuanto la Administración antes

debe agregarse también el principio de la *buena fe*, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal ⁴³.

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se engloban en la exigencia de la «razonabilidad» en la actuación administrativa ⁴⁴, en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se ha desarrollado particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía ⁴⁵, al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, ha conformado cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, en la forma siguiente: la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas ⁴⁶.

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa (en lugar de «*bonus pater familiae*» el «*bonus magistratus*») y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le

de tomar una medida, debe oír al administrado», Consuelo SARRÍA, «Discrecionalidad Administrativa» en J. C. CASSAGE y otros, *Acto administrativo*, Tucumán, 1982, p. 118.

⁴³ Vid. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172.

⁴⁴ Vid. Juan Francisco LINARES, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 155 ss.

⁴⁵ Vid. Ramón F. VAZQUEZ, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, pp. 41 ss. y 122 ss.

⁴⁶ Bartolomé A. FIORINI, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1958, p. 149.

corresponde, etc.⁴⁷ La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal y como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar:

«los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera *suficientemente irrazonable*, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios»⁴⁸.

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)⁴⁹.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27-9-71 afirmó que «los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio»⁵⁰.

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se ha desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado en base a considerar que unas medidas eran «injustificadas a todas luces e incluso contrarias a

⁴⁷ *Idem*, p. 158; Juan Francisco LINARES, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸ Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, *Fallos* t. 244, *cit.* por A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

⁴⁹ Juan Francisco LINARES, *op. cit.*, pp. 164 ss.

⁵⁰ *Vid.* en J. P. CAJARVILLE, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1988, p. 106.

la razón» (sentencia 6-2-63). Así, se han condenado jurisdiccionalmente, las actuaciones administrativas contrarias al «respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración» (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o «cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción» (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también ha acudido al principio de la igualdad, para juzgar el ejercicio de poderes discrecionales (sentencias de 24-12-56, 28-5-63 y 3-4-65), garantizando el derecho a igual oportunidad (sentencia 27-1-65); y ha esgrimido el principio *favor libertatis* para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad ⁵¹.

Ahora bien, esta interdicción de la arbitrariedad o la exigencia de la razonabilidad en la actuación de la Administración, como límite al ejercicio del poder discrecional, ha encontrado en América Latina, en muchos casos, consagración legislativa, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El artículo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está «sometido en todo caso a los *límites* que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable», atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino «sobre la observancia de sus límites» (art. 15.2).

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

«La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del

⁵¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1983, pp. 449-451.

procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél».

El artículo 16.1 es reiterativo en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia», atribuyéndose al juez expresamente potestad para «controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera el contralor de legalidad» (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a «los derechos del particular» (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, «la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso», y agrega en el artículo 160, que:

«El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso».

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, «deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento». El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativo al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser «proporcionado al fin legal» del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en

su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional⁵², con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en una norma (art. 12) que prescribe:

«Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

Se consagra así, expresamente, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino que se erige como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de «mantener la debida proporcionalidad». Así se establece también en el Código Contencioso-Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

«En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

La proporcionalidad también se establece en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, al prescribir dentro de

⁵² Vid. los comentarios en Allan R. BREWER-CARÍAS, «Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica», en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, 1981, p. 52; Eduardo ORTIZ, «Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública», *idem*, p. 386; Gonzalo FAJARDO, «El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública», *idem*, pp. 523-524.

los «requisitos esenciales del acto administrativo», la necesidad de que «las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas» a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (art. 7.f).

Estas normas incorporan, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad⁵³, conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

«cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tomado en cuenta, para dictar el acto»⁵⁴.

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23-4-76 ha señalado al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, que

⁵³ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 46; Agustín GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) «las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador». Caso *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, *Fallos* t. 248, pp. 800 ss.

⁵⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de «desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma», *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 119.

ésta «aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulador por parte del Tribunal»⁵⁵.

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia relativa al «error manifiesto de apreciación» el cual según lo afirma Guy BRAIBANT, aparece cuando la Administración «ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad»⁵⁶.

De allí la célebre frase del mismo Guy BRAIBANT en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad, tal como lo hemos expuesto anteriormente en la jurisprudencia latinoamericana:

«El poder discrecional comporta el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave»⁵⁷.

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indican LONG, WEIL y BRAIBANT, el juez «no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional»⁵⁸.

⁵⁵ Vid. en J. P. CAJARVILLE, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁶ Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert, cit.*, por A. DE LAUBADÈRE, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, p. 540.

⁵⁷ Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973. *Librairie François Maspero*, Rec. 611, LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, cit.*, p. 585.

⁵⁸ LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 580.

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisdiccionales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, se trata de lo que se ha denominado la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados⁵⁹. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación, como control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido, pueden encontrarse en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet*, Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange*, Rec. 121; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304)⁶⁰.

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando se ha afirmado que no ha sido reconocido plenamente en el sistema francés⁶¹, pensamos que se ha aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que «la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que él no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar»⁶². En este caso, como lo observan LONG, WEIL y BRAIBANT, el juez verifica «no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también si esta medida es apropiada, por su naturaleza y su gravedad a la im-

⁵⁹ Vid. todas las referencias jurisprudenciales en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero*, pp. 580-585; J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, pp. 399-400.

⁶⁰ Vid. las referencias en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 581.

⁶¹ GUY BRAIBANT, «Le principe de la proportionnalité», *Mélanges offerts à Marcel Waline*. París, 1974, t. II, pp. 297 ss.

⁶² Rec. 541, concl. Michel. Vid. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 217 ss.

portancia de la amenaza; él controla así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan»⁶³.

Se trata, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también ha tenido aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta⁶⁴. En otra decisión del Consejo de Estado, en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que «si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción más grave dentro de la escala de las penas»⁶⁵.

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, ésta última, en particular en América Latina, han venido abandonando la tradicional inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que está sometida plenamente a control jurisdiccional; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, comienzan a avanzar en el área de la oportunidad, tradicionalmente excluida de control, para comenzar a ser revisada jurisdiccionalmente.

⁶³ *Idem*, p. 221.

⁶⁴ Cf. LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 583.

⁶⁵ *Cit.*, en J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 400; G. VEDEL y Pierre DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 801.

SEGUNDA PARTE

**EL REGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
EN LA CODIFICACION
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

La codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, como se ha señalado, no sólo ha tenido por objeto regular los solos aspectos procesales de los trámites y actuaciones realizados por la Administración para la producción de sus actos, sino que ha incidido, materialmente, sobre el régimen mismo de los actos administrativos, regulando sus elementos o requisitos, el proceso de su elaboración, su forma o presentación, su eficacia, su ejecución y su impugnación en vía administrativa. Realmente, por tanto, bajo el nombre de leyes de procedimiento administrativo se han dictado leyes reguladoras de la actividad administrativa.

Ahora bien, en general, estas leyes regulan el régimen de los actos administrativos dictados por los órganos de la Administración Pública Nacional, Central o Descentralizada¹; extendiéndose su aplicación en algunos casos a los órganos nacionales con autonomía funcional, comprendiendo estos últimos órganos de rango constitucional que no están integrados a los órganos clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) pero que cumplen funciones administrativas: Contralorías Generales, Ministerio Público, Consejo Superior de la Magistratura, etc.². En general, las leyes no se aplican a los actos administrativos de los Municipios o de las entidades político territoriales (Estados o Provincias en los Estados Federales), aún cuando en algunos casos tienen aplicación supletoria respecto de las mismas³.

Por supuesto, tratándose de leyes relativas a los actos administrativos, es evidente que dado su ámbito orgánico de aplicación, en general queda fuera de la regulación de dichas

¹ Vid. LGAP Costa Rica, art. 1.21; LPA Argentina, art. 1; D 640, Uruguay, art. 1.

² Vid. LPA Venezuela, art. 1; CCA Colombia, art. 1.

³ Vid. LPA Venezuela, art. 1.

leyes, el régimen de los actos administrativos en sentido material dictados por los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial en ejercicio de funciones administrativas, así como el de los actos administrativos dictados por entidades privadas pero en ejercicio de prerrogativas del poder público⁴. El Código de Colombia, sin embargo, en este último supuesto, los somete a sus prescripciones, al referirse a los actos administrativos de las entidades privadas cuando cumplan funciones administrativas⁵.

En todo caso, el aporte fundamental de esta legislación respecto de la vigencia del principio de la legalidad en relación a los actos administrativos, es el que se expresa en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en el sentido de que «La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos... que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes». Es esta sumisión a la legalidad la que, sin duda, se afianza con estas leyes reguladoras del procedimiento administrativo.

Ahora bien, dos aspectos interesa destacar en esta segunda parte relativa a este régimen de los actos administrativos regulado en las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina, y que han contribuido significativamente al afianzamiento del principio de la legalidad, y se refieren, por una parte, a la determinación legal de los elementos de los actos administrativos, lo que ha facilitado las vías de recurso jurisdiccional para controlar la actividad administrativa; y por la otra, a la regulación legal de los principios relativos a los efectos de los actos administrativos y su ejecución; aspectos que estudiaremos separadamente.

⁴ Vid. sobre estos actos administrativos, por lo que se refiere al derecho francés, Pierre DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, París, 1983, pp. 40 ss.

⁵ Vid. CCA Colombia, arts. 1 y 82. La impugnación en vía contencioso administrativa, sin embargo, es posible respecto de todos los actos administrativos, tanto los «expedidos en cualquiera de las ramas del poder público» como los emanados de «las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas» (art. 128.1).

CAPITULO I

LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, tal como lo definía el Código colombiano, está configurado por «las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia» (art. 83), lo que lo distingue de los hechos administrativos; y su validez depende de «que se conformen sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario público»¹.

En la precisión de esta conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, en su conformidad con la legalidad, por supuesto, juegan un papel fundamental los elementos de los actos administrativos, tanto de fondo (*legalité interne*) como de forma (*legalité externe*), y los cuales se encuentran regulados en las diversas leyes de procedimiento administrativo.

I. Los elementos de fondo de los actos administrativos

Estos elementos se refieren a la competencia, la manifestación de voluntad, la base legal, la causa o presupuestos de hecho, la finalidad y el objeto de los actos administrativos, respecto de los cuales el derecho positivo ha venido precisando aspectos que anteriormente sólo la jurisprudencia y la doctrina habían definido.

1. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA

El primer requisito o elemento de fondo de los actos administrativos, como lo afirman expresamente la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina y España, es que

¹ Art. 128, LGAP de Costa Rica.

deben «ser dictados por autoridad competente» (art. 7.ª y art. 40, respectivamente). La competencia así, es uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, entendiendo por tal competencia la aptitud legal de los órganos administrativos para dictar un acto administrativo.

Ahora bien, el primer principio relativo a la competencia en materia administrativa, es que la misma no se presume y por el contrario, debe emanar de una norma expresa atributiva de competencia, es decir, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, «debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea la Constitución, la Ley, el reglamento o la Ordenanza» por lo que «a falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto»². El principio lo reafirma la Ley argentina de Procedimientos Administrativos al indicar que «la competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las Leyes y de los Reglamentos dictados en su consecuencia» (art. 3).

En este campo «el principio de la legalidad se presenta con toda su rigidez, ordenándole al órgano que haga sólo aquello para lo cual está facultado, bien por norma expresa o bien por un margen de libre de apreciación que ha de acordarle igualmente una disposición expresa»³. Aquí podríamos ubicar, por ejemplo, los denominados «poderes implícitos» por la jurisprudencia y doctrina francesa y que se refieren, básicamente, a la potestad reglamentaria atribuida a los Ministros derivada de su carácter de superior jerárquico, obligado a tomar todas las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración⁴. También pueden considerarse

² Sentencia de 28 de enero de 1968, *Gaceta Oficial*, núm. 27.367 de 13 de febrero de 1964 y sentencia de 11 de agosto de 1965, *Gaceta Oficial*, núm. 27.845 de 22 de septiembre de 1965. *Vid.* también en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, Caracas, 1976, pp. 197-198.

³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 16 de diciembre de 1982 en *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, p. 118.

⁴ *Vid.* por ejemplo *arrêt CE Jamart*, 7 de febrero de 1936, Rec. 172. *Vid.*

como poderes implícitos, los que derivan del principio del «paralelismo de las competencias», establecido en el *arrêt Fourre-Cormeran* del 10 de abril de 1959, en el cual se estableció, que «a falta de disposiciones expresas que determinen la autoridad competente para poner fin a las funciones de un director, ese poder corresponde, de pleno derecho, a la autoridad investida del poder de nominación»⁵.

Por supuesto, la exigencia de texto expreso para ejercer la competencia, y la determinación de si ello debe estar en la Constitución, en la ley o en el reglamento, deriva del régimen constitucional concreto, por una parte, y de los principios de la reserva legal, por la otra. En los Estados Federales, por ejemplo, como Argentina y Venezuela, los principios relativos a la distribución de competencias entre la República, las Provincias o los Estados miembros de la Federación y los Municipios, necesariamente tienen que estar en la Constitución, de manera que en este nivel, las normas atributivas de las respectivas competencias son de rango constitucional. Cualquier extralimitación en el ejercicio de las competencias respectivas entre los tres niveles de descentralización política, por tanto, constituye usurpación de funciones⁶.

Pero además, para la determinación de la norma atributiva de competencia, el otro principio fundamental en la materia es el de la reserva legal, en el sentido de que en todo supuesto en que la regulación de una materia esté reservada al Legislador, sólo la ley formal puede atribuir competencia para emanar actos administrativos. Esto sucede, por ejemplo, en los actos que conciernan al ejercicio de competencias tributarias, de competencias sancionadoras o en cuyo ejercicio se li-

además, en LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, pp. 238-239.

⁵ *Recueil Dalloz*, 1959, p. 210.

⁶ Como lo afirma la Constitución venezolana de 1961: «Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos», lo que abarca tanto la usurpación de autoridades por personas desprovistas de investidura, como la usurpación de funciones como incompetencia de orden constitucional. *Vid.* J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. II, p. 256.

mitan, en cualquier forma, los derechos o garantías constitucionales. Sin duda, a ello apunta la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, al establecer que «la competencia será regulada por Ley, siempre que contenga la atribución de potestades de imperio» (art. 59.1), que son las de reserva legal.

La consecuencia fundamental de la atribución de competencia a los órganos administrativos por ley es, como lo puntualiza la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, que «su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente» (art. 3), es decir, como lo señala la Ley española de Procedimiento Administrativo, la competencia «es irrenunciable» (art. 4). Por tanto, el funcionario, cuando tiene atribuida la competencia para actuar, no es libre de ejercerla o no, sino que está obligado a ello. En particular, la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, en cuanto a las potestades de imperio prescribe que su ejercicio es «irrenunciable, intransmisible e imprescriptible» por lo que «sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercerla» (art. 66).

Pero además, la competencia prevista en la Ley, como la señala la Ley argentina de Procedimientos Administrativos «es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas» (art. 3). Es decir, en términos de la ley española la competencia «se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes» (art. 4). Por tanto, el principio en los casos de competencias legalmente previstas, es que toda desviación de la misma por delegación o avocación debe ser autorizada expresamente por la Ley. En materia de avocación, ésta es la doctrina sentada por el Consejo de Estado en el *arrêt Yasri* del 28 de octubre de 1949, en la cual se estableció que la autoridad administrativa superior no puede sustituirse a las autoridades subordinadas en el ejercicio de su poder de decisión. Por tal razón se anuló la decisión del Ministro de la Guerra revocando la designación de un militar comisionado, poder que correspondía al Jefe del Cuerpo Mi-

litar al cual pertenecía ⁷. Sin embargo, la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, en materia de avocación establece el principio contrario: «la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario» (art. 3).

En realidad, puede considerarse que ni la avocación ni la delegación requieren texto expreso en los casos en los cuales la atribución legal de competencia se asigne, no a un órgano determinado, como a un Ministro, directamente, sino a la organización específica, es decir, al Ministerio como un todo. En estos casos, la competencia se presume atribuida al superior jerárquico (el Ministro) ⁸ y éste normalmente, la distribuye entre los distintos órganos que conforman el Ministerio, por vía de reglamento ⁹. En estos supuestos, además de ser el reglamento de organización, fuente de la competencia de los distintos órganos, habiendo sido el Ministro el que distribuye la competencia, se presume que tiene el poder genérico de avocación, en el mismo sentido que tiene el ejercicio de las competencias derivadas de la propia jerarquía administrativa, como revisar las decisiones del inferior; «dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares» (art. 7 Ley española de Procedimiento Administrativo); y delegar el ejercicio de competencias que se atribuya en los inferiores.

Sin embargo, en los casos de desconcentración de competencias, que se produce cuando es la ley la que directamente atribuye la competencia específica a un órgano inferior de un Ministerio, para que el Ministro pueda avocarse al conocimiento del asunto requiere de texto legal expreso. La Ley General de Administración Pública de Costa Rica, incluso distingue los supuestos de desconcentración mínima, «cuando el superior no pueda avocar competencias del inferior, ni revi-

⁷ *Recueil Dalloz*, 1950, p. 303.

⁸ *Vid.* LGAP de Costa Rica, arts. 62 y 70.

⁹ Conforme a la LGAP de Costa Rica «La distribución interna de competencia, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier Ley futura sobre la materia» (art. 59.2).

sar o sustituir la conducta del inferior, de oficio a instancia de parte», y de desconcentración máxima, «cuando el inferior esté sustraído además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior» (art. 83.2 y 3, Ley española de Procedimiento Administrativo).

En materia de competencia, particular referencia debe hacerse a la delegación, como posibilidad que tiene el superior jerárquico de desviar el ejercicio de la competencia que le ha sido asignada por ley, en un órgano inferior, para lo cual se requiere texto expreso que la autorice. La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en esta materia, ha positivizado los principios fundamentales así (art. 89 y 90):

- a) La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial;
- b) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante.
- c) No podrán delegarse potestades delegadas es decir, no se permite la subdelegación.
- d) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia.
- e) No podrá hacerse delegación sino en órganos o funcionarios que sean inferiores dentro de una misma organización, y entre órganos de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función.
- f) El órgano colegiado no puede delegar sus funciones.

Además, debe destacarse el principio de que en los actos administrativos adoptados por delegación, debe hacerse constar expresamente esta circunstancia como lo precisa la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 32.3) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 18.7).

Por último, en materia de competencia como elemento de los actos administrativos debe mencionarse el vicio de incompetencia que resulta de la violación de los anteriores principios de la competencia legalmente prescritos. En vía adminis-

trativa, como lo han establecido la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 8) y en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 67), la incompetencia podrá ser declarada de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento, por el órgano que dictó el acto o por el superior jerárquico.

En todo caso, en vía judicial, el vicio de incompetencia se considera siempre como un vicio de orden público¹⁰ que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, «puede ser alegada en cualquier estado y grado de la causa, inclusive en alzada y acarrea la posibilidad para el juez de pronunciar la dicha nulidad absoluta, aún de oficio»¹¹. La importancia procesal de este vicio alegado en vía contencioso-administrativa, además, radica en que invierte la carga de la prueba que normalmente corresponde al recurrente, por la presunción de legalidad de los actos administrativos. Así lo tiene decidido la jurisprudencia venezolana al sentar el principio de que cuando el recurrente alega la incompetencia del funcionario, se invierte la carga de la prueba y es entonces a la Administración a quien le corresponde probar la competencia¹².

2. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El acto administrativo, ante todo, es una manifestación de voluntad de la Administración para producir efectos jurídicos.

¹⁰ En este sentido la LPA de Argentina considera que «el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable... cuando fuere emitido mediante incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas» (art. 14.b). La LOPA de Venezuela en cambio sólo califica el vicio de nulidad absoluta cuando se trate de «incompetencia manifiesta» (art. 19.4).

¹¹ *Vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa de 26 de marzo de 1984, ratificada en sentencia de 5 de diciembre de 1985. Además la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de diciembre de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 25, Caracas, 1986, pp. 144 y 108.

¹² *Vid.* Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de diciembre de 1985, *idem*, p. 108.

cos, y ello es precisamente lo que lo distingue de los hechos administrativos que conforme a lo que disponía el Código Contencioso Administrativo de Colombia, son «los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, pero en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia» (art. 83).

Por tanto, el segundo elemento del acto administrativo es el que exige que el mismo pueda ser considerado, efectivamente, como una manifestación legítima de voluntad de un órgano administrativo, libremente acordada. El principio lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica al prescribir que «el acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento» (art. 130). La consecuencia, por supuesto, es que los vicios del consentimiento se aplican a la manifestación de voluntad en el acto administrativo, pudiendo éste resultar viciado.

La violencia, por ejemplo, o la intimidación, cuando se ejerce sobre el funcionario para forzar la emisión de un acto administrativo, vicia de nulidad absoluta el acto administrativo, por lo que la Constitución Venezolana establece el principio de que «es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva» (art. 120)¹³.

En cuanto al error, como vicio de la manifestación de voluntad, éste se produce cuando la voluntad real haya sido radicalmente distinta a la declarada formalmente. Por ejemplo, cuando se nombra a una persona para una función pública, distinta a la que se quiere nombrar, por homonimia, por ejemplo¹⁴. En este caso no hay error de derecho o de hecho que,

¹³ Agrega la Constitución venezolana el principio de que «En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnizen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública», (art. 47).

¹⁴ Vid. Agustín GORDILLO, *Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, pp. 9-45.

como veremos, son vicios en la base legal o los motivos de hecho de los actos administrativos, sino más propiamente error en la manifestación de voluntad de la Administración.

También puede producirse en materia de manifestación de voluntad de la Administración, el vicio de dolo, que surge tanto cuando el acto es producto de maquinaciones dolosas del administrado en solicitudes que, por ejemplo, imponen al solicitante la carga de la prueba de los presupuestos del acto (suministro de informaciones o documentos falsos); como en actuaciones del funcionario, contrarias a la buena fe, que conllevan además a una desviación de poder, o como cuando tenga por existentes para tomar su decisión, hechos o antecedentes inexistentes o falsos.

Estos vicios de la manifestación de voluntad en los actos administrativos que, en general, acarrearán la nulidad absoluta e insanable de los mismos, han sido resumidos por la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, al establecer que se producen:

«Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencias física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación» (art. 14.1).

3. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA BASE LEGAL

La base legal de los actos administrativos, es su fundamento de derecho, es decir, las normas legales o reglamentarias que autorizan su actuación.

En otras palabras, es el «motivo de derecho» del acto administrativo, que autoriza la decisión concreta que contiene. Esta base o fundamentos legales constituyen, junto con los presupuestos de hecho, uno de los elementos que deben exteriorizarse formalmente en la motivación del acto administrativo¹⁵.

¹⁵ LOPA, Venezuela, arts. 9.º y 18.5.

Ahora bien, para que un acto administrativo sea válido y produzca efectos no sólo tiene que tener un fundamento legal, que debe efectivamente existir al momento de dictarse el acto (no antes o después), sino que debe ser el que efectivamente autoriza la actuación, es decir, debe además ser exacto. La existencia y exactitud de la base legal es, así, un requisito o elemento de validez del acto administrativo, de manera que su inexistencia (cuando la base legal no existe, fue derogada o aún no ha sido promulgada) o su inexactitud derivada del hecho de que el funcionario se atribuye una base legal que en ningún caso puede fundamentar su acto, son causas de nulidad ¹⁶.

Como lo ha precisado la jurisprudencia francesa: en primer lugar, la base legal debe ser exacta, de manera que si la Administración funda su decisión en un texto cuando debió fundarlo en otro distinto, el acto está viciado (*arrêt Rozé*, CE 8 mars 1957, Rec. p. 147); en segundo lugar, la base legal debe existir, de manera que si aún no existe, y, por ejemplo, se aplica prematuramente una ley que aún no está vigente (CE 12 juillet 1955, *Bennet*, RDP, 1956, p. 438); o ya no existe, porque por ejemplo, el texto está derogado o cesó en aplicación (CE 20 janvier 1950, *Commune de Tignes*, Rec. p. 46), el acto administrativo está viciado ¹⁷.

Debe agregarse a los vicios en la base legal de los actos administrativos, además, los casos de ilegalidad o inconstitucionalidad de la base legal, es decir, por ejemplo, cuando el acto administrativo se fundamenta en un reglamento viciado en sí mismo de ilegalidad, y que es anulado por el órgano jurisdiccional ¹⁸. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que regula el proceso contencioso-administrativo, por ejemplo, permite el ejercicio del recurso de anulación contra un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo contra el acto general que le sirve de

¹⁶ J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 383.

¹⁷ Vid. R. DRAGO, «Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir», *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, Paris, 1960, pp. 32 y 36.

¹⁸ Vid. *arrêt Bouland*, CE 18 juillet 1947, Rec. p. 327, *cit.*, por R. DRAGO, «Le défaut de base légale...», *loc. cit.*, p. 37.

fundamento, alegándose la ilegalidad o inconstitucionalidad de este último (art. 132), lo que configura este supuesto de vicio de la base legal por ilegalidad de la misma.

También forma parte de la base legal o motivos de derecho del acto administrativo, la correcta y adecuada interpretación y alcance que el autor del acto debe darle a su fundamento legal. Por tanto, aún cuando la base legal exista, sea exacta y legal, el acto administrativo puede estar viciado en la misma, por error de derecho, es decir, por el errado alcance o sentido que se da a la norma legal que autoriza la actuación, o en palabras de la jurisprudencia venezolana, «cuando el órgano que emite el acto interpreta erradamente determinada norma jurídica, es decir, la aplica mal»¹⁹.

Este vicio en la base legal de los actos administrativos, denominado «error de derecho» también lo ha calificado la jurisprudencia venezolana como un vicio «de falso supuesto» el cual «puede referirse indistintamente al error de hecho o al error de derecho de la Administración, es decir, a la falsa, inexacta o incompleta apreciación por parte de la Administración del elemento causa del acto integralmente considerada»²⁰.

4. PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS PRESUPUESTOS DE HECHO

Los motivos de los actos administrativos, es decir, la causa de los mismos, están configurados no sólo por la base legal o fundamentos de derecho del acto, sino por los presupuestos de hecho de los actos administrativos. Por ello, establece la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, que

¹⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 26 de mayo de 1983, p. 142, *Revista de Derecho Público*, núm. 15, Caracas, 1983, p. 142. Lo que G. VEDEL y P. DELVOLVÉ califican de «falsa interpretación de la Ley». Vid. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 791.

²⁰ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 12 de abril de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, pp. 92-94.

constituye un «requisito esencial del acto administrativo» el que se sustente «en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable» (art. 7.b).

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos de hecho de los actos administrativos, ante todo, y para que estos se emitan, el funcionario está obligado a determinarlos con precisión; determinación que en esta etapa de la actuación no comporta ningún elemento de apreciación ni juicio, sino de constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

En esta determinación, la Administración debe siempre, comprobar los hechos de manera de constatar que sean ciertos y no falsos; y debe calificarlos correctamente para adoptar su decisión conforme a la base legal y atribución de competencia que tiene.

Ante todo, los hechos deben existir, ser exactos y estar debidamente comprobados por la Administración. Esto encaja en lo que la jurisprudencia francesa ha calificado como el «control mínimo» que ejerce el juez contencioso administrativo y que se refiere, además de al error de derecho, al error manifiesto de apreciación y a la desviación de poder, al control de la existencia y exactitud material de los hechos ²¹.

Por tanto, los actos administrativos están viciados cuando se fundan en hechos inexistentes, por ejemplo, si se sanciona a un funcionario por falta no cometida o si se fundan en hechos inexactos, no comprobados por la Administración.

Como lo ha establecido la jurisprudencia venezolana, toda decisión administrativa «se haya determinada por la comprobación previa de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente», por lo que en un caso concreto, al no existir prueba alguna de los hechos que motivan una decisión, ésta resulta «manifiestamente infundada» y por tanto viciada de nulidad «por haberse fundado en hechos no comprobados» ²².

²¹ J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, pp. 370 y 393; J. RIVERO, *Droit Administratif*, París, 1987, pp. 310-311.

²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Adminis-

Los hechos que motivan un acto administrativo, por tanto, además de existir realmente y ser exactos²³ deben estar debidamente comprobados; y si bien le corresponde a la Administración, básicamente la carga de dicha prueba, ello no excluye el derecho y a veces obligación de los administrados a aportar pruebas. La Administración, por tanto, no puede dar por probados los hechos con los solos elementos administrativos, sino que debe tomar en cuenta las pruebas del expediente administrativo en su globalidad, estando obligada a decidir, siempre, «conforme a lo probado en el expediente»²⁴. Tal como hemos visto, la jurisprudencia francesa ha controlado el «error manifiesto» de apreciación de los hechos como límite al ejercicio del poder discrecional, refiriéndose a la arbitrariedad en la comprobación de los hechos, más allá de los límites de la razonabilidad.

Este vicio en la comprobación de los presupuestos de hecho ha sido calificado por la jurisprudencia venezolana, como vicio de «falso supuesto» el cual consiste en la falsedad de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que dictó el acto; considerándose que para que pueda invalidarse una decisión por falso supuesto, «es necesario que resulten totalmente falsos él o los supuestos que sirvieron de fundamento a lo decidido», excluyéndose la anulación sólo cuando algunos de los hechos fueron falsos, pero no así el resto de los que motivaron el acto administrativo²⁵.

trativa, de 22 de mayo de 1963, *Gaceta Forense*, núm. 40, 1963, p. 237. Vid. los comentarios a dicha sentencia en Allan R. BREWER-CARIAS, «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 2, 1965-1966, Caracas, 1966, pp. 16 y 17.

²³ LGAP Costa Rica, art. 133, donde se exige que el motivo debe «existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto».

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 8 de junio de 1964 en *Gaceta Forense*, núm. 44, 1964, pp. 119-121. Vid. también en Allan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, t. I, Caracas, 1975, pp. 621-622.

²⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 7 de noviembre de 1985 en *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Caracas, 1985, p. 125. En igual sentido, sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Pero además de que los hechos existan y sean debida y racionalmente comprobados, el autor del acto administrativo debe realizar una segunda operación, y es «adecuarlos al supuesto legal»²⁶, es decir, lo que en la jurisprudencia francesa se denomina la «calificación jurídica de los hechos» conforme a lo cual el funcionario debe verificar si los hechos son «de naturaleza tal que justifiquen legalmente la decisión»²⁷, lo cual se considera controlable por el juez administrativo, en lo que se denomina el «control normal»²⁸. Este control concierne, como antes lo hemos examinado, a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, que no constituyen discrecionalidad, y que se inicia en el *arrêt Gomel* CE 4 de abril de 1914, en el cual el Consejo de Estado decidió que para la toma de la decisión de negar un permiso de construcción, el Prefecto debía apreciar si la construcción proyectada atentaba contra la perspectiva monumental de una plaza, por lo que al considerar el juez que la plaza no tenía tal perspectiva monumental, la decisión fue anulada²⁹. Por tanto, en relación a los presupuestos de hecho de los actos administrativos como elementos de validez, estos deben existir, ser exactos, estar debidamente comprobados, pruebas conforme a la cual la Administración debe decidir, calificando los hechos conforme a lo prescrito en el fundamento legal del acto. Consecuencialmente, todo acto administrativo dictado en base a hechos inexactos, falsos, no comprobados o apreciados erradamente, está viciado de ilegalidad.

En particular, en esta operación de calificación jurídica de los hechos, la antigua Corte Federal de Venezuela, en 1957 consideró como exceso de poder los supuestos en los cuales

en Sala Política Administrativa, de 7 de noviembre de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 94.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 3 de julio de 1961, *Gaceta Forense*, núm. 33, 1961, p. 20. *Vid.* los comentarios en Allan R. BREWER-CARÍAS, «Los límites del poder...», *loc. cit.*, p. 18.

²⁷ *Vid.* J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 403; G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 796; LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 125.

²⁸ J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 403.

²⁹ LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 124-130.

un funcionario, sin violar precepto legal alguno, hace uso indebido del poder que le es atribuido, porque tergiversar o alterar la verdad de los presupuestos de hecho³⁰. El vicio también ha sido en este caso calificado de «falso supuesto» y se produce cuando hay «una mala apreciación de los elementos materiales existentes en el procedimiento administrativo, de modo que se haga producir a la decisión, efectos diferentes a los que hubiera producido si dicha apreciación hubiera sido hecha correctamente»³¹.

En definitiva, como lo afirma la jurisprudencia venezolana «la correcta apreciación de los hechos que fundamentan las decisiones administrativas constituyen un factor esencial para la legalidad y corrección de las mismas, y consecuentemente, un medio adecuado para poder verificar su control judicial con miras al mantenimiento de tales fines»³².

5. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley, siempre, a la obtención de determinados resultados³³. Estos fines están siempre determinados

³⁰ Sentencia de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, núm. 17, 1957, pp. 132-137; y en Allan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... op. cit.*, t. III, vol. 1, p. 339.

³¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 4 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 91.

³² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 9 de junio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 97. En esa misma decisión la Corte agregó: «constituye ilegalidad el que los órganos administrativos apliquen las facultades que ejercen, a supuestos distintos de los expresamente previstos por las normas, o que distorsionen la real ocurrencia de los hechos o el debido alcance de las disposiciones legales, para tratar de lograr determinados efectos sobre la base de realidades distintas a las existentes o a las acreditadas en el respectivo expediente administrativo, concreción del procedimiento destinado a la correcta creación del acto», *idem*.

³³ El art. 40.1 de la Ley de Procedimientos Administrativos española

en el ordenamiento jurídico, por lo que un acto administrativo será válido, como lo señala la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, sólo cuando «se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta» (art. 128).

Ahora bien, estos fines de la actividad administrativa pueden ser específicos, teniendo en cuenta la particular actuación de la Administración, o en todo caso, son los fines genéricos «de servicio público o que informan la función administrativa»³⁴. O como lo prescribe, en general, el Código Contencioso Administrativo de Colombia: «Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Ley»³⁵.

En consecuencia, aun cuando el ordenamiento jurídico no establezca un fin específico a la acción administrativa, el funcionario no tiene discrecionalidad respecto de los fines, sino que siempre está sometido a la consecución de los fines genéricos de servicio público que como lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, «el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento»³⁶.

Por supuesto, la consecuencia de la necesaria obtención de determinados resultados por la Administración, como lo ha indicado la jurisprudencia venezolana, es que «la Administración Pública no puede procurar resultados distintos de los perseguidos por el Legislador, aún cuando aquéllos respondan a la más estricta licitud y moralidad pues lo que se

prescribe que el contenido de los actos administrativos será ajustado a los fines de los mismos; y el art. 131.2 de la LGAP Costa Rica prescribe así que «los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento».

³⁴ Sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218.

³⁵ Art. 2.º

³⁶ LGAP Costa Rica, art. 131.2.

busca es el logro de determinado fin, que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste»³⁷.

En este sentido, la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, al enumerar los requisitos esenciales de los actos administrativos, indica que éstos «habrán de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos a los que justifican el acto, su causa y objeto» (art. 7.f).

En consecuencia, como lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, «la prosecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder» (art. 131.3), utilizándose así la terminología acuñada en Francia para identificar el vicio en la finalidad del acto administrativo, y que sanciona de ilegalidad, tanto los casos en los cuales el acto administrativo sea extraño al interés general, como los casos en los cuales aún tomados en interés general, los fines que motivan la actuación no sean los que justifican el otorgamiento de los poderes de actuar al funcionario específico³⁸.

A diferencia del sistema francés, sin embargo, donde el vicio es pura creación jurisprudencial, en América Latina se lo ha consagrado legislativamente, e incluso, en algunos casos en las Constituciones como sucede en la Constitución de Venezuela, la cual, al definir el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa indica, entre otros, el de anular los actos administrativos «contrarios a derecho, e incluso por desviación de poder» (art. 206).

En base a ello, la jurisprudencia venezolana se ha ocupado del tema, precisando la existencia de este vicio, así:

«hay desviación de poder cuando el acto aún siendo formal y sustancialmente acorde con la Ley, sin embargo, no lo es desde el

³⁷ Sentencia de la antigua Corte Federal de 28 de septiembre de 1954, *Gaceta Forense*, núm. 5, 1954, pp. 217-218.

³⁸ *Vid.* el *arrêt Pariset*, CE 26 de noviembre de 1975, Rec. 934 y los comentarios en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 22 ss.; *vid.* además, J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, pp. 415 ss.

punto de vista teleológico por cuanto la Administración, al dictarlo, no persigue con ello el fin a cuyo logro le fue acordada la facultad para hacerlo, sino un fin distinto que es por sí mismo contrario a derecho. A través de este vicio la jurisprudencia que lo concibió y posteriormente la doctrina que delineó sus modalidades y finalmente, la norma expresa que lo consagra, tienden a establecer un control sobre la intención de la Administración, algo que va más allá del simple examen de la apariencia del acto, para permitir que se escrudiñe en los motivos reales y concretos que tuvo su autor. La desviación de poder, para que se tipifique no requiere ni siquiera que el fin distinto perseguido por el proveimiento sea contrario a la ley, basta con que sea contrario al objetivo que con el acto específico que se dicta se trata de conseguir»³⁹.

Pero no sólo la finalidad del acto administrativo no debe ser desviada, sino que tampoco lo puede ser el procedimiento administrativo específico. Es decir, los procedimientos también son instituidos en vista de la obtención de un resultado concreto, de manera que cualquier desviación del procedimiento vicia el acto producido de desviación del poder. El vicio consiste en la utilización por la Administración, de un procedimiento administrativo con una finalidad distinta respecto de la cual dicho procedimiento se ha instituido. Este vicio, identificado precisamente en la jurisprudencia francesa desde hace más de cuatro décadas⁴⁰, resulta del principio de que el

³⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de junio de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 11, Caracas, 1982, p. 134. Vid. también sentencia de Corte Suprema de Justicia de 15 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Caracas, 1982, pp. 134-135; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 13 de agosto de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 92, donde se anuló un acto administrativo disciplinario, porque el mismo «no fue la limpia aplicación de un procedimiento disciplinario sino que encubrió una venganza de las autoridades, circunstancias éstas constitutivas de desviación de poder, figura que el art. 206 de la Constitución sanciona como un vicio capaz de acarrear la nulidad del acto», *idem*.

⁴⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975; pp. 315 ss.; J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, p. 420; G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 810; G. ISAAC, *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 59 ss.

funcionario no tiene potestad de elegir entre diversos procedimientos para obtener un resultado dado. Si lo que se busca, por ejemplo, es la transferencia de determinada propiedad privada inmueble al Estado por causa de utilidad pública, la Administración debe acudir al procedimiento de la expropiación, razón por la cual, la utilización con el mismo fin de cualquier otro procedimiento que tenga como resultado la extinción de la propiedad sin pago de una justa indemnización, se configuraría como una desviación del procedimiento⁴¹.

6. PRINCIPIOS RELATIVOS AL OBJETO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Por último, dentro de los elementos del acto administrativo, como de todo acto jurídico, está su objeto o contenido,

⁴¹ Un caso de nulidad de un Decreto de Expropiación por desviación del procedimiento puede verse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en Sala Político-Administrativa de 8 de enero de 1970, *Gaceta Oficial*, núm. 29.122 de 16 de enero de 1970 (caso Nelson C.A.) en la cual la Corte consideró la emisión de un nuevo Decreto de Expropiación sobre unos inmuebles como «un caso típico de desviación de poder» ya «que a través de ellos, se ha tratado de obtener beneficios para la Administración, utilizando procedimientos que no encajan estrictamente dentro de la finalidad estricta de los poderes que se utilizaron». En el caso se trataba de unos inmuebles ya ocupados y construidos por el Estado sobre los cuales se dictó un Decreto de Expropiación. Casi finalizado el procedimiento expropiatorio, la Administración dictó un Decreto desistiendo de la Expropiación y el mismo día dictó otro Decreto, de nuevo, de expropiación de un área mayor. La Corte consideró que «La finalidad perseguida por el Decreto núm. 791 (de desistimiento de la expropiación) no fue la de prescindir del procedimiento, ya que, con la misma fecha, se dictó el Decreto núm. 792 que afecta la misma cosa expropiada, aún cuando en una cabida menor, la verdadera finalidad, como lo expresa el dictamen de la Procuraduría General de la República, fue la de iniciar de nuevo el procedimiento y tener otra oportunidad de establecer un precio más conveniente a los intereses de la Nación y tales procedimientos contribuyen, indudablemente, a desnaturalizar el juicio expropiatorio». *Vid.* el texto de la sentencia, en Allan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema... cit.*, t. III, vol. I, pp. 338-339.

es decir, el efecto práctico que con el acto administrativo se pretende. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, el decomiso de un bien, la demolición de un inmueble o el otorgamiento de un permiso.

Este objeto del acto administrativo, como en cualquier acto jurídico, tiene que ser determinado o determinable, debe ser posible y tiene que ser lícito. Por ejemplo, así lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica al prever que el contenido de los actos administrativos «deberá de ser lícito, posible, claro y preciso»; y la Ley argentina sobre Procedimientos Administrativos, al establecer como requisito esencial de los actos administrativos, el que «el objeto debe ser cierto, física y jurídicamente posible» (art. 7.c).

La consecuencia de estas exigencias respecto del objeto, es que un acto administrativo cuyo contenido sea indeterminado, de imposible ejecución, ilegal en sí mismo o de ilegal ejecución, no puede ser válido y estaría viciado de nulidad absoluta. Así lo prescribe la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, al considerar como uno de los casos de nulidad absoluta de los actos administrativos, «cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución» (art. 19.3)⁴². En el mismo sentido, la Ley española de Procedimiento Administrativo prescribe que son nulos de pleno derecho, aquellos actos de la Administración «cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito» (art. 47.b).

II. Los elementos de forma de los actos administrativos

Los elementos de forma de los actos administrativos, denominados también, de legalidad externa, están configurados tanto por las formalidades necesarias para la producción de

⁴² Por ejemplo, un decreto de expropiación de unos inmuebles que ya han sido expropiados. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), Sala Político Administrativa de 8 de enero de 1970 (Caso Nelson C.A.), *Gaceta Oficial* núm. 29.122, de 16 de enero de 1970. *Vid.* asimismo en Allan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, cit., t. III, vol. 1, p. 339.

los mismos, como por los elementos formales de la exteriorización de los actos, en particular la forma escrita y la motivación. Distinguimos, por tanto, siguiendo a René HOSTIOU, las *formalidades* de los actos administrativos, constituidas por las diversas operaciones que condicionan la emisión y la entrada en vigor del acto; de las *formas*, que son las menciones del escrito que traducen las diversas condiciones de regularidad del acto, particularmente, la motivación o la exteriorización de motivos⁴³.

1. LAS FORMALIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tal como lo expresa la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, antes de la emisión del acto administrativo «deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico» (art. 7.d)⁴⁴. En este sentido, el procedimiento se identifica con las formalidades que deben cumplirse previamente a la adopción del acto.

Ahora bien, las formalidades establecidas legalmente, y que conforman un procedimiento administrativo, tienen siempre dos objetivos generales, tal como lo prescribe la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica: en primer lugar, asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, y en segundo lugar, el respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados (art. 214). Estas formalidades están reguladas, con frecuencia, en forma dispersa, en los diversos textos reguladores de la actividad administrativa, y de ellas resultan las que pueden considerarse sustanciales y cuyo desconocimiento puede afectar el acto administrativo con vicio de nulidad (art. 223.1 LGAP Costa Rica), distintas de las que no pueden conside-

⁴³ Vid. R. HOSTIOU, *op. cit.*

⁴⁴ En sentido similar el art. 129 de la LGAP Costa Rica establece que el acto administrativo deberá dictarse «previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto».

rarse sustanciales y cuya falta no afecta la validez de los actos administrativos.

Ahora bien, siguiendo la orientación de la jurisprudencia francesa ⁴⁵, puede señalarse que siempre han de considerarse como sustanciales, las formalidades establecidas para garantizar los derechos de los administrados, como por ejemplo, las que prescriben la audiencia de los interesados, como información previa a una decisión, o para asegurar el derecho a la defensa (*audi alteram parte*). La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, por ello, establece que debe considerarse una formalidad esencial aquella cuya omisión «causare indefensión» (art. 223).

Además, también deben considerarse como esenciales las formalidades cuyo incumplimiento podría cambiar el sentido de la decisión. Así, expresamente, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, entiende «como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes» (art. 223.2).

Con frecuencia, por ejemplo, los textos legales exigen, en el curso del procedimiento, la intervención previa y obligatoria de órganos consultivos, cuya opinión puede ser vinculante o no vinculante para el órgano que dicta el acto. Como lo dice la Ley española de Procedimiento Administrativo: «Los informes pueden ser perceptivos o facultativos, vinculantes o no vinculantes» (art. 85.1).

Ahora bien, salvo disposición legal en contrario, conforme a los artículos 81.f y 57 de las leyes de Procedimientos Administrativos de España y Venezuela, los informes que se emitan por los órganos consultivos deben considerarse que no son vinculantes para la autoridad que debe adoptar la decisión.

Se destaca, en este sentido, que la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, para la emisión de los actos administrativos, considera siempre como «esencial el dictámen

⁴⁵ G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 788; G. BERLIA, «Vice de forme et contrôle des actes administratifs», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1940, pp. 377 ss.

proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos» (art. 7.d), sin prever, por supuesto, en ese caso, carácter vinculante del dictámen jurídico.

En otros casos, la formalidad sustancial consiste en exigir para la emisión de un acto administrativo por un órgano, la formulación de una propuesta de parte de otro órgano administrativo. Esta proposición puede consistir solamente en dejar la iniciativa de la decisión, al órgano proponente, o puede consistir en una proposición llamada imperativa, de manera que la intervención del órgano proponente tiene por efecto esencial, limitar el poder de decisión del órgano que toma la decisión ⁴⁶. Es el caso generalizado de los concursos para la nominación de funcionarios, cuya evaluación y proposición corresponde a un jurado o comisión calificadora que luego propone el nombramiento a la autoridad decisora, sin que ésta pueda variar en forma alguna la propuesta.

En todo caso, y salvo determinación expresa de la ley, el órgano administrativo al cual corresponda tomar una decisión, tiene libertad de consultar a otras autoridades u organismos, como lo señala la Ley de Procedimientos Administrativos de Venezuela, y solicitar los «informes, documentos o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto» (art. 54). Sin embargo, la omisión de los informes y antecedentes no suspende la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora (art. 56).

2. LA FORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El principio sobre la forma de los actos administrativos está resumido en el artículo 8 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina, que establece:

⁴⁶ Vid. R. HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 37 ss.

«El acto administrativo se manifestará *expresamente* y por *escrito*; indicará el *lugar* y *fecha* en que se lo dicta y contendrá la *firma* de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta.»

Una formulación similar está en el artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica ⁴⁷, y en forma más detallada en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual dispone que:

«Todo acto administrativo deberá contener: 1. Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto; 2. Nombre del órgano que emite el acto; 3. Lugar y fecha donde el acto es dictado; 4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido; 5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes; 6. La decisión respectiva, si fuere el caso; 7. Nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia; 8. Sello de la oficina.»

Agrega esta norma que «El original del respectivo instrumento contendrá la firma autógrafa del o de los funcionarios que lo suscriban». Esta exigencia de la firma, por supuesto, se complementa con la necesaria firma en los casos de refrendo (*contresigne*) ministerial, que generalmente es de rango constitucional ⁴⁸. Sin embargo, en cuanto a la firma de los actos administrativos, la Ley venezolana precisa que «en el caso de aquellos actos cuya frecuencia lo justifique, se podrá disponer mediante decreto, que la firma de los funcionarios sea estampada por medios mecánicos que ofrezcan garantías de seguridad» (art. 18).

De lo anterior resulta, como principio, que el acto admi-

⁴⁷ Art. 134. 1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa. 2. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscriptor.

⁴⁸ Art. 190, Constitución de Venezuela.

nistrativo debe ser *escrito*, pudiendo, sin embargo, ser mecánico o verbal ⁴⁹, siempre que con la decisión no se afecten derechos o intereses.

Debe destacarse, dentro de las exigencias de forma de los actos administrativos, el requerimiento de la Ley venezolana de que deben contener la expresión sucinta de los fundamentos legales pertinentes (art. 18.5). Es lo que se denomina en el derecho francés, el sistema de «visas» del acto administrativo, que exige, entre otros aspectos, la expresión formal de la base legal del acto, es decir, de las normas legales o reglamentarias que autorizan su emisión ⁵⁰.

3. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, consiste en la necesaria expresión formal de los motivos del acto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los motivos de hecho que provocan la actuación administrativa. La motivación, por tanto, es la expresión formal de la causa de los actos administrativos, es decir, de los fundamentos de hecho y de derecho de los mismos.

Ahora bien, la evolución que se observa en el derecho francés en materia de motivación de los actos administrativos, que comenzó por un régimen de ausencia de obligación de motivar los actos administrativos, hasta la emisión de la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979 que impuso la obligación de motivar las decisiones administrativas desfavorables concernientes a los administrados, puede decirse que se ha producido en todos los países con régimen administrativo. La jurisprudencia, por supuesto, en esta evolución jugó un papel fundamental al haber ido exigiendo la motivación en el caso

⁴⁹ Por ejemplo, art. 41.2 LPA España.

⁵⁰ G. DUPUIS, «La présentation de l'acte administratif» en G. DUPUIS (ed.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, 1979, p. 15; R. HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 159 ss; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, París, 1983, p. 181.

de medidas graves impuestas a un particular; en el caso de que la motivación fuera el único medio para que se pudiera apreciar la regularidad o legalidad del acto administrativo; y en particular, en materia de imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios⁵¹. La timidez de la jurisprudencia francesa en esta materia, en todo caso, fue superada con la ley 79-587 de julio de 1979, en la cual se impuso la obligación de motivar respecto de las decisiones que restringen el ejercicio de las libertades públicas o, de manera general, las que constituyan una medida de policía; impongan una sanción; subordinen el otorgamiento de una autorización a condiciones restrictivas o impongan sujeciones; retiren o abroguen una decisión creadora de derechos; opongan una prescripción, una privación de un derecho o una caducidad; o rechacen una ventaja cuya atribución constituya un derecho para las personas que reúnen las condiciones legales para su obtención⁵².

Una solución similar se ha establecido en la legislación española cuya Ley de Procedimiento Administrativo, desde 1958, ha establecido que:

«Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos; b) Los que resuelvan recursos; c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d) Aquellos que deban serlo en virtud de disposiciones legales; y e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso»⁵³.

Más radical ha sido, en todo caso, la evolución en Argentina y Venezuela, cuyas legislaciones, después del trabajo progresivo de la jurisprudencia que había venido exigiendo la mo-

⁵¹ J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, pp. 305-306; R. HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 180 ss.; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 182; G. ISAAC, *op. cit.*, pp. 561 ss.

⁵² Art. 1.º *Vid.* sobre la Ley 79/587 de 11 de julio de 1979. Didier LINOTTE «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1980, núm. 6, pp. 1699 ss.; J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. II, p. 307.

⁵³ En igual sentido, art. 136 LGAP Costa Rica.

tivación respecto de los actos sancionatorios, los que restringieran los derechos de los particulares y los dictados en base al ejercicio de un poder discrecional⁵⁴, han establecido la obligación general de motivación de todos los actos administrativos. Así, el artículo 7.e de la Ley argentina de Procedimientos Administrativos dispone como un requisito esencial de los actos administrativos el que «deberán ser motivados, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho vigente». En igual sentido, la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos establece que:

«Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto» (art. 9).

En consecuencia, la ausencia de motivación de los actos administrativos de efectos particulares sólo puede fundarse en un texto legal expreso que la consagre, lo cual es infrecuente.

III. El régimen de nulidades de los actos administrativos

Una de las consecuencias más importantes del proceso de codificación del derecho administrativo y de la regulación legislativa de los elementos del acto administrativo en España y América Latina, es la regulación expresa del régimen de las nulidades de los actos administrativos, y particularmente, el establecimiento, por ley, de los casos de nulidad absoluta y sus consecuencias.

En efecto, como lo señala la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, «la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de

⁵⁴ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pp. 158 ss.

éste» (art. 158.1). Ahora bien, no todo vicio afecta la validez de los actos administrativos, o en otros términos, no todas las faltas o defectos en los elementos o requisitos de los actos administrativos, producen la nulidad de los mismos. La invalidez, y consecuentemente, la posibilidad de anular los actos administrativos sólo se produce cuando el acto administrativo tenga una inconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico ⁵⁵. En otros términos, las infracciones insustanciales no invalidan los actos administrativos ni conducen a que se declare su nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario ⁵⁶.

Ahora bien, la invalidez del acto administrativo no tiene siempre la misma gravedad de origen ni los mismos efectos, ya que puede manifestarse como resultado de un vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según la gravedad de la violación cometida. El problema de la teoría de las nulidades de los actos administrativos radica entonces, precisamente, en determinar cuando el vicio del acto administrativo acarrea la nulidad absoluta del mismo, y cuando ello no ocurre, resultando sólo un vicio de nulidad relativa o anulabilidad, pues los efectos de uno u otro vicio en el mundo del derecho, son totalmente distintos.

Dos sistemas de determinación de estos vicios se han seguido en las legislaciones sobre procedimientos administrativos en América Latina. En primer lugar, resalta el sistema adoptado por la Ley General de Administración Pública de Costa Rica que prescribe, en forma general, por una parte, que «habrá nulidad absoluta del acto cuando faltan totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente»; y por la otra, que «habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo

⁵⁵ Art. 158 LGAP Costa Rica.

⁵⁶ Art. 158.5 LGAP Costa Rica. En este sentido el art. 16 de la LPA Argentina establece que «La invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido».

caso la nulidad será absoluta» (art. 165, 2 y 3) ⁵⁷. Este primer sistema, basado en la ausencia de los elementos del acto o en solo su imperfección, sin embargo, deja en la práctica imprecisa la frontera entre los dos tipos de vicios de los actos administrativos, con lo que su determinación continúa siendo casuística.

El segundo sistema general relativo al régimen de las nulidades absolutas, más preciso que el anterior, consiste en el establecimiento expreso, por la legislación, de los casos en los cuales los vicios producen la nulidad absoluta, configurándose éstos, en un *numerus clausus*.

Es el caso de la Ley española de Procedimiento Administrativo, que establece expresamente sólo cuatro supuestos de nulidad absoluta de los actos administrativos, los que califica como «nulidades de pleno derecho». Esos casos son: 1. Los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente; 2. Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito; y 3. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (art. 47.1). Se trata, en resumen, de vicios graves en la competencia, del vicio en el objeto del acto y de vicios en las formalidades sustanciales ⁵⁸. La Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, además, agrega a estos vicios de nulidad absoluta, los casos de violación de la reserva legal y de respeto a la jerarquía de los actos ⁵⁹.

La legislación de Procedimientos Administrativos de Venezuela, además de los antes mencionados casos de incompetencia manifiesta, imposibilidad o ilegalidad del objeto del acto y prescindencia absoluta y total del procedimiento legal-

⁵⁷ Vid. Eduardo ORTIZ ORTIZ, «Nulidades del acto administrativo en la Ley General de Administración Pública (Costa Rica)» en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, 1981, pp. 381 ss.

⁵⁸ Vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Nulidad de los actos administrativos*, Caracas, 1987; y *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970.

⁵⁹ Arts. 23 a 28 y art. 47.2 LPA España.

mente prescrito (art. 19.3 y 4), agregó como causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, en primer lugar, los casos en los cuales la Constitución o la Ley así lo determinen expresamente (art. 19.1), como por ejemplo, cuando la Constitución establece la nulidad respecto de los actos violatorios de los derechos y garantías constitucionales (art. 46); los actos emanados de usurpación de funciones (art. 119); y los que sean producto de la requisición directa o indirecta de la fuerza (art. 120). En segundo lugar, agrega la legislación venezolana como vicio de nulidad absoluta, los casos de actos administrativos revocatorios de actos precedentes irrevocables, es decir, de actos que hayan creado derechos particulares (art. 19.2).

Por su parte, la legislación argentina de Procedimientos Administrativos es aún mucho más amplia en la precisión de los casos de vicios de nulidad absoluta al establecer que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos: En primer lugar, cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral sobre el agente; o por simulación. En segundo lugar, cuando el acto fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado; falta de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; o por violación de la Ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado (art. 14).

Ahora bien, la consecuencia de la enumeración de los casos de nulidad absoluta, es la indicación residual legislativa, de que cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, es decir, cualquier otro vicio de los actos administrativos que no llegue a producir la nulidad absoluta, o como lo dice la Ley argentina, cualquier irregularidad u omisión que no llegue a impedir la existencia de algunos de los elementos esenciales del acto, solamente los harán anulables, es decir, vicios de nulidad relativa ⁶⁰.

⁶⁰ Art. 48 LPA España; art. 2.º LOPA Venezuela; art. 15 LPA Argentina.

De lo anterior resulta, por tanto, que en general, en las legislaciones de España y América Latina, los vicios en los elementos de fondo de los actos administrativos cuando son graves y manifiestos, como la incompetencia manifiesta; vicios en la manifestación de voluntad; violación de la Constitución o violación grave de las leyes; inexistencia de los presupuestos de hecho; y ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito, producen la nulidad absoluta de los mismos. De lo contrario, conducen a vicios de nulidad relativa o anulabilidad, incluyendo los casos de desviación de poder y de violación a los límites a la discrecionalidad ⁶¹.

Es de destacar, sin embargo, en materia de vicios de forma, que si bien la ausencia absoluta y total del procedimiento legalmente prescrito es la que conduce a la nulidad absoluta, la jurisprudencia en algunos países ha admitido que las violaciones de las formalidades sustanciales, como las que están destinadas a proteger los derechos de los administrados, se han asimilado a la nulidad absoluta ⁶². De resto, los vicios de forma, en principio, conducen a la anulabilidad de los actos administrativos, salvo que no afecten los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin del acto, en cuyo caso la irregularidad ni siquiera conduce a la invalidez ⁶³. Se trata en definitiva, respecto de los vicios de forma, de la distinción elaborada por la jurisprudencia francesa en cuanto a violación de formalidades sustanciales o no sustanciales, considerándose como sustanciales, como se dijo, aquellas establecidas para proteger a los administrados o cuyo incumplimiento podría modificar la decisión del fondo ⁶⁴.

Ahora bien, la distinción entre los vicios de nulidad absoluta y vicios de nulidad relativa es esencial en las legislaciones hispano americanas, por las consecuencias y característi-

⁶¹ Art. 160 LGAP Costa Rica.

⁶² Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa (Venezuela) de 26 de junio de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 27, 1986, p. 101.

⁶³ Art. 42.2 LPA España.

⁶⁴ G. BERLIA, *loc. cit.*, pp. 377 ss.

cas que se asignan a los casos de nulidad absoluta, y que son las siguientes:

1. El acto administrativo viciado de nulidad absoluta no puede presumirse legítimo ni puede ordenarse su ejecución; en cambio, si el vicio es de nulidad relativa, rige el principio de la presunción de legitimidad del acto mientras no sea declarado lo contrario en vía jurisdiccional. Además, la ejecución de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta compromete la responsabilidad de los funcionarios ejecutores ⁶⁵.

2. La nulidad absoluta es un vicio que afecta la totalidad del acto y no puede ser convalidada; en cambio, la nulidad relativa puede afectar parcialmente un acto administrativo y en todo caso, puede ser convalidada ⁶⁶.

3. La nulidad absoluta de los actos administrativos puede ser declarada por la Administración, en cualquier momento, es decir, los actos viciados de nulidad absoluta pueden siempre ser revocados por la Administración; en tanto que los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares, así estén viciados de nulidad relativa, son irrevocables por la propia Administración ⁶⁷. En el primer supuesto, podría hablarse de la existencia de un recurso administrativo sin plazo alguno de caducidad, para solicitar de la Administración, el reconocimiento de la nulidad absoluta de sus actos ⁶⁸.

4. La anulación de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, en principio, produce efectos *ex tunc*, es decir, tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha del acto ⁶⁹; en cambio, en principio, la anulación de un acto re-

⁶⁵ Arts. 169, 170 y 176 LGAP Costa Rica. En Venezuela, por ello, si se alega un vicio de nulidad absoluta en un recurso administrativo la Administración puede suspender la ejecución del acto (art. 87 LOPA).

⁶⁶ Arts. 172 y 187 LGAP Costa Rica; art. 53 LPA España; arts. 21 y 81 LOPA, Venezuela.

⁶⁷ Arts. 173 y 174 LGAP Costa Rica; arts. 17 y 18 LPA Argentina; arts. 19.2 y 81 LOPA, Venezuela.

⁶⁸ Art. 81 LOPA Venezuela.

⁶⁹ Art. 171 LGAP Costa Rica.

lativamente nulo producirá efectos *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario del acto administrativo, a terceros o al interés público ⁷⁰.

5. En ciertos supuestos, la nulidad absoluta de los actos administrativos permite que se pueda solicitar su nulidad, en vía jurisdiccional, en cualquier tiempo, como por ejemplo en los casos de violación de derechos y garantías constitucionales ⁷¹, en cuyo caso no habría lapso de caducidad para intentar el recurso de anulación. En cambio, el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, cuando se fundamente en vicios de nulidad relativa, debe intentarse en un lapso de tiempo determinado, sin perjuicio de que con posterioridad pueda oponerse siempre la ilegalidad como excepción ⁷².

6. Por último, tratándose de vicios de nulidad absoluta, los mismos pueden ser apreciados de oficio por el Juez contencioso-administrativo en el curso de un proceso. En cambio, en los casos de vicios de nulidad relativa, tienen que ser alegados por el recurrente, para que puedan ser apreciados por el Juez contencioso-administrativo ⁷³.

Debe señalarse, por último, que algunas de las legislaciones analizadas regulan expresamente los supuestos de convalidación, saneamiento y conversión de los actos administrativos cuando adolezcan de algunos de los vicios de nulidad relativa. En tal sentido, por ejemplo, la Ley española de Procedimiento Administrativo establece que si el vicio consistiere en incompetencia, «la convalidación puede realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado» (art. 53.2); y en igual sentido se regula en la Ley argentina de Procedimientos Administrativos,

⁷⁰ Art. 178 LGAP Costa Rica.

⁷¹ Art. 5.º, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Venezuela).

⁷² Art. 136, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela).

⁷³ Art. 87, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela). *Vid.* sobre los vicios que el juez contencioso administrativo puede considerar de oficio: G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 817.

calificándose el procedimiento como «ratificación» (art. 19.1).

En materia de vicios de forma, el saneamiento se regula en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, al establecerse que:

«Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos» (art. 188.1) ⁷⁴.

En algunos casos se establece como principio que el acto convalidado producirá efectos desde su fecha ⁷⁵; y en otros, que los efectos tanto de la convalidación como del saneamiento de un acto administrativo, se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación» ⁷⁶.

Las leyes analizadas también prevén la figura de la conversión, que conforme a la Ley argentina se produce si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permiten integrar otro que fuere válido, en cuyo caso podrá efectuarse su conversión en éste, siempre que lo consienta el administrado y sea declarado expresamente por la Administración. En estos casos, la conversión produce efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto ⁷⁷.

⁷⁴ De acuerdo con la misma Ley de Costa Rica, por supuesto el saneamiento no es posible cuando se trate de omisiones de dictámenes ni en los casos en que las omisiones produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final. Art. 188.2.

⁷⁵ Art. 53.3 LPA España.

⁷⁶ Art. 19 LPA Argentina; art. 187.1 y 188.3 LGAP Costa Rica.

⁷⁷ Art. 20 LPA Argentina; art. 189 LGAP Costa Rica.

CAPITULO II

PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Las leyes de Procedimientos Administrativos de España y América Latina no solo regulan con detalle los elementos de los actos administrativos que condicionan su *validez*, sino que también regulan con precisión los aspectos esenciales relativos a la *eficacia* de los actos administrativos, y entre ellos, la determinación del momento en el cual comienzan a surtir sus efectos; el principio de la no retroactividad de dichos efectos; el principio del respeto a los derechos adquiridos y el régimen de la revocación; el principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos; y los principios relativos a la ejecución de los mismos.

Analizaremos estos aspectos, comparativamente.

I. El comienzo de los efectos: publicación y notificación

El principio general que orienta la legislación española de Procedimientos Administrativos es que los actos administrativos no solo son válidos sino que también «producen efectos desde la fecha en que se dicten», salvo que en ellos se disponga otra cosa o que su contenido supedite su eficacia a la comunicación del acto a los interesados (art. 45). La excepción aquí prevista, por supuesto, tratándose de decisiones ejecutorias que producen efectos generales o particulares, indudable que se convierte en la regla, en el sentido de que normalmente el inicio de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento en que se hacen del conocimiento de los interesados. Es, por lo demás, el principio que deriva de las legislaciones latinoamericanas, conforme al cual, los efectos de los actos administrativos comienzan desde el momento

en que dichos actos se hacen de conocimiento de los interesados ¹. Es lo que se llama la publicidad de decisiones ejecutorias en el sistema francés, la cual puede ser impersonal mediante la publicación del acto en una compilación oficial, o personal, mediante la notificación del acto directamente al interesado ². Así, conforme lo resume la Ley Argentina de Procedimientos Administrativos:

«Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado, y el de alcance general, de publicación» (art. 11) ³.

Sin embargo, precisa la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, que aún antes de que se hagan del conocimiento de los interesados, si el acto les concede únicamente derechos, producirá sus efectos desde la fecha de su adopción (art. 140). En sentido parecido, en la legislación argentina de Procedimientos Administrativos también se prevé como excepción al principio de la eficacia condicionada a la publicación o notificación, el que los interesados pueden, antes de que ello ocurra, pedir el cumplimiento de los actos administrativos siempre que no resultaren perjuicios para el derecho de terceros (art. 11).

Ahora bien, al hablar de la publicación o notificación para establecer el comienzo de los efectos de los actos administrativos, debemos distinguir el régimen de los actos de efectos generales del de los actos de efectos particulares.

En efecto, en cuanto a los actos que producen efectos generales y que por tanto, sean de contenido reglamentario (normativo) e, incluso, en cuanto a los actos que no siendo reglamentarios conciernen a un grupo indeterminado de personas (una convocatoria a concurso, por ejemplo) ⁴ el comien-

¹ Como lo establece el art. 40 de la LGAP Costa Rica: «El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado».

² Vid. G. ISAAC, *La Procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 570 ss.; G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, París, 1984, p. 265.

³ Art. 240.1 LGAP Costa Rica.

⁴ Art. 72 LOPA Venezuela.

zo de la eficacia se sitúa siempre en el momento de su publicación en un boletín oficial ⁵. Excepcionalmente, sin embargo, en algunos casos como en Colombia y en relación a entidades territoriales menores se permite, para marcar el inicio de los efectos de los actos reglamentarios, la publicación «en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto», previéndose incluso que en los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad, se podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bandos (art. 83).

Respecto de los actos administrativos de efectos particulares, en cambio, y particularmente cuando afectan derechos o intereses de los administrados, los mismos para comenzar a surtir efectos deben ser notificados a los interesados ⁶. Las legislaciones sobre procedimiento administrativo, en este sentido, regulan la forma y contenido de estas notificaciones, conforme a los siguientes principios:

1. Las notificaciones, en principio, deben ser personales al interesado, a su apoderado o a su representante, y deben realizarse mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identificación del acto notificado ⁷.

2. Las notificaciones deben dirigirse al domicilio o residencia del interesado o al lugar señalado por éste para las mismas. Algunas legislaciones exigen la recepción personal de las notificaciones ⁸; otras en cambio prevén que en dicho lugar, si no se hallare presente el interesado, su apoderado o su representante, podrá entregarse a cualquier persona que allí se encuentre haciéndose constar su parentesco o razón de permanencia en el lugar ⁹.

⁵ Art. 29 LRJAE España; art. 72 LOPA Venezuela; art. 43 CCA Colombia.

⁶ Art. 79 LPA España; art. 73 LOPA Venezuela.

⁷ Art. 80.1 LPA España; art. 44 CCA Colombia; art. 243 LGAP Costa Rica; art. 73 LOPA Venezuela.

⁸ Art. 243 LGAP Costa Rica; art. 44 CCA Colombia.

⁹ Art. 80.2 LPA España; art. 75 LOPA Venezuela.

3. Cuando resulte imposible la notificación personal o se ignore el domicilio o residencia del interesado, algunas legislaciones permiten excepcionalmente suplir la notificación con la publicación del acto administrativo, en el Boletín Oficial ¹⁰. En otros casos, en un diario de mayor circulación en la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede ¹¹, e incluso, en otros supuestos, con la fijación de un edicto en lugar público del respectivo despacho por un término de días ¹². Salvo estos supuestos, en general rige el principio de que «la publicación no puede normalmente suplir la notificación» ¹³.

4. En todo caso, en cuanto al contenido de las notificaciones, las legislaciones de España y América Latina exigen, siempre, que las mismas deben contener el texto íntegro del acto administrativo que se notifica con el importante señalamiento de que las notificaciones deben indicar los recursos que proceden contra el acto notificado, el órgano ante el cual deban presentarse y los lapsos para interponerlos ¹⁴.

Este último señalamiento es de tal importancia que en algunas legislaciones, como la venezolana, se prevé que si sobre la base de una información errónea contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado ¹⁵.

Ahora bien, la consecuencia fundamental de la precisión legal de lo que debe contener la notificación de los actos administrativos, es que la notificación que se haga de un acto administrativo sin transcripción del texto íntegro, sin indicación de los recursos, los lapsos para intentarlos, y las autori-

¹⁰ Art. 80.3 LOPA España; arts. 241 y 242 LGAP Costa Rica.

¹¹ Art. 76 LOPA Venezuela.

¹² Art. 45 CCA Colombia.

¹³ Art. 241.1 LGAP Costa Rica.

¹⁴ Art. 79.1 LPA España; arts. 44 y 47 CCA Colombia; art. 73 LOPA Venezuela; art. 245 LGAP Costa Rica.

¹⁵ Art. 77 LOPA Venezuela.

dades ante los cuales se deben interponer, se considera legalmente como defectuosa y, por tanto, ineficaz¹⁶. La consecuencia más importante de esta regla, por supuesto, es que en los casos de notificaciones defectuosas, al ser éstas ineficaces, no comienzan a correr los lapsos para intentar los recursos contra los actos administrativos¹⁷. Sin embargo, si el interesado se da voluntariamente por notificado o, por ejemplo, interpone el recurso pertinente contra el acto, se presume como notificado a partir de dicho momento¹⁸.

Debe destacarse, sin embargo, que las legislaciones española y costarricense, establecen una especie de saneamiento a la ineficacia de las notificaciones defectuosas por omisión de la indicación de los recursos que proceden contra el acto, por el transcurso de un lapso de tiempo, sin que se haga protesta formal¹⁹.

II. El principio de la irretroactividad de los actos administrativos

El segundo principio general relativo a la eficacia de los actos administrativos, es el principio de la irretroactividad de los actos administrativos. En efecto, como se ha señalado, el comienzo de los efectos de los actos administrativos se sitúa en el momento de la publicidad del acto, sea mediante publicación sea mediante notificación. La consecuencia de ello es que de acuerdo al principio constitucional de la irretroactividad de la Ley, no es posible admitir la retroactividad de los efectos de los actos administrativos. Es decir, el principio general en esta materia es que los actos administrativos sólo pueden producir efectos hacia el futuro, siendo tanto inconstitucional como ilegal, la aplicación de un acto administrativo ha-

¹⁶ Art. 79.3 España; art. 74 LOPA Venezuela; art. 48 CCA Colombia.

¹⁷ Art. 141.1 LGAP Costa Rica.

¹⁸ Art. 79.3 LPA España; art. 48 CCA Colombia.

¹⁹ Art. 79.4 LPA España (6 meses); art. 247.2 LGAP Costa Rica (10 días).

cia el pasado; principio que no sólo se aplica a los actos reglamentarios sino también a los actos de efectos particulares.

El principio ha sido establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado (*arrêt Société du Journal Aurore*, Rec. 289), como un principio general del derecho ²⁰, complementado por las consideraciones doctrinales relativas al *arrêt Le Bigot* du 17 mai 1907 (Rec 460) respecto a la consideración de la atribución de efectos retroactivos a un acto administrativo, como un caso de incompetencia *ratione temporis* en el sentido de que el funcionario no tiene competencia para ejercer un derecho que perteneció a sus predecesores ²¹.

En España y América Latina, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, aparte de tener, al contrario que en Francia, un fundamento constitucional ²² y haber sido aplicado por la jurisprudencia como principio general ²³, también está establecido, respecto de los actos administrativos, en las leyes de procedimientos administrativos, aplicándose tanto a los de carácter reglamentario como a los efectos particulares. Así se establece, por ejemplo, en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, al prescribir que «El acto administrativo producirá efectos en contra del administrado únicamente para el futuro» (142,1). Indirectamente, además, el principio se establece en la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos al regularse la posibilidad, para la Administración, de poder modificar los criterios establecidos por sus órganos, pero agregando que «la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores

²⁰ *Recueil Dalloz* 1948, pp. 437-438; LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, pp. 312 ss.

²¹ Vid. J. M. AUBY, «L'incompétence *ratione temporis*. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1953, pp. 5-60.

²² Por ejemplo, art. 44 Constitución de Venezuela.

²³ Vid. por ejemplo, la jurisprudencia venezolana en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa de 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, pp. 156-157; y de 9 de abril de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 110-111.

salvo que fueren más favorables a los administrados» (art. 11) ²⁴.

Ahora bien, tanto en la legislación española como en la latinoamericana, en igual forma como se ha establecido en la jurisprudencia francesa ²⁵, el principio de la no retroactividad de los actos administrativos tiene diversas excepciones:

En primer lugar, en general se admite la retroactividad de los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables a los interesados ²⁶. Sin embargo, en estos casos, es indispensable que los supuestos de los motivos del acto tuvieran existencia a la fecha a la cual se retrotraiga la eficacia del acto y que éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas ²⁷.

En segundo lugar, coincidiendo con soluciones de la jurisprudencia francesa ²⁸, también se establece que tendrán efectos retroactivos y siempre que no lesionen derechos adquiridos, los actos administrativos que se dicten en sustitución de otro acto anulado, sea por la Administración o por decisión judicial ²⁹. Como lo establece la Ley General de Administración Pública de Costa Rica:

«El acto administrativo tendrá efectos retroactivos en contra del

²⁴ El principio se ha aplicado por la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 111-112.

²⁵ Vid. M. LETOURNEUR, «Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs», *Etudes et Documents*, Conseil d'Etat, Paris, 1955, pp. 37-48.

²⁶ Art. 45.3 LPA España; art. 13 LPA Argentina. Vid. sobre España, J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, p. 61. En Francia, el *arrêt* CE 9 juillet 1943, *Office public d'H.B.M. de la Ville de Marseille*, Rec., p. 172. Vid. los comentarios, en J. M. AUBY, «L'incompétence...», *loc. cit.*, p. 53.

²⁷ Art. 45.3 LPA España; art. 142.2 LGAP Costa Rica.

²⁸ Vid. M. LETOURNEUR, *loc. cit.*, pp. 46 ss.; J. M. AUBY, «L'incompétence...», *loc. cit.*, pp. 47 ss.; J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1984, t. II, p. 348; LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 190 y 316; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, 1983, pp. 225 ss.

²⁹ Art. 45.3 LPA España; art. 13 LPA Argentina; art. 143 LGAP Costa Rica.

administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nullos que favorezcan a éste; o para consolidar, haciéndolos válidos y eficaces, actos que lo desfavorezcan» (art. 143).

III. El respeto a los derechos adquiridos y el régimen de la revocación de los actos administrativos

Ahora bien, una consecuencia del principio de la irretroactividad de los actos administrativos, es el principio general de que los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridas o nacidas de actos administrativos individuales, no pueden ser eliminados posteriormente por otros actos administrativos. Es el principio general de la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas de actos individuales, o de la irrevocabilidad de los actos administrativos de efectos particulares creadores de derechos a favor de los administrados; principio que ha tenido consagración legal expresa en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

La fórmula de la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, coincidente con los principios de la jurisprudencia francesa ³⁰, puede considerarse que resume, en general, la posición del derecho administrativo latinoamericano, al prescribir que:

«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» (art. 18).

De esta fórmula derivan varias consecuencias:

En primer lugar, el principio de la intangibilidad de las situaciones jurídicas derivadas de un acto administrativo, sólo se aplica a los actos creadores de derecho a favor de particulares, por lo que los actos administrativos que no creen derechos a favor de particulares pueden ser revocados en cualquier momento. Como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos:

³⁰ Vid. P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 252 ss.

«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 respectivo superior jerárquico» (art. 82).

En segundo lugar, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho, por supuesto, solo se aplica a los actos administrativos válidos y regulares, capaces de dicha creación, por lo que si el acto está viciado de *nulidad absoluta*, no puede crear dichos derechos y es esencialmente revocable³¹. Conforme a la Ley española sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sin embargo, aún frente a infracciones manifiestas a la Ley, el plazo del cual dispone la Administración para revocar estos actos es de cuatro años (art. 37.1).

En tercer lugar, el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derecho a favor de particulares, se considera que tiene completa aplicabilidad a partir del momento en el cual el acto administrativo quede firme, es decir, a partir del momento en que su legalidad no pueda ser cuestionada directamente ante el juez administrativo. En consecuencia, el acto creador de derechos a favor de particulares, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado sentada en el *arrêt Dame Cachet* del 30 de noviembre de 1922 (Re. 790)³², puede ser revocado por razones de legalidad dentro del lapso de caducidad previsto para la interposición del recurso de anulación³³.

³¹ Art. 83 LOPA Venezuela. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el acto nulo de nulidad absoluta equivale al acto inexistente, no pudiendo derivarse del mismo derecho alguno. Sentencias de 29 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, p. 173 y de 11 de febrero de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, Caracas, 1988, pp. 101-103.

³² Vid. en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1922, pp. 552-561; LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, p. 176; G. ISAAC, *op. cit.*, p. 606.

³³ Vid. por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), en Sala Político Administrativa de 14 de mayo de 1985 (caso

En cuarto lugar, el principio de la irrevocabilidad rige en tanto en cuanto el particular que deriva derechos del acto administrativo, no consienta su revocación, tal como lo regula el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 73).

Por último, y en cuanto a los principios relativos a la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares y firmes creadores de derecho a favor de particulares, debe señalarse que las legislaciones latinoamericanas admiten como excepción, los casos en los cuales la revocación esté acompañada de una indemnización. Así lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimientos Administrativos (art. 18) y la Ley General de la Administración pública de Costa Rica (art. 155), la cual establece que si el acto revocatorio no contiene el reconocimiento y el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta (art. 155.1). En Venezuela, por ello, frente al establecimiento del principio general de la nulidad absoluta del acto revocatorio de uno precedente creador de derechos a favor de particulares (art. 19.2), hemos señalado que, en realidad, ello sólo se produce si la revocación acordada no está acompañada de la indemnización correspondiente ³⁴.

IV. La presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de su ejecución

La consecuencia más importante de la eficacia de los actos administrativos es que los mismos adquieren una presunción de legitimidad, veracidad y legalidad. Esto significa que los actos administrativos válidos y eficaces son de obligatorio

Freddy M. Rojas), *Revista de Derecho Público*, núm. 23, Caracas, 1985, pp. 143-148; y de 9 de marzo de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 118-119; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 11 de julio de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 24, Caracas, 1985, p. 126.

³⁴ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 68.

cumplimiento tanto para la propia Administración como para los particulares, lo que implica que sus efectos se cumplen de inmediato, no suspendiéndose por el hecho de que contra los mismos se intenten recursos administrativos o jurisdiccionales de nulidad.

Por supuesto, esta presunción de legitimidad no surge cuando los actos administrativos están viciados de nulidad absoluta, en cuyo caso no pueden ser ejecutados, tal como lo señala expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 169).

La presunción de legalidad y legitimidad implica, por tanto, por una parte, que los actos administrativos son obligatorios desde el momento en que surten efectos; y por la otra, que los recursos que se ejerzan contra los mismos no tienen efectos suspensivos. Además, tratándose de una presunción *juris tantum*, implica que la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción, corresponde en principio, al recurrente interesado.

En la legislación española y latinoamericana sobre procedimientos administrativos, estos principios se han recogido en texto expreso y una muestra de ello es el artículo 12 de la Ley de Procedimientos administrativos de Argentina que establece:

«El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propias medidas, a menos que la Ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.»

Ahora bien, en materia de ejecución de los actos administrativos, debe distinguirse el carácter ejecutivo de los mismos, la «ejecutividad» en la terminología de lengua española, de la posibilidad misma de su ejecución por la propia Administración, denominada la «ejecutoriedad» en la terminología de lengua española ³⁵.

³⁵ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, «Aspectos de la ejecutividad y de la

En el mundo del derecho hispanoamericano, la ejecutividad de los actos administrativos significa que éstos tienen «carácter ejecutivo», es decir, que son por sí mismos ejecutables y que pueden ser ejecutados de inmediato, sin que para ello el derecho tenga que ser declarado por autoridad judicial alguna. La «ejecutoriedad», en cambio, es la propiedad de los actos administrativos conforme a la cual la Administración misma, por sus propios medios, puede ejecutarlos incluso forzosamente, como lo establece el Código Contencioso Administrativo de Colombia al referirse al «carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos» (art. 64).

1. LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En efecto, salvo norma expresa en contrario, los actos que queden firmes al concluir un procedimiento administrativo tienen carácter ejecutivo, es decir, son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda de inmediato ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento ³⁶.

De acuerdo a este principio de la ejecutividad, por tanto, cuando la Administración dicta un acto administrativo, declara por sí misma el derecho mediante esos actos unilaterales, que crean directamente derechos y obligaciones y tienen en sí mismos fuerza de títulos ejecutivos. La ejecutividad de los actos administrativos, en definitiva, significa que éstos, al dictarse, son ejecutables porque tienen carácter ejecutivo. Esta característica es la que se ha denominado muy ambiguamente en el derecho francés al hablarse del acto administrativo como *décision exécutoire*, en el sentido de que ocasiona por sí misma una modificación de las situaciones jurídicas ³⁷. Tal como lo ha resumido P. DELVOLVÉ, «El carácter ejecutorio de

ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio "solve et repete"» en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 1, 1976, pp. 97 ss.

³⁶ Art. 64, CCA Colombia.

³⁷ Vid. P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 23-25 y 209.

la decisión tiene un doble aspecto: la decisión es ejecutoria, a la vez, en cuanto a que ordena la ejecución obligando a sus destinatarios a conformarse con ella, y en cuanto a que ella comporta en sí misma la ejecución, conllevando ella misma, desde su adopción, el resultado que ella ordena ³⁸.

Este sentido de la expresión *décision exécutoire*, noción referida al carácter ejecutivo de la decisión administrativa y sin hacer en este estadio referencia alguna a los medios y formas de ejecución, es el que se ha precisado en la jurisprudencia francesa más reciente ³⁹, conforme a la cual ella se refiere al carácter obligatorio del acto administrativo, para subrayar que el propósito de la decisión administrativa es el de imponerse inmediatamente a los administrados sea cual fuere su contenido. Es lo que se ha denominado también tradicionalmente el *privilège du préalable* que permite a la autoridad administrativa tomar medidas que se imponen previamente a toda intervención de un juez: como consecuencia, los interesados están obligados a someterse inmediatamente a la misma, de manera que para librarse de ella deben dirigirse posteriormente a un juez ⁴⁰.

Esta es la fórmula que recoge el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, al prescribir que:

«Los actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán de inmediato».

Precisamente, es esta posibilidad de ejecución de inmediato de los actos administrativos, en el sentido de que para ser ejecutados, se bastan a sí mismos y no requieren de la in-

³⁸ *Idem*, p. 25.

³⁹ Es el sentido establecido por el Consejo de Estado en el *arrêt Huglo* du 2 juillet 1982, al considerar que «le caractère exécutoire d'une décision administrative est la règle fondamentale du droit public». *Rec.* p. 258, *cit.*, por P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 28.

tervención de ninguna otra autoridad, la que configura esta primera característica de la «ejecutividad» de los actos administrativos, que la legislación española resume al indicar que los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán «inmediatamente ejecutivos»⁴¹. Como señalamos, esta ejecutividad de los actos administrativos, consecuencia directa de su presunción de legitimidad, implica como principio que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra los mismos se intenten los recursos contencioso-administrativos.

En vía contencioso administrativa, sin embargo, conforme a la tradición de la jurisprudencia francesa, relativa al denominado *sursis à exécution*⁴², el juez puede suspender la ejecución de los actos administrativos recurridos, cuando su ejecución pueda causar un gravamen grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, en caso de anularse el acto impugnado⁴³.

En materia de interposición de recursos administrativos, la situación legislativa en España y América Latina, sin embargo, no es totalmente uniforme. El principio puede decirse que también es el de los efectos no suspensivos de los recursos, salvo disposición legal en contrario⁴⁴, pudiendo en todo caso, la autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, suspender la ejecución del acto administrativo cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o di-

⁴¹ Arts. 44 y 101 LPA y art. 33 LRJAE, España.

⁴² CE 12 nov. 1938, *arrêt Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions*, Rec 840. Vid. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 261 ss.

⁴³ Vid. por ejemplo, en el derecho español, el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dispone: «1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. 2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». En sentido similar, art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

⁴⁴ Art. 34 REJAE España; art. 116 LPA España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 148 LGAP Costa Rica.

fácil reparación, o cuando se fundamente el recurso en vicios de nulidad absoluta ⁴⁵.

Sin embargo, en otras legislaciones, como el Código Contencioso Administrativo de Colombia, se establece en forma general el principio contrario, en el sentido de que «los recursos se concederán en el efecto suspensivo» (art. 55).

En todo caso, y aún en presencia del principio general, mediante previsión de ley expresa la interposición de un recurso puede significar la suspensión de efectos de los actos administrativos ⁴⁶, en cuyo caso como lo postula la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, la Administración debe abstenerse:

«de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél o que, habiéndose resuelto, no hubiese sido notificado» (art. 9.b).

2. LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ahora bien, la «ejecutividad» de los actos administrativos derivada del carácter ejecutivo de los mismos, se distingue en el derecho administrativo español y latinoamericano, de la «ejecutoriedad» de los actos, refiriéndose esta segunda característica a la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar, por sus propios medios, e incluso, en forma forzosa, sus actos administrativos, con facultad, incluso de ser necesario de recurrir a la fuerza pública.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en este sentido establece el principio al prescribir que:

«La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos

⁴⁵ Art. 116 LPA España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 12 LPA Argentina; art. 148 LGAP Costa Rica.

⁴⁶ Es el principio general en Venezuela, por ejemplo, en materia tributaria. *Vid.* el Código Orgánico Tributario, art. 178.

o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar» (art. 146.1).

Sin embargo, es evidente que en muchos casos la legislación establece expresamente supuestos en los cuales la ejecución del acto administrativo requiere de intervención judicial. Sin embargo, si la ejecución judicial no está expresamente prevista, el principio es el de la posibilidad para la Administración de ejecutar sus propias decisiones.

Así está prescrito, como principio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, al establecer que:

«la ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial» (art. 79).

El privilegio de ejecución de oficio en España y en América Latina, entonces, no es tan excepcional como resulta en Francia de la doctrina establecida en las conclusiones del Comisario del Gobierno ROMIEU al *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*, (Rec. 713)⁴⁷, pues, en general, han sido las propias leyes de Procedimiento Administrativo, las que lo han previsto.

Por supuesto, debe advertirse que en todo caso las legislaciones exigen que para que la Administración inicie actuaciones materiales que menoscaben, limiten o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, previamente debe haberse adoptado la decisión que les sirva de fundamento⁴⁸. De allí que se obligue a los órganos que ordenen actos de ejecución material, al comunicar por escrito al interesado,

⁴⁷ Vid. en LONG, WEIL y BRABANT, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Vid. G. ISAAC, quien afirma en general que en el derecho francés, «l'exécution des actes administratifs, comme des lois, est affaire de justice et non affaire administrative, dès qu'elle n'est pas volontaire, dès qu'elle devient contentieuse», *op. cit.*, p. 171.

⁴⁸ Art. 100.1 LPA España; art. 78 LOPA Venezuela.

el acto administrativo que autorice la actuación administrativa⁴⁹. De ello deriva el principio de que toda la actuación material que no esté precedida de un acto administrativo válido y eficaz, puede considerarse como una vía de hecho⁵⁰.

Ahora bien, algunas leyes hispanoamericanas establecen diversos supuestos de ejecución forzosa de los actos administrativos exigiéndose que, en forma previa, se conmine o intime al interesado a la ejecución voluntaria es decir, que haya una puesta en mora con carácter previo⁵¹. Estos supuestos de ejecución forzosa son los siguientes:

En primer lugar, ejecución por constreñimiento sobre el patrimonio mediante multas. En este sentido, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, si se trata de actos de ejecución personalísima y el obligado se resiste a cumplirlo, la Administración le puede imponer multas sucesivas por los montos legalmente prescritos. Mientras permanezca en rebeldía y, en caso de que persista en el incumplimiento, se le pueden imponer nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieren aplicado, concediéndosele un plazo razonable para que cumpla lo ordenado (art. 80.2)⁵². Es, en definitiva, el sistema de ejecución de los actos administrativos apoyado por sanciones, establecido en el derecho francés⁵³.

Debe destacarse, por otra parte, que en otras legislaciones como la española, la Ley de Procedimientos Administrativos prevé expresamente el principio de la ejecución forzosa de los actos administrativos que impongan a los administrados una obligación personalísima de no hacer o soportar, mediante compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y siempre con la garantía del debido respeto a la dignidad de la persona humana y

⁴⁹ Art. 100.2 LPA España.

⁵⁰ Sobre la *voie de fait* vid. el *arrêt* del Tribunal des Conflicts du 8 avr. 1935, *Action Française*, *Rec.* 1226, en LONG, WEIL et BRAIBANT, *op. cit.*, pp. 230 ss. Vid. art. 9.º LPA Argentina.

⁵¹ Art. 102 LPA España; art. 150.1 LGAP Costa Rica.

⁵² En sentido similar, art. 65 CCA, Colombia y art. 107 LPA España.

⁵³ Vid. P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 262 ss.

a los derechos y garantías constitucionales (art. 108.1). En cambio, si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y exacción se puede proceder en vía administrativa (art. 108.2) ⁵⁴.

En segundo lugar, cuando se trate de actos que por no ser personalísimos son susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 80.1), la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (art. 149.1.c), y el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 65), autorizan a la Administración a proceder a la ejecución, bien por sus propios órganos o por la persona que designen, a costa del obligado. Es la denominada «ejecución subsidiaria» en la Ley de Procedimientos Administrativos de España (art. 106).

En tercer lugar, deben destacarse los supuestos de ejecución de obligaciones de dar cantidades de dinero, respecto de los cuales la Ley española de Procedimientos Administrativos (art. 105) y la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (art. 149.1.a) prevén la ejecución forzosa en vía administrativa mediante apremio sobre el patrimonio, exigiéndose, sin embargo, la necesaria intervención de un juez para autorizar la entrada en el domicilio de los deudores ⁵⁵ y excluyéndose expresamente la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de la Administración ⁵⁶.

V. La duración de los efectos de los actos administrativos

Por último, debe señalarse que fuera de los supuestos de suspensión de efectos por decisión administrativa o jurisdiccional, o de cumplimiento de una condición resolutoria, algunas legislaciones prevén expresamente supuestos de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos por el trans-

⁵⁴ En sentido similar, art. 149.1.c LGAP Costa Rica.

⁵⁵ Vid. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, p. 622.

⁵⁶ Art. 103 LPA España.

curso de un lapso de cinco años de estar firmes, cuando en ese período la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. Así lo establece el Código Contencioso Administrativo de Colombia (art. 66) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, la cual califica la institución como «prescripción» (art. 70). En el sistema francés, en cambio, el principio es que la decisión se aplica sin límite de duración ⁵⁷.

⁵⁷ Vid. J. RIVERO, *op. cit.*, p. 130.

TERCERA PARTE

**LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y LAS GARANTIAS
DE LOS ADMINISTRADOS**

Hemos señalado que las leyes de Procedimiento Administrativo de España y América Latina, aún conservando muchas de ellas la denominación tradicional comprenden, como lo advierte la Exposición de Motivos de la Ley española, «además del procedimiento administrativo en sentido estricto, el régimen jurídico de los actos administrativos, así como otros aspectos de la acción administrativa que con él guardan relación»¹. Por ello al estudiar los principios del procedimiento administrativo en España y América Latina, hemos comenzado por hacer referencia en primer lugar, a la contribución de su codificación al afianzamiento del principio de la legalidad y en segundo lugar, al régimen de los actos administrativos.

Corresponde ahora, además, analizar los aspectos más relevantes del procedimiento administrativo en sentido estricto, tal como está regulado en dichas leyes, para lo cual partimos de la consideración del procedimiento administrativo, como lo ha definido el Tribunal Supremo de España, «como una combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí con la finalidad de conseguir una acertada o válida decisión». Esta finalidad «permite sostener, a efectos procedimentales, que los actos o eslabones en que cabe dividir o fragmentar el procedimiento pueden clasificarse en esenciales o no esenciales; de forma que un acto esencial viciado rompe o puede romper la conexión entre los diferentes actos o eslabones existentes en un procedimiento y quebrar con ello la unidad de efectos jurídicos, que es nota esencial de todo procedimiento»².

¹ Vid. en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1977, pp. 55 y 96.

² Sentencia de 8 de noviembre de 1974 cit. por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 69.

Ahora bien, es evidente que la regulación del procedimiento administrativo considerado como esa combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados casualmente entre sí, tiene un triple motivo y una consecuencia general. La consecuencia es que la regulación del procedimiento administrativo, tanto en la jurisprudencia como legislativamente, ha sido uno de los aspectos que más han contribuido en el mundo contemporáneo al afianzamiento del principio de la legalidad, y al sometimiento al derecho por parte de la Administración. En cuanto a los motivos que han existido para el establecimiento de su régimen jurídico legislativo, como lo ha señalado Guy ISAAC³ están, en primer lugar, la protección del interés general; en segundo lugar, el interés de la propia Administración, y por último, el interés de los administrados.

La regulación del procedimiento administrativo, en efecto, en primer lugar busca proteger el interés general cuya consecución condiciona siempre la actuación administrativa, en el sentido de que sus reglas persiguen, en muchos casos, asegurar que las decisiones que se adopten estén tomadas en la orientación del interés general. Así, todos los mecanismos procedimentales establecidos para asegurar la participación de los administrados y de las organizaciones privadas representativas de intereses colectivos, por ejemplo, en la configuración de una decisión administrativa; y todos los mecanismos de consultas prescritos antes de la toma de decisiones, tienden a asegurar que éstas estén en la medida de lo posible, acordes con el interés general de la colectividad. Por ello, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de España, con carácter general establece en el «procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general», que:

«siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la organización sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en un

³ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 175 ss.

término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto» (art. 130.4).

Igualmente, la misma Ley prescribe que cuando «la naturaleza de la disposición lo aconseje, el proyecto de decisión deberá ser sometido a información pública durante el plazo que en cada caso se señale» (art. 130.5).

Pero, en segundo lugar, la regulación del procedimiento administrativo también está motivada por el interés de la propia Administración, como organización, con vista a lograr una mayor eficacia y racionalización de la actividad administrativa. Así, la simplificación, normalización y unificación de la actividad de la Administración, en muchos casos, ha sido uno de los motivos fundamentales de la codificación del procedimiento administrativo. En este sentido, por ejemplo, deben destacarse los principios establecidos en la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 30) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 32) en cuanto al manejo de los documentos y expedientes administrativos, los cuales deben ser objeto de normalización y uniformización, de manera que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características y formato. Además, agrega la Ley española que «se racionalizarán los trabajos burocráticos y se efectuarán por medio de máquinas adecuadas, con vistas a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos» (art. 30.2) ⁴.

En el mismo orden de ideas, se prevé que en los casos en los cuales la Administración deba resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, se debe establecer un procedimiento sumario de gestión mediante formularios, impresos u otros medios que permitan el rápido despacho de los asuntos, pudiendo incluso utilizar, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las decisiones, cualquier medio mecánico de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados ⁵.

⁴ En igual sentido, art. 31 LOPA Venezuela.

⁵ Art. 38 LPA España; art. 35 LOPA Venezuela.

Pero además de la protección del interés general y del interés de la Administración, en tercer lugar, la regulación del procedimiento administrativo se ha establecido, básicamente, en interés de los administrados en sus relaciones con la Administración, o más propiamente, para proteger los derechos e intereses de los particulares frente a las actuaciones administrativas y particularmente frente a los medios de acción unilaterales de la Administración.

Precisamente por la regulación del procedimiento administrativo, entonces, el derecho administrativo, de ser un derecho destinado a regular a la Administración, su organización y funcionamiento, ha pasado a ser un derecho destinado a regular esencialmente las relaciones entre la Administración y los administrados, con particular énfasis en la protección y garantía de los derechos de estos últimos. Como consecuencia de ello, el balance tradicional de nuestra disciplina entre los dos extremos que históricamente la han condicionado: por una parte, prerrogativas de la Administración, y por la otra, derechos e intereses de los administrados, sin duda, comienza a aparecer inclinado a favor de estos últimos, y en ello, sin duda, ha jugado un rol fundamental el procedimiento administrativo, concebido para asegurar a los particulares un *due process of law* por parte de la Administración, cuando entran en relación con ella, lo que sucede cotidianamente.

Nuestro interés, en esta tercera parte de nuestro estudio sobre los principios del procedimiento administrativo en España y en los países de América Latina, es precisamente estudiar este tercer aspecto de la motivación de la codificación del procedimiento administrativo, lo cual haremos analizando, en primer lugar, los principios del procedimiento administrativo en interés de los administrados, y en segundo lugar, el régimen del derecho a la defensa de los administrados frente a la Administración, lo que configura, quizá, el aspecto de mayor importancia en la codificación del procedimiento administrativo.

CAPITULO I

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, como manifestación del afianzamiento del principio de la legalidad, ha sido elaborada teniendo en cuenta, básicamente, la debida protección de los administrados, en el sentido de que si bien las leyes han prescrito normas y fases procedimentales que deben guiar la actuación de la Administración, ello se ha hecho con miras a establecer garantías jurídicas de los administrados frente a la Administración.

Estas regulaciones han estado condicionadas por una serie de principios, a los cuales queremos referirnos y que inciden en el comienzo del procedimiento; en su instrucción y sustanciación y en la decisión del mismo.

Analizaremos separadamente esos principios.

I. Principios relativos a la iniciativa y comienzo del procedimiento

1. EL DERECHO DE PETICIÓN

Conforme a la más clásica tradición en materia de declaración de derechos, la Constitución de Venezuela establece como uno de los derechos individuales, el derecho de petición, al prescribir en su artículo 67 lo siguiente:

«Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.»

Un principio similar está prescrito en casi todas las Constituciones modernas, partiendo del principio establecido en la

Enmienda núm. 1 a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1789.

El procedimiento administrativo legalmente regulado, en consecuencia, tiene por objeto, ante todo, garantizar tanto el derecho de peticionar ante la Administración Pública, como el de obtener de las autoridades administrativas la oportuna respuesta a dichas peticiones. Por ello, incluso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela reitera la declaración constitucional, precisando el derecho de petición administrativo, así:

«Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.»

Este principio lo recogen expresamente las leyes de Procedimiento Administrativo (art. 70.1) y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 39) de España, y el Código Contencioso Administrativo de Colombia (arts. 5 a 24).

Por supuesto, la regulación del derecho de petición en las leyes de procedimiento administrativo trae variadas consecuencias formales.

En primer lugar, tratándose de peticiones administrativas, las leyes de procedimiento administrativo distinguen las simples peticiones de información o consulta, de las peticiones tendentes, por ejemplo, a lograr una decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, las leyes exigen una legitimación concreta para poder introducir peticiones, que corresponde a los «interesados»¹, es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto².

En segundo lugar, al regularse el derecho de petición, las leyes prescriben la forma de las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identifi-

¹ Vid. art. 67 LPA; art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

² Vid. art. 22 LOPA Venezuela.

cación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición ³.

En tercer lugar, tratándose de peticiones o solicitudes de los interesados, las leyes de procedimiento administrativo generalmente establecen regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos ⁴, a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Esto tiene importancia procesal, por la obligación que las leyes imponen a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones, al momento de decidir sobre las mismas y evitar así favoritismos ⁵.

En cuarto lugar, las leyes de procedimientos administrativos, al regular las peticiones como derecho de los administrados, también establecen el derecho de éstos de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho ⁶. En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención, cuando éste se paraliza por un lapso de tiempo (2 meses en la Ley venezolana, por ejemplo) por causas imputables al interesado, contado a partir de la notificación que le haga la Administración ⁷. Sin embargo, prescriben las leyes que, no obstante el desistimiento o perención, la Administración puede continuar la tramitación de procedimientos, si razones de interés público lo justifican ⁸.

En quinto lugar, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo reafirman la obligación de la Administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones ⁹, prescribiendo además plazos para las decisiones. Así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos

³ Vid. art. 285 LGAP Costa Rica; art. 49 LOPA Venezuela; art. 5.º CCA Colombia; art. 69.1 LPA España.

⁴ Arts. 65-66 LPA España; arts. 44-46 LOPA Venezuela.

⁵ Art. 74.2 LPA España; art. 296 LGAP Costa Rica.

⁶ Art. 96.1 LPA España; art. 63 LOPA Venezuela.

⁷ Art. 64 LOPA Venezuela; art. 99 LPA España.

⁸ Art. 98.1 LPA España; art. 66 LOPA Venezuela; art. 8.º CCA Colombia.

⁹ Art. 31 CCA Colombia.

de Venezuela establece los lapsos según los tipos de procedimiento: Si se trata de procedimientos simples, que no requieren sustanciación, la Administración está obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la Ley establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidad de prórroga de 2 meses ¹⁰.

Por último, en sexto lugar, la consecuencia de la regulación del derecho de petición y del derecho de obtener oportuna respuesta es la declaración formal en las leyes de procedimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento ¹¹.

2. LA INICIACIÓN DE OFICIO

Pero, por supuesto, no todos los procedimientos administrativos se inician a instancia de los interesados, con base en el ejercicio del derecho de petición, sino que también es frecuente el inicio de los procedimientos, de oficio, por iniciativa de la propia Administración. De allí que en general, todas las leyes de procedimientos administrativos establecen que «El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada» ¹².

En el supuesto de la iniciación de oficio de los procedimientos, por ejemplo, la Ley española de Procedimiento Administrativo exige una decisión formal del órgano competente, sea por propia iniciativa, sea como consecuencia de orden de un órgano superior, e incluso, por requerimiento de los subordinados o por denuncia (art. 68).

¹⁰ Arts. 3.º, 5.º y 60 LOPA Venezuela.

¹¹ Arts. 3.º, 100 y 101 LOPA Venezuela.

¹² Art. 67 LPA España; art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

3. LA INICIATIVA DEL COMIENZO DEL PROCEDIMIENTO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS

En todo caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos. Generalmente, las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulte de su desarrollo; sin embargo, de ella dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio.

En efecto, conforme a la tipología difundida por Massimo SEVERO GIANNINI¹³ de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los «ablatorios», los concesorios y los autorizatorios.

Los procedimientos declarativos son los que tienen por resultado actos que otorgan certeza de hechos jurídicos relevantes, y consisten en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos que concluyen en actos de registro, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos o aeronaves, etc., son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas. Estos procedimientos declarativos, en general, requieren para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales, donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En segundo lugar, están los procedimientos «ablatorios», denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino «*ablatio*», que denota la acción de quitar, cortar,

¹³ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, pp. 285 ss.; *vid.*, los comentarios de Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, pp. 61 ss.

eliminar. Estos procedimientos tienen por objeto eliminar o restringir los derechos individuales, por lo que generalmente, se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (decomiso) o el patrimonio de una persona (multa).

En tercer lugar, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad. Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre la instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en cuarto lugar deben mencionarse los procedimientos autorizatorios, que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los particulares, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

II. Principios relativos al «*iter*» procedimental

Ahora bien, el procedimiento administrativo, en general, está regulado en las leyes de procedimiento administrativo de manera tal que se pueden distinguir tres etapas claras en el mismo: en primer lugar, su comienzo; en segundo lugar, el *iter* procedimental que abarca fundamentalmente las formalidades de instrucción; y en tercer lugar, las formalidades relativas a la decisión.

En cuanto al *iter* procedimental, en él pueden identificar-

se varios principios que lo regulan. Ante todo, el informalismo de las formalidades, de manera que el procedimiento no se convierta en un atentado contra los derechos de los administrados. Además, los principios relativos a la celeridad y economía procesal; al carácter inquisitorio de la instrucción; al carácter contradictorio del procedimiento; a la imparcialidad que debe guiarlo y a la publicidad de la acción administrativa.

1. EL INFORMALISMO DE LAS FORMALIDADES

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, es evidente, como lo ha observado Guy ISAAC, que si el procedimiento administrativo «se devait transformer en un formalisme pointilleux et étroit conduisant à une Administration tatillonne, la procédure administrative se retournerait en définitive contre les citoyens, au lieu de constituer, à leur profit, une garantie»¹⁴. De allí el principio del carácter no formalista del procedimiento administrativo o del informalismo de las formalidades en relación a los administrados.

En este sentido, la Ley argentina de Procedimiento Administrativo prescribe que las normas de procedimiento que establece deben ajustarse al requisito del «informalismo», en el sentido de que debe «excusarse la inobservancia por los in-

¹⁴ G. ISAAC, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287.

interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente» (art. 1.c).

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece:

«En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado, siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (art. 23).

Por ello, además, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo «deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados». Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que «el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas» (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas¹⁵.

Además, si después de presentada la petición, la Administración observare que en la solicitud o escrito faltan cualesquiera de los requisitos exigidos en las leyes, el funcionario está obligado a notificar al interesado comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en un plazo determinado (10 días generalmente) proceda a subsanarlos. Incluso se prevé, en estos casos, que si la Administración objeta

¹⁵ Art. 45 LOPA Venezuela; art. 11 CCA Colombia.

las correcciones, el interesado puede interponer un recurso jerárquico contra la decisión ¹⁶.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA CELERIDAD, ECONOMÍA Y EFICACIA

Además de la informalidad de las formalidades que como principio se establece en beneficio de los derechos de los administrados, las leyes de procedimiento administrativo, en general, también han previsto como principios que han de guiar el *iter procedimental*, los de la economía, celeridad y eficacia.

La Ley argentina de Procedimiento Administrativo, en este sentido, prescribe como principio general para la aplicación de las normas de procedimiento la «celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites» (art. 1.b); al igual que la Ley venezolana (art. 30); la Ley de Costa Rica (art. 225) y la ley española (art. 29). El Código Contencioso administrativo de Colombia, sin embargo, va más lejos y define estos «principios orientadores» en la siguiente forma (art. 2):

«En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimientos se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.»

¹⁶ Art. 50 LOPA Venezuela; art. 71 LPA España; art. 12 CCA Colombia; art. 287 LGAP Costa Rica.

De estos principios deriva otro principio fundamental del procedimiento administrativo, que es el carácter inquisitivo de la instrucción.

3. EL PRINCIPIO INQUISITIVO

En efecto, el procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, razón por la cual, el principio fundamental que lo rige, de acuerdo a lo que declara la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, es la «impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones» (art. 1.a).

Por tanto, el procedimiento administrativo, en principio, se debe «impulsar de oficio en todos sus trámites»¹⁷, estando por tanto la Administración obligada a adelantar la tramitación. Por ello, la Ley española de Procedimiento Administrativo establece que, los funcionarios respectivos son responsables de adoptar las medidas oportunas para que el procedimiento no sufra retraso, con la obligación de proponer lo conveniente para eliminar toda anormalidad en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público (art. 76).

El derivado fundamental del principio inquisitivo, es que la Administración está obligada a probar los hechos, correspondiéndole la carga de la prueba. Por ello, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica prescribe expresamente que:

«En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes, y aún en contra de la voluntad de estas últimas» (art. 221).

La consecuencia de esta obligación de impulsar el procedimiento y de la declaración expresa de la responsabilidad de

¹⁷ Art. 74.1 LPA España; art. 22 Decreto 640 Uruguay.

los funcionarios por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de los trámites y formalidades ¹⁸, es el derecho a favor de los administrados, de poder formular un recurso de queja contra el funcionario responsable por ante el superior jerárquico, a los efectos de la aplicación de sanciones. Por supuesto, la interposición del recurso de queja no paraliza el procedimiento ni obstaculiza la posibilidad de que las fallas sean subsanadas ¹⁹.

4. EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO Y LA NOCIÓN DE PARTE

Un cuarto principio general del procedimiento administrativo, es el principio de la contradicción que implica la necesidad de la confrontación de criterios entre la Administración y los administrados e incluso, en muchos casos, entre varios administrados, antes de que la Administración decida.

Como lo declara expresamente el Código colombiano de Contencioso-Administrativo:

«En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones por los medios legales» (art. 3).

Es cierto, como hemos señalado, que en principio, el procedimiento administrativo es un asunto de la propia Administración para la emisión de sus actos administrativos. Sin embargo, en virtud de que no siempre los intereses de la Administración y de los administrados son coincidentes y con frecuencia, incluso, los intereses de los administrados, entre sí, ante la Administración, son contrapuestos, las garantías jurídicas de aquellos ante ésta, exigen su participación efectiva en el procedimiento, para que expongan sus puntos de vista. Además, cuando sus derechos o intereses puedan resultar afectados por el acto administrativo, la contradicción es la ga-

¹⁸ Art. 3.º LOPA Venezuela.

¹⁹ Art. 77.1 LPA España; art. 3.º LOPA Venezuela.

rantía, en última instancia, para que ejerzan su derecho a la defensa.

Ahora bien, la consecuencia fundamental del principio contradictorio en materia de procedimiento administrativo es que en el mismo también existe la noción de parte. Así en la relación Administración-administrado o administrados, ambos extremos son parte en el procedimiento, considerándose parte también, todos los otros administrados que puedan resultar afectados por el acto administrativo.

Como lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica:

«Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole» (art. 275).

La noción de parte, por tanto, referida a los administrados se asimila a la de interesados (art. 22 LOPA Venezuela), y éstos, en definitiva, como lo precisa la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 23), son los siguientes:

En primer lugar, quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos; en segundo lugar, los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y en tercer lugar, aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por el acto administrativo y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva²⁰.

En las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina, la figura del interesado, como parte, es objeto de regulaciones precisas, particularmente en cuanto a la capacidad y representación. En relación a la capacidad, las leyes remiten en general a lo establecido en la legislación ci-

²⁰ En igual sentido art. 23 LOPA Venezuela.

vil ²¹, salvo disposición legal en contrario, es decir, salvo que por Ley especial se establezcan en una determinada relación jurídico-administrativa, causas condicionadoras de la capacidad jurídica, por ejemplo, en base a la nacionalidad, la residencia, el sexo, la edad, e incluso, la condición social.

Respecto de la representación, en algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo remiten a los requisitos del derecho común ²²; en otros, establecen principios menos formalistas que los establecidos en materia civil o procesal civil. En Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que en todos los casos en que no se requiera la comparecencia personal del interesado, los administrados se pueden hacer representar mediante simple designación en la petición o recurso ante la Administración, sin perjuicio de que tal representación se pueda acreditar también mediante documento autenticado (arts. 25 y 26). En otros casos, como en la Ley española de Procedimiento Administrativo, el documento autenticado es requisito indispensable para formular reclamaciones, desistir de instancias y renunciar a derechos en nombre de otra persona (art. 24).

Por último, en relación a la noción de parte en el procedimiento administrativo, en algunas leyes, como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se regula la figura del coadyuvante administrativo, referida a aquellos que sólo están indirectamente interesados en el acto final o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la cual coadyuva (art. 226). En estos casos, el coadyuvante lo puede ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte (art. 227), y no podrá pedir nada para sí ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva. Puede, sin embargo, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos y medios procedimen-

²¹ Art. 22 LPA España; art. 282 LGAP Costa Rica; art. 24 LOPA Venezuela.

²² Por ejemplo, art. 282 LGAP Costa Rica.

tales para hacer valer su interés excepto en lo que perjudique al coadyuvado (art. 278).

5. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD Y EL SECRETO ADMINISTRATIVO

Uno de los grandes retos del Estado de derecho en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. La sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa. En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre no sólo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, secreto y Administración ineficiente constituyen un binomio históricamente inseparable.

El problema del secreto administrativo, en todo caso, se ha venido enfrentando con carácter general, mediante leyes destinadas a asegurar el derecho de todos a la información, y el acceso público a los documentos oficiales. Es el caso de la Ley núm. 78-753 del 17 de julio de 1978 dictada en Francia inspirada en la Ley sobre la Libertad de Información de los Estados Unidos de 1966 ²³, la cual a pesar de no significar el

²³ Vid. Donald C. ROWAT, «Las nuevas y proyectadas leyes sobre el acceso público a los documentos oficiales», *Revista de Derecho Público*, núm. 9, Caracas, 1982, p. 73.

fin del secreto, como lo observa Guy BRAIBANT, puede considerarse como el comienzo del fin ²⁴.

Con excepción de Colombia, donde se ha dictado una importante Ley 57 de 5-7-85 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales ²⁵, en general, en los otros países latinoamericanos no se han dictado Leyes de este tipo. Aún en los regímenes democráticos, la práctica continúa siendo el secreto o la reserva ²⁶, quedando además en manos de la Administración el calificar de reservado determinados archivos. En materia específica del procedimiento administrativo, sin embargo, comienza a regularse el principio expreso de la publicidad del procedimiento, específicamente para las partes o interesados, lo que es un gran avance.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, así, establece el principio general de que los interesados y sus representantes, tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente correspondiente, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo, así como de pedir certificación de cualquier documento (art. 59) ²⁷.

Se establece, sin embargo, la excepción, en el sentido de que se exceptúan de este derecho de acceso, los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben entonces ser archivados en cuerpos separados del expediente.

En sentido similar, pero en forma más amplia, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que:

«No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conoci-

²⁴ Guy BRAIBANT, «Droit d'accès et droit à l'information», *Service Public et Libertés*, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, París, 1981, p. 709.

²⁵ La cual, además, garantiza el acceso ciudadano a los documentos (arts. 12 y sigts.), pero sin dejar de establecer el principio de la reserva de documentos (art. 21).

²⁶ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 116.

²⁷ En igual sentido art. 272 LGAP Costa Rica; art. 62 LPA España.

miento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte, o en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente»²⁸.

Sin embargo, frente a estas normas reguladoras de áreas secretas o reservadas de los expedientes administrativos, tanto la Ley costarricense como la Ley venezolana, exigen que la calificación como confidencial se haga mediante acto motivado, con lo cual el tradicional poder discrecional en la materia, queda limitado. Además, el acto que se dicte puede ser objeto de recursos administrativos o contencioso administrativos²⁹.

6. EL PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD

Por último, dentro de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo está el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que lo motiva.

A los efectos de garantizar la imparcialidad de la Administración, y conforme a la orientación de los principios que rigen la materia en el procedimiento judicial³⁰, las leyes de

²⁸ Art. 273.1. Es de destacar que la Ley costarricense presume que tienen la condición de reservados, salvo prueba en contrario, «los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos» (art. 273.2).

²⁹ Art. 274 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela. En igual sentido, la Ley 57 de 1985 de Colombia (art. 21).

³⁰ Por ejemplo, el art. 6.º LPA Argentina, el art. 30 CCA Colombia, y el art. 230 LGAP Costa Rica remiten en la materia, a las regulaciones de los Códigos de Procedimiento Civil o del Poder Judicial.

procedimiento administrativo han establecido, por una parte, el deber general de los funcionarios cuya imparcialidad podría quedar comprometida, de abstenerse de intervenir en el procedimiento; y por la otra, en algunos casos, el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios en caso de estar incurso en supuestos de parcialidad.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 36), siguiendo los principios de la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 20), establece la obligación de los funcionarios públicos de inhibirse o abstenerse del conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:

1. Cuando personalmente o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento. Es la aplicación concreta, en materia administrativa, del principio *nemo iudex in causa sua* conforme al cual el funcionario público no debe intervenir en procedimientos en los cuales tenga interés. La Ley española agrega, en este supuesto de inhibición, cuando el funcionario sea administrador de sociedad o entidad interesada (art. 20.2.a); o tenga parentesco con cualquiera de los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento (art. 20.2.b).

2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento. En este contexto, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega como causal en este supuesto, al haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado (art. 30.1).

3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo, que hu-

bieran resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

4. Cuando tuvieran relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto. En este campo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega el supuesto de que el funcionario haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que ocupa o cuando lo haya designado como referencia con el mismo fin (art. 30.2).

La inhibición, en estos casos, debe plantearse por el funcionario respectivo ante el superior jerárquico o puede éste formularla de oficio ³¹, y si la inhibición procediere, el superior jerárquico debe indicar el funcionario que ha de conocer el asunto ³².

Las leyes de procedimiento varían en cuanto a regular los efectos de la actuación del funcionario incurso en una causal de inhibición: la Ley General de Administración Pública de Costa Rica establece el principio de la invalidez (art. 237.3.b); en cambio, la Ley española prescribe que la actuación de los funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos que hayan intervenido (art. 20.3). Sin embargo, la no abstención en los casos en que proceda, da lugar a responsabilidad del funcionario ³³.

Las legislaciones de procedimiento administrativo, además de la abstención o inhibición, como deber del funcionario, consagran el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios que estén incursos en algunas de las causales señaladas, estableciendo un procedimiento sumario que ha de ser resuelto por el superior jerárquico ³⁴. En algunos casos, sin embargo, no se regula formalmente procedimiento para la re-

³¹ Art. 20.4 LPA España; art. 39 LOPA Venezuela; art. 30 CCA Colombia.

³² Art. 6.º LPA Argentina; art. 37 y 38 LOPA Venezuela; art. 231 LGAP Costa Rica.

³³ Art. 20.5 LPA España; art. 237.1 LGAP Costa Rica.

³⁴ Art. 21 LPA España; art. 6.º LPA Argentina; art. 236 LGAP Costa Rica.

cusación como un derecho de los interesados, sino un derecho de instar al superior jerárquico en la entidad donde curse un asunto, para que ordene a los funcionarios incursos en los supuestos de inhabilitación, se abstengan de toda intervención en el procedimiento ³⁵.

III. Principios relativos a la decisión

El objetivo final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. A tal efecto, iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tengan interés los administrados, la Administración está obligada a decidir, en otras palabras, la Administración no es libre de decidir. Esta obligación, por lo demás, es la contrapartida del derecho de petición que conlleva el derecho a obtener oportuna respuesta.

Esta obligación de decidir y los efectos del silencio administrativo los estudiaremos en primer lugar, reservando para analizar, en segundo lugar, otros principios relativos a las decisiones, en particular, el contenido de las mismas en relación a los asuntos planteados en el curso del procedimiento.

1. LA OBLIGACIÓN DE DECIDIR Y LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Como hemos señalado, sea o no producto del ejercicio de un derecho de petición, iniciado un procedimiento administrativo la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente. Por supuesto, si se trata de un procedimiento iniciado mediante el ejercicio del derecho de petición, éste, por ejemplo en la Constitución de Venezuela, conlleva también el derecho a obtener la oportuna respuesta (art. 67). Por eso la Ley Orgáni-

³⁵ Art. 39 LOPA Venezuela.

ca de Procedimientos Administrativos, exige de las autoridades administrativas el que «deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo» (art. 2) ³⁶.

En definitiva, por tanto, la Administración está obligada a decidir los procedimientos administrativos en que tengan interés los administrados, y ello debe hacerlo, en los lapsos establecidos en las leyes.

Sin embargo, es bien conocida la actitud tradicional de la Administración, en muchos casos, de simplemente no decidir determinados asuntos, lo que exigió del legislador, en regulaciones aisladas, por ejemplo en Francia, el establecer un efecto generalmente negativo o de rechazo al silencio de la Administración en un lapso de cuatro meses, configurándose una decisión implícita susceptible de recurso ante el Consejo de Estado ³⁷. Este principio legislativo llevó a la jurisprudencia constitucional a identificar un principio general del derecho con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a esa inacción administrativa. De allí el principio de que el silencio de la Administración, cuando ésta tiene legalmente prescrito un lapso para decidir, sea considerado como equivalente a una decisión implícita de rechazo, a los efectos de permitir al administrado acudir a la vía contencioso-administrativa. Así lo decidió el Consejo Constitucional en decisión del 16 de junio de 1969, al considerar que este «principio general del derecho» derivado de la regla según la cual *qui ne dit not refuse*, sólo podía ser derogado por una decisión legislativa, en el sentido de que en una disposición reglamentaria no podían establecerse supuestos de decisiones implícitas de otorgamiento ³⁸. Este principio, sin embargo, no ha sido aceptado en esta forma por el Consejo de Estado, el cual ha reconocido la validez de actos reglamentarios que pre-

³⁶ En igual sentido art. 70 LPA España; arts. 98 y 99 D 640 Uruguay.

³⁷ Pierre DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, París, 1983, p. 172.

³⁸ Vid. en Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, París, 1984, p. 213. Vid. la referencia en R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975, p. 124.

vén el otorgamiento tácito de un permiso de construir en caso de silencio de la Administración (CE Ass. 27 févr 1970, *Commune de Bosas*)³⁹.

Ahora bien, uno de los aspectos de mayor interés en la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina ha sido, precisamente, el establecimiento de reglas generales tendentes a garantizar la situación de los administrados frente al silencio de la Administración, entre las cuales están tanto el principio del silencio negativo como del silencio positivo, y la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa contra la carencia de la Administración.

A) *La garantía del silencio negativo*

El principio de los efectos negativos del silencio administrativo puede decirse que es el más generalizado y establecido en casi todas las legislaciones sobre procedimiento administrativo de Hispanoamérica. Un ejemplo de su formulación más general está en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que prescribe que:

«En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resuelve un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus funcionarios, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.»

Se trata, por tanto, de la consagración general de un valor negativo al transcurso del tiempo sin que haya decisión de la Administración, presumiéndose que al vencimiento del lapso legalmente prescrito para decidir, se ha producido una de-

³⁹ *Cit.* par L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, p. 215 et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 394.

cisión tácita denegatoria de lo solicitado o del recurso interpuesto.

De esta norma pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio.

En primer lugar, el silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones que, conforme al Código Contencioso Administrativo de Colombia, «transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa» (art. 40). En la Legislación española, al principio antes indicado se agrega la necesidad de que el interesado ponga en mora a la Administración y sólo después de tres meses de denunciada la mora es que «podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición» (art. 94.1). El mismo principio de la puesta en mora a la Administración, como condición para que surja decisión presunta derivada del silencio de la Administración, se establece en la legislación argentina (art. 10).

En segundo lugar, el silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio y que por tanto, no resultan del ejercicio del derecho de petición. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos. Por ejemplo, si un inmueble amenaza ruina y la Administración no resuelve el procedimiento iniciado de oficio para ordenar o no su demolición, los vecinos interesados podrían intentar los recursos respectivos ⁴⁰.

El tercer supuesto en el cual se produce el silencio tácito denegatorio, es en materia de ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la Administración en los lapsos prescritos, se presume que la Administración los ha declarado sin lugar, procediendo, enton-

⁴⁰ Vid. en Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 230.

ces, la posibilidad de ejercer, según los casos, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso-administrativo.

En esta materia, el Código Contencioso Administrativo de Colombia precisa que la ocurrencia del silencio administrativo negativo «implica la pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos» (art. 60); regla que no es necesariamente general en América Latina. En otros países, a pesar de haberse producido el acto derogatorio por silencio, e incluso, de haberse recurrido contra el acto tácito derivado del silencio, la Administración no pierde poder para decidir, como sucede en Venezuela ⁴¹.

En todo caso, y salvo el caso de Colombia, lo importante de las regulaciones legislativas relativas al silencio negativo, es que el principio de la decisión tácita se establece en beneficio exclusivo de los administrados, como garantía a sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

Por otra parte, se destaca también que la regulación de esta garantía no exime al funcionario de su obligación de decidir, quedando comprometida su responsabilidad por la demora en que incurra. Así lo regulan expresamente las legislaciones ⁴² y en particular lo expresa con toda claridad la Ley española de Procedimiento Administrativo, al señalar que «la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa»; agregando que «Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente» (art. 94.3).

⁴¹ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, p. 321.

⁴² Art. 4.º LOPA Venezuela; art. 239 LGAP Costa Rica.

B) *La garantía del silencio positivo*

El principio general en materia de consagración del silencio administrativo con efectos positivos, y salvo el caso de la Legislación de Costa Rica, es que debe ser establecido por ley especial, en cada caso. Así lo establece expresamente el Código Contencioso-Administrativo de Colombia (art. 41), y las Leyes de Procedimiento Administrativo de España (art. 95) y Argentina (art. 10). En otros países, como Venezuela, aún sin previsión en la Ley de Procedimientos Administrativos, en leyes especiales como la relativa a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística, se regula la figura del silencio positivo en materia de autorizaciones, aprobaciones y permisos ⁴³.

En contraste con el régimen del silencio positivo establecido sólo en leyes especiales, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en forma excepcional en el derecho comparado, ha consagrado con carácter general la figura del silencio administrativo positivo en los casos de procedimientos autorizatorios. El artículo 330 de dicha Ley, en efecto, establece que:

«1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.

2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.»

En la norma se establecen, en realidad, dos supuestos de silencio administrativo positivo: en primer lugar, en las relaciones interorgánicas, internas de la Administración, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que, como lo dice la legislación española (art. 95), con motivo del ejercicio de

⁴³ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983, pp. 66-67; Allan R. BREWER-CARÍAS y otros, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas, 1988; pp. 57 ss.; Humberto ROMERO MUCI, en *idem*, pp. 144 ss.

funciones de fiscalización y tutela, pongan en relación los órganos superiores con los inferiores dentro de una misma estructura jerárquica o en relación de descentralización funcional. A pesar de que la Ley de Costa Rica no lo precise como lo hace la ley española, entendemos que la figura del silencio positivo no puede darse, por ejemplo, respecto de las funciones de fiscalización y control que órganos constitucionales, como la Contraloría General de la República, realizan respecto de los órganos de la Administración Central o descentralizada.

El segundo supuesto del silencio administrativo positivo consagrado en forma general, se refiere a los casos de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones, es decir, en los procedimientos autorizatorios, que es precisamente donde las leyes especiales en otros países generalmente los regulan.

No regula, sin embargo, la Ley de Costa Rica, la forma práctica de eficacia del acto tácito positivo, lo cual sin embargo sí se precisa en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, al prescribir que «la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5.º (petición), junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto». En esta forma, la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así (art. 42).

En todo caso, tratándose de un acto administrativo tácito declarativo de derechos a favor de los interesados, el acto administrativo producto del silencio positivo es un acto irrevocable por la Administración ⁴⁴.

⁴⁴ Art. 331.2 LGAP Costa Rica; el art. 41 CCA Colombia, en cambio, establece diversos supuestos de revocación.

C) *La garantía contra la carencia administrativa*

Tanto la ficción jurídica del silencio negativo como del silencio positivo, sin duda, se han establecido en el ordenamiento jurídico como garantía de los derechos de los administrados, para que transcurrido un tiempo de inacción, puedan ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos correspondientes.

Sin embargo, sobre todo en el caso de silencio administrativo negativo en los casos de solicitudes o peticiones, particularmente en materia de procedimientos autorizatorios, es evidente que en la práctica, los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente rechazo. Al solicitante de un permiso o autorización para realizar una actividad, lo que le interesa obtener es el permiso y nada gana con presumir que se le niega. En este caso ¿cómo va a impugnar el acto tácito denegatorio por vía de recurso, si no hay motivo ni motivación? ¿Cuáles serían los motivos de impugnación?

En realidad, en los casos de abstención o negativa de la Administración a decidir, la verdadera garantía jurídica del administrado estaría en poder exigir al juez que obligue a la Administración a decidir, mediante el ejercicio de un recurso contencioso administrativo, no contra un acto, que no existe, sino contra la carencia de la Administración. Esta posibilidad nunca se ha aceptado por el sistema contencioso-administrativo francés, que requiere la existencia de un acto expreso o tácito para que puedan intentarse los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, al inicio de la aplicación del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, y con motivo de la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se creyó encontrar en el artículo 35 del Tratado de la CECA un recurso en carencia, precisamente, contra la abstención o negativa de las Altas Autoridades de la Comunidad de adoptar determinadas decisiones, pero ello no

prosperó definitivamente, imponiéndose la tradición francesa⁴⁵.

En contraste, sin embargo, en el sistema venezolano de las acciones contencioso-administrativas, además del recurso de anulación y de las demandas contra los entes públicos, se establece expresamente el recurso por abstención o negativa contra las conductas omisivas de la Administración, al atribuirse competencia a los tribunales contencioso administrativos, para:

«conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales, estatales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas»⁴⁶.

Como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso-administrativa:

«el recurso de abstención se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados. De modo que es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de un recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de actuación alguna, sino la de calificar de legítima o no, una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado... En conclusión, que el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto. Lo determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de

⁴⁵ Vid. Nicola CATALANO, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, 1966, pp. 109-110; J. A. CARRILLO SALCEDO, *La recepción del Recurso Contencioso-Administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Sevilla, 1958, pp. 43 ss.

⁴⁶ Arts. 42. 23 y 182.1 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela).

cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar»⁴⁷.

El recurso contencioso-administrativo en carencia completa, así, el cuadro de las garantías de los administrados ante la negativa expresa o tácita (inacción) de la Administración a decidir un asunto, cuando la sola presunción de decisión tácita denegatoria o positiva, no satisfaga los derechos o intereses de los administrados.

2. LA GLOBALIDAD DE LA DECISIÓN Y LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO INQUISITIVO

Otro principio general relativo a la decisión del procedimiento administrativo se refiere a la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones planteadas en el procedimiento tanto por las partes como de oficio.

En cuanto a las cuestiones planteadas por los interesados, el principio se regula expresamente en la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, al establecer que:

«El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación» (art. 62)⁴⁸.

El principio, además, se consagra en la legislación argentina, como un derecho de los administrados «a una decisión fundada» como parte del derecho al «debido proceso adjetivo» (art. 1.f.3).

⁴⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 28 de octubre de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Caracas, 1987, p. 118. En sentido similar *vid.* sentencias de la misma Corte de 12 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 158 ss.; y de 19 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 29, Caracas, 1987, pp. 142 ss.

⁴⁸ En sentido similar art. 35 CCA Colombia; art. 132.1 LGAP Costa Rica.

Pero es evidente que en el curso del procedimiento administrativo, sea que se inicie de oficio o a instancia de parte, en virtud del principio inquisitivo la Administración, de oficio, puede establecer determinados elementos no invocados por las partes, sobre los cuales también tiene que versar la decisión. Por ello, la Ley española de Procedimiento Administrativo establece que la resolución decidirá no sólo todas las cuestiones planteadas por los interesados, sino también «aquellas otras derivadas del expediente» (art. 93.1).

En este aspecto, sin embargo, el principio del debido proceso exige que esos asuntos no formulados o propuestos por los interesados, para que puedan ser considerados en la decisión, deben haberles sido notificados y debe haberseles asegurado audiencia previa. Así lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimiento Administrativo (art. 7.c).

CAPITULO II

EL DERECHO A LA DEFENSA Y SUS CONSECUENCIAS

Una de las motivaciones centrales del proceso de codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, sin duda, ha sido la búsqueda de garantizar efectivamente el derecho a la defensa, el cual, como lo ha destacado Michael STASSINOPOULOS, «es tan viejo como el mundo»¹ y, por tanto, es un derecho inherente a la persona humana.

Su formulación jurisprudencial histórica se la sitúa en el famoso *Dr. Bentley's Case* decidido en 1723 por una Corte inglesa, en el cual el Juez FORTESCUE, al referirse al mismo como un principio de *natural justice*, señaló:

«The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence, «Adam (says God) where are thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shuldest not eat? And the same question was put to Eve also»².

En dicha decisión se resolvió que el *Chancellor* de la Universidad de Cambridge, Dr. BENTLEY, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos, sin habersele informado previamente de los cargos formulados en su con-

¹ Michael STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976, p. 50.

² *Dr. Bentley's case: The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge* (1723), Stra. 557. Vid. las referencias en *Cooper v. The Board of Works for Wandsworth District* (1863), 14.C.B. (n.s.) 180, en S. H. BAILEY, C. A. CROSS y J. F. GARNER, *Cases and materials in Administrative Law*, London, 1977, pp. 348-351.

tra y sin habersele dado la oportunidad de responderlos ³. De ahí surgió la formulación judicial del principio del derecho a la defensa en el derecho inglés, como uno de los principios de *natural justice*, tan viejo como el mundo.

En el mundo contemporáneo, muchas Constituciones consagran el derecho a la defensa como un derecho constitucional ⁴, pero, aún en ausencia de tales declaraciones, tradicionalmente se lo ha garantizado no solo en la vía jurisdiccional, sino ante la Administración. Se destaca, así, la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado iniciada con el *arrêt Tery*, de 20 de junio de 1913 (Rec. 736) dictado también con motivo de la imposición a un profesor de liceo de medidas disciplinarias, sin habersele asegurado su derecho a ser oído ⁵.

Ahora bien, en materia de procedimiento administrativo, el derecho a la defensa ha tenido múltiples desarrollos, de manera que, incluso, se habla de «los derechos de la defensa» ⁶, cuyos principios han sido objeto de una amplia regulación legislativa en las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina. Analizaremos esos principios en primer lugar, y luego estudiaremos la regulación adjetiva más acabada en materia de derecho a la defensa en vía administrativa, a través de los recursos administrativos.

³ Vid. E. C. S. WADE y G. GODFREY PHILIPS, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1981, p. 599.

⁴ El art. 68 de la Constitución de Venezuela establece que «La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso». De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa este derecho de defensa «constituye una garantía inherente a la persona humana, y es, en consecuencia, aplicable en cualquier clase de procedimientos que puedan derivar en una condena». Sentencia de 23 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, pp. 88-89. Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, p. 150.

⁵ M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, pp. 119-120.

⁶ Vid. por ejemplo, R. ODENT, «Les droits de la défense», *Etudes et Documents*. Conseil d'Etat, París, 1953, pp. 50 ss.

I. Aspectos del derecho a la defensa

En materia administrativa, con razón, el derecho a la defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia, sino también del principio de eficacia, «porque asegura un mejor conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la Administración y garantiza una decisión más justa»⁷. Por supuesto, el aspecto que nos interesa destacar más, es el de las garantías adjetivas establecidas en el ordenamiento jurídico para hacer efectivo dicho derecho a la defensa, debiéndose considerar bajo esta perspectiva, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que:

«el derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de Derecho ha sido llamado como el principio del “debido proceso”»⁸.

Desde este punto de vista del *due process of law*, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo se desdobra, en las legislaciones positivas de España y América Latina, en los siguientes derechos: derecho a ser notificado, derecho a hacerse parte, derecho a tener acceso al expediente, derecho a ser oído, derecho a presentar pruebas y alegatos y derecho a ser informado de los medios de defensa frente a la Administración. Veamos separadamente estas manifestaciones concretas del derecho a la defensa.

⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 15 de mayo de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, Caracas, 1986, p. 110.

⁸ Sentencia de 17 de noviembre de 1983, Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, núm. 16, Caracas, 1983, p. 151.

1. EL DERECHO A SER NOTIFICADO

«Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado»⁹; así lo establece expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, y el principio no sólo es válido respecto de la publicación y notificación de los actos administrativos producto del procedimiento, sino de los actos de procedimiento que la Administración adopte en el transcurso del mismo.

La primera manifestación de este derecho a ser notificado se establece en las leyes de procedimiento, como primer paso al iniciarse el mismo. En particular, se consagra el derecho a ser notificado cuando el procedimiento se inicia de oficio, en cuyo caso la autoridad administrativa competente deba notificar a los administrados cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos pudieran resultar afectados¹⁰, de la existencia de la actuación y el objeto de la misma¹¹. Hemos considerado, sin embargo, que el derecho a ser notificado también tiene aplicación en los procedimientos que se inician a instancia de parte, en los cuales puedan resultar afectados otros administrados¹². Así lo prevé expresamente el Decreto núm. 640 de Uruguay, al establecer que:

«si de la petición resulta que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado a efecto de que intervengan en el procedimiento, declarando lo que les corresponda. En caso de comparecer, deberán hacerlo en la misma forma que el peticionario y tendrán los mismos derechos que éste» (art. 10).

Asimismo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia exige que:

⁹ Art. 239 LGAP Costa Rica.

¹⁰ Art. 48 LOPA Venezuela.

¹¹ Art. 28 CCA Colombia.

¹² Vid. en Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 301.

«cuando de una petición o de los registros que lleve una autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultados de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos... En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición» (art. 14).

En cuanto al acto administrativo que resulte del procedimiento, por supuesto, debe ser también notificado a los interesados como condición de eficacia, como ya lo hemos analizado.

2. EL DERECHO A HACERSE PARTE

Además del derecho a ser notificado, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento ¹³.

Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación ¹⁴ y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva ¹⁵.

3. EL DERECHO DE ACCESO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La tercera de las manifestaciones del derecho a la defensa es el derecho de los interesados a tener acceso al expediente ¹⁶. Este derecho tiene varias manifestaciones en la legislación sobre procedimientos administrativos.

¹³ Art. 275 LGAP Costa Rica.

¹⁴ Art. 23 LOPA España.

¹⁵ Art. 23 LPA España.

¹⁶ Art. 216 LGAP Costa Rica.

En primer lugar, como lo establece la Ley española de Procedimiento Administrativo, los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del expediente, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes (art. 62).

En segundo lugar, el derecho a tener acceso al expediente administrativo exige, como garantía, el derecho a la unidad del expediente administrativo, en el sentido de que éste físicamente debe ser uno solo. Por ello el principio establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en cuanto a la obligación impuesta a la Administración de que:

«de cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos Ministerios o Institutos Autónomos» (art. 31).

Agrega dicha Ley que:

«iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente».

En tercer lugar, como lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente administrativo en su totalidad (art. 59). Se exceptúa, sin embargo, el supuesto ya comentado de los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales, en consecuencia, pueden ser archivados en cuerpos separados del expediente ¹⁷.

¹⁷ Art. 273 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela; art. 41 Decreto 640 Uruguay; art. 19 Ley 57, 1985, Colombia.

En cuarto lugar, el derecho de tener acceso al expediente implica también el derecho de los interesados de leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir copia certificada del mismo ¹⁸.

4. EL DERECHO A SER OÍDO (AUDIENCIA DEL INTERESADO)

Además del derecho a ser notificado, a hacerse parte y a tener acceso al expediente administrativo, la manifestación más importante del derecho a la defensa es el derecho a ser oído, a cuyo efecto la Administración, antes de decidir un asunto que pueda afectar derechos o intereses de un administrado, debe darle audiencia. Es el principio conocido como *audi alteram partem*, que en materia administrativa significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados ¹⁹.

El principio general en la materia lo enuncia la Ley argentina de Procedimientos Administrativos al regular el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo y establecer, como parte del mismo, la posibilidad «de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos» (art. 1.f.1) ²⁰. Ahora bien, algunas legislaciones regulan la oportunidad para que se verifique esta audiencia al interesado. En el caso de la Ley española de Procedimiento Administrativo se prescribe que el acto de audiencia debe tener lugar una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución. A tal efecto, deben ponerse de manifiesto los expedientes a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (art. 91.1).

¹⁸ Art. 63 LPA España; art. 59 LOPA Venezuela; art. 272 LGAP Costa Rica; art. 42 Decreto 640 Uruguay.

¹⁹ Vid. M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 159.

²⁰ El art. 35 CCA Colombia exige que la decisión se adopte sólo «habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones».

En el caso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en cambio, la audiencia del interesado debe realizarse al inicio del procedimiento, inmediatamente después de su apertura, lo cual evidentemente es inconveniente, pues el expediente aún no ha sido instruido. En realidad, la audiencia de los interesados, para que tenga sentido el ejercicio de su derecho a ser oído, debe producirse una vez que la instrucción del asunto ha terminado y todos los documentos relativos al mismo están en el expediente. Sin embargo, dicha Ley establece que ordenada la apertura del procedimiento, se debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, concediéndoles un plazo de 10 días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48).

Ahora bien, dado el principio del informalismo del procedimiento, el hecho de que el interesado no concurra al llamado a audiencia en el lapso indicado no le impide apersonarse en cualquier estado del procedimiento y formular los alegatos correspondientes. Es decir, los lapsos prescritos no tienen carácter preclusivo para los administrados, y su derecho a hacerse oír pueden ejercerlo en cualquier momento, por supuesto antes de que se adopte la decisión.

Por otra parte, hemos señalado que conforme a lo establecido en la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, la Administración debe decidir todos los asuntos que surgan en el expediente, por lo que si algunos de esos asuntos no alegados por las partes son considerados de oficio por la Administración, deben ser decididos previa audiencia del interesado (art. 7.c). El mismo principio podría señalarse en el caso de las legislaciones que prevén la audiencia del interesado al inicio del procedimiento: si en el curso de la instrucción del expediente, surgen otros elementos no alegados por el interesado pero que afecten sus derechos o intereses, la Administración debe comunicárselos antes de decidir, para asegurarle su derecho a la defensa.

La audiencia del interesado puede ser un acto oral y privado como lo establece la Ley General de la Administración

Pública de Costa Rica (arts. 218 y 309), en cuyo caso, el derecho a la defensa se debe ejercer por el administrado en forma razonable, pudiendo la Administración limitar la intervención del interesado a lo «prudentemente necesario» (art. 220).

En todo caso, la audiencia del interesado debe materializarse en una defensa en forma escrita, a los efectos de que se incorpore al expediente. El acto de la audiencia al interesado, por supuesto, debe realizarse en presencia de la autoridad que debe decidir el asunto, y el interesado, puede estar asistido de abogado, como manifestación del derecho de todo interesado de escoger los medios de su defensa ²¹. La Ley argentina de Procedimientos Administrativos, además, en caso de representación del interesado por quienes no sean abogado, exige la asistencia obligatoria de un abogado en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas (art. 1.f.1).

Ahora bien, es evidente que la audiencia del interesado no es una exigencia que deba cumplirse formalmente en todo tipo de procedimiento. En la tipología de procedimientos que hemos mencionado, que distingue entre procedimientos declarativos, ablatorios, concesorios y autorizatorios, por supuesto, la audiencia formal de los interesados se impone en los procedimientos ablatorios cuya consecuencia es la eliminación o restricción de los derechos de los afectados. En tal sentido, la jurisprudencia contenciosos administrativa en Venezuela ha formulado el siguiente criterio respecto de un tipo de los procedimientos ablatorios, es decir, los sancionatorios:

«La audiencia del interesado, como actuación procedimental, es necesaria y esencial en los procedimientos denominados sancionatorios, por cuanto en estos casos la Administración impone, mediante la audiencia del interesado, formalmente al administrado de la existencia de un procedimiento en su contra que tiene como causa una presunta actuación ilícita de éste y de que de establecer su veracidad le acarrearía una sanción. Ahora bien, en los procedimientos autorizatorios por el contrario, el impulso procesal lo tiene el administrado; la Administración va a resolver una petición, una exigencia del particular, por lo cual, no se hace ne-

²¹ Art. 220 LGAP Costa Rica.

cesario la audiencia del interesado. En estos procedimientos no se afecta con su omisión, el derecho a la defensa, por cuanto el procedimiento ordinariamente se inicia a instancia del interesado, y el pronunciamiento tendrá, en caso de ser favorable, un contenido beneficioso para el administrado»²².

Sin embargo, como se ha señalado, aún en los supuestos de procedimientos autorizatorios, si por ejemplo, en el curso de los mismos surge alguna oposición de parte de otros interesados, en esos supuestos, la Administración debe asegurar el derecho a la defensa, dándole audiencia al interesado solicitante.

Así se regula expresamente en el art. 34 del Decreto n.º 640 de Uruguay al disponerse que:

«Terminada la instrucción o vencido el término de la misma, cuando de los antecedentes resulte que pueda recaer una decisión contraria a la petición formulada, o se hubiere deducido oposición, deberá darse vista por el término de diez días a la persona o personas a quienes el procedimiento se refiera.

En todo caso, es en los procedimientos sancionatorios en los cuales el trámite de audiencia al interesado es más riguroso. Se destaca, así, la exigencia de la Ley española de Procedimiento Administrativo de que en dichos procedimientos debe formularse un «pliego de cargos» en el que se deben exponer los hechos imputados, el cual debe ser notificado a los interesados para que en un plazo de 8 días puedan contestarlos (art. 136). Con posterioridad, contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para hacerlo, el funcionario instructor debe formular una propuesta de resolución que debe notificarse a los interesados, para que éstos, en un plazo de 8 días, puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa (art. 137).

El mismo principio lo regula expresamente el Decreto

²² Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa (Venezuela), de 7 de julio de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Caracas, 1988, p. 91.

n.º 640 de Uruguay en los procedimientos administrativos seguidos de oficio, «con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado» en cuyo caso no debe dictarse resolución sin previa audiencia al interesado para que pueda articular su defensa (art. 40).

5. EL DERECHO DE FORMULAR ALEGACIONES Y DE PROBAR

La consecuencia fundamental del derecho a ser oído, como manifestación del derecho a la defensa, es el derecho de los interesados a formular alegatos y defensas, y a presentar pruebas, lo que, por supuesto, no sólo puede ocurrir en el acto de la audiencia al interesado, sino en cualquier momento en el curso del procedimiento²³.

La Ley española de Procedimiento Administrativo es absolutamente precisa en formular este derecho a presentar alegaciones al establecer que:

«los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución» (art. 83).

En consecuencia, en cualquier estado del procedimiento, y por supuesto en el acto de la audiencia del interesado, éste puede presentar para que sean agregado al expediente, todos los escritos y alegatos que estime convenientes para la aclaración del asunto y ejercer su defensa²⁴.

Además, en el procedimiento administrativo, el interesado tiene el derecho de presentar pruebas, como lo dice el Código Contencioso Administrativo de Colombia, «sin requisitos ni términos especiales» (art. 34), admitiéndose en general, todos los medios de prueba establecidos en el derecho pri-

²³ Art. 217 LGAP Costa Rica.

²⁴ Art. 32 LOPA Venezuela.

vado y procesal civil y criminal ²⁵. Algunas legislaciones, como la española, sin embargo, prescriben un período de pruebas que debe ser abierto por el funcionario competente, durante el cual deben practicarse las que se juzguen pertinentes; imponiéndose a la Administración la obligación de notificar a los interesados, con antelación suficiente, del inicio de las operaciones necesarias para la realización de las pruebas que hubiesen sido admitidas (arts. 88 y 89).

Hemos señalado además, que conforme al principio inquisitivo, la prueba en el procedimiento administrativo, básicamente es una carga para la propia Administración, debiendo ésta verificar y probar de oficio, los hechos. Sin embargo, en estos casos, las pruebas que formule la Administración deben ser informadas a los interesados, quienes como lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, «podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio» (art. 1.f.1).

Por último, debe señalarse que en relación a las pruebas solicitadas por los interesados, si su realización implica gastos que no deba soportar la Administración, éstos deben ser costeados por los interesados pudiendo la Administración, incluso, exigir un pago anticipado de los mismos a reserva de la liquidación definitiva una vez practicada la prueba ²⁶.

6. EL DERECHO DE RECURRIR

El último aspecto del derecho a la defensa, es el derecho a impugnar o atacar los actos administrativos emanados como resultado del procedimiento, lo que implica otros derechos del interesado.

En primer lugar, el derecho a la defensa mediante el ejercicio de recursos, implica el derecho a que la decisión sea debidamente fundada, en el sentido de que debe hacer expresa

²⁵ Art. 88 LPA España; art. 58 LOPA Venezuela; art. 1.º f.2 LPA Argentina; art. 298 LGAP Costa Rica.

²⁶ Art. 90 LPA España; art. 299 LGAP Costa Rica.

consideración de los argumentos y cuestiones propuestas en el procedimiento administrativo²⁷; y además, por supuesto, que la decisión sea motivada. El derecho a la defensa, por tanto, está íntimamente vinculado al derecho a la motivación de los actos administrativos, condición indispensable para que pueda tener efectividad. Como lo ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana:

«El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, e iniciativa de los interesados. Basta, por lo tanto, con que el acto administrativo no esté debidamente motivado, para que se considere que tácitamente ha existido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia también a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación»²⁸.

Sin motivación de los actos administrativos, por tanto, no habría posibilidad real de ejercer el derecho de la defensa mediante el ejercicio de recursos contra los mismos, es decir, el derecho a recurrir sería nugatorio.

En segundo lugar, el derecho a recurrir implica el derecho a ser informado de los recursos que proceden contra el acto administrativo y sus lapsos. Como lo indica el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en el texto de la notificación o publicación del acto administrativo, «se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisio-

²⁷ Art. 1.º f.3. LPA Argentina; art. 18.5 LOPA Venezuela.

²⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Venezuela) de 14 de marzo de 1988, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 86.

nes de que se trate, las autoridades antes quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo»²⁹.

Por último, por supuesto, el derecho a recurrir como medio de defensa contra los actos administrativos, exige la previsión formal de medios de recursos administrativos, es decir, que puedan formularse ante la propia Administración. Ello nos conduce a estudiar el régimen de los recursos administrativos, como procedimiento de impugnación de los actos administrativos.

II. El régimen de los recursos administrativos

1. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El procedimiento administrativo, en general, se desarrolla en dos fases, en primer lugar, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, tendiente a la formación y emisión de los mismos; y en segundo lugar, el procedimiento de revisión de los actos administrativos que se desarrolla una vez que estos se dictan, y que tiene por objeto ratificarlos, corregirlos, reformarlos o modificarlos, revocarlos o anularlos.

Este procedimiento de revisión puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, en este último caso mediante el ejercicio, por los interesados, de los recursos administrativos de reconsideración, jerárquico o de revisión.

En cuanto a la revisión de oficio de los actos administrativos y antes de analizar los principios relativos a los recursos administrativos en España y América Latina, debemos destacar las regulaciones más importantes establecidas en las leyes de procedimiento administrativo, pues si bien la Administración puede iniciarlos *motu proprio*, puede haber también requerimientos de los interesados, es decir, instancia de parte.

El primer supuesto de revisión de oficio de los actos ad-

²⁹ Art. 47 CCA Colombia; art. 73 y 74, LOPA Venezuela.

ministrativos se refiere a la posibilidad que tiene la Administración siempre, de modificar los actos administrativos de efectos generales, es decir, los actos normativos o reglamentarios. Estos, por tanto, pueden ser reformados o derogados, dadas las características de generalidad e impersonalidad de las situaciones jurídicas que regulan. Por supuesto, estas modificaciones pueden también ser solicitadas por los interesados, en virtud «del derecho de petición en interés general» como lo califica el Código Contencioso Administrativo de Colombia (arts. 5 a 8).

En segundo lugar, las leyes de procedimientos administrativos prevén la posibilidad para la Administración, en cualquier momento, de corregir o rectificar los errores materiales, de hecho, de cálculo, o los aritméticos en que se hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos³⁰. Los interesados, por supuesto, también pueden solicitar esta revisión de los actos administrativos.

En tercer lugar, como ya hemos señalado, los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos a favor de particulares, pueden ser revocados en cualquier momento por la Administración, sea por la misma autoridad que los dictó o por el superior jerárquico³¹. Esta decisión también, puede adoptarse de oficio o a petición de parte.

Por último, en cuarto lugar, la Administración puede «de oficio o a instancia de parte», reconocer o declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos, en los casos enumerados en las leyes de procedimiento administrativo. Así se establece expresamente, por ejemplo, en las legislaciones española (art. 109), venezolana (art. 83), argentina (art. 17) y de Costa Rica (art. 174).

Es de destacar que en este último caso, el hecho de que las leyes mencionadas permitan expresamente iniciar a instancia de parte este procedimiento de revisión de los actos ad-

³⁰ Art. 111 LPA España; art. 157 LGAP Costa Rica; art. 84 LOPA Venezuela.

³¹ Art. 82 LOPA Venezuela; art. 18 LPA Argentina.

ministrativos en los casos de vicios de nulidad absoluta, pone de manifiesto la existencia efectiva de un «recurso administrativo» específico, cuyo objetivo es el pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto administrativo conforme a los casos taxativamente enumerados en las leyes, pero con la especialísima característica de que la petición puede formularse en cualquier momento, sin que exista lapso de caducidad alguno. Esto conlleva consecuencias importantes, en cuanto a la posterior recurribilidad de los actos administrativos nulos, de nulidad absoluta, en vía judicial.

En efecto, si en cualquier momento se puede requerir de la Administración que reconozca y declare la nulidad absoluta de los actos administrativos, aún cuando estos estén firmes, ello significa que la instancia del interesado abre siempre la posibilidad de emisión de un nuevo acto administrativo que declare o no la nulidad absoluta, contra el cual puede, en definitiva, ejercerse los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos que procedan. Por ello, en consecuencia, ante actos administrativos viciados de nulidad absoluta, siempre será posible obtener una revisión judicial de los mismos.

2. LOS DIVERSOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Ahora bien, aparte de estos medios de revisión de oficio de los actos administrativos, que también admiten instancia de parte interesada, las leyes de procedimiento administrativo han regulado específicamente los recursos administrativos como vías formales de petición puestas a disposición de los interesados para la revisión de los actos administrativos en sede administrativa. En general, estos recursos administrativos, aún cuando con denominaciones variadas, son tres: el recurso de reconsideración, el recurso jerárquico y el recurso de revisión. Los dos primeros se consideran recursos ordinarios y el último extraordinario ³²

³² Art. 343 LGAP Costa Rica.

A) *El recurso de reconsideración*

El recurso de reconsideración ³³, de reposición ³⁴, de revocatoria ³⁵ o de revocación ³⁶, denominado además, en el derecho francés, como «recurso gracioso» ³⁷, es la vía formal de petición puesta a disposición de los administrados para solicitar de la misma autoridad que adoptó una decisión, que la reconsidere, revise, modifique o revoque.

Se trata del recurso administrativo más común y generalizado, cuyo fundamento está en los poderes de auto-tutela de la Administración. Por ello, este recurso procede siempre, cualquiera que sea la jerarquía del funcionario que adoptó la decisión.

B) *El recurso jerárquico*

El recurso jerárquico ³⁸, de apelación ³⁹ o de alzada ⁴⁰, es el medio formal de impugnación de los actos administrativos tendiente a obtener la revisión de los mismos, por el superior jerárquico de la organización a la cual pertenece el autor del acto atacado. Con este recurso se ponen en marcha los poderes de dirección y control del superior jerárquico, y las propias relaciones de jerarquía entre los órganos administrativos.

El recurso jerárquico, por tanto, en principio no procede en relaciones interorgánicas de tutela, como las que vinculan la Administración Descentralizada con los órganos de la Administración Central, salvo en casos anormales en los cuales el denominado «recurso de tutela» en el derecho francés ⁴¹ se

³³ Art. 94 LOPA Venezuela; art. 84 Reglamento LNPA Argentina.

³⁴ Art. 50.1 CCA Colombia; art. 126 LPA España.

³⁵ Art. 345 LGAP Costa Rica.

³⁶ Art. 120 D 640 Uruguay.

³⁷ G. ISAAC, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 622.

³⁸ Art. 94 LOPA Venezuela, art. 89 Reglamento LNPA Argentina.

³⁹ Art. 50.2 CCA Colombia.

⁴⁰ Art. 122 LPA España; art. 350 LGAP Costa Rica.

⁴¹ G. ISAAC, *op. cit.*, p. 624.

lo ha asimilado impropriamente al recurso jerárquico, como ha sucedido en Venezuela ⁴².

Normalmente, el recurso jerárquico intentado ante el superior jerárquico de la organización tiene como resultado poner fin a la vía administrativa y en consecuencia, queda abierta la vía contencioso-administrativa ⁴³.

C) *El recurso de revisión*

Además de los recursos de reconsideración y jerárquico, que son los ordinarios en el procedimiento administrativo, las legislaciones de España y América Latina establecen un tercer tipo de recurso, de carácter extraordinario, denominado de revisión. Se intenta también ante el superior jerárquico pero se distingue del recurso jerárquico no sólo por los motivos de impugnación, sino porque procede contra los actos firmes precisamente por no haber sido impugnados oportunamente mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a lo establecido en la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 127) y en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (art. 353), este recurso de revisión contra actos administrativos firmes se puede intentar ante el Ministro, cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Que al dictarlo se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
2. Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente.
3. Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquella resolución, siempre

⁴² Art. 96 LOPA Venezuela.

⁴³ Art. 93 LOPA Venezuela; art. 122.2 LPA España.

que en el primer caso, el interesado desconociere la declaración de falsedad.

4. Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia firme judicial.

En el primer supuesto, conforme a la legislación española, el recurso de revisión debe interponerse dentro de los 4 años siguientes a la fecha de la notificación del acto administrativo impugnado; en los demás casos, el plazo es de 3 meses a contar del descubrimiento de los documentos o desde que quedó firme la sentencia judicial (art. 128) ⁴⁴.

En Venezuela ⁴⁵ y Argentina ⁴⁶ se prevén regulaciones similares respecto del recurso de revisión también, como recurso extraordinario.

3. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En relación a los recursos administrativos, particularmente respecto de los recursos ordinarios, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina han consagrado una serie de principios generales que se refieren a las condiciones de admisibilidad, al objeto de los recursos, al motivo de los mismos, a sus aspectos procedimentales, y a la decisión de los recursos.

A) *Condiciones de admisibilidad*

Como medios formales de impugnación de los actos administrativos, los recursos administrativos están sometidos a

⁴⁴ En la LGAP Costa Rica, los lapsos son de 1 año y 3 meses respectivamente, art. 354.

⁴⁵ Arts. 97 y 98 LOPA Venezuela.

⁴⁶ Art. 22 LPA Argentina.

una serie de condiciones de admisibilidad concernientes a la legitimación, a las formalidades, al lapso de interposición y al cumplimiento de algunas actuaciones previas.

En cuanto a la legitimación, contrariamente al principio del derecho francés, donde la admisibilidad de los recursos administrativos no está directamente sometido a condición de capacidad ni de interés alguno ⁴⁷, invariablemente las leyes de procedimientos administrativos conceden estos recursos a los interesados, cuando el acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos ⁴⁸.

Las leyes de procedimiento administrativo también regulan condiciones de forma para la admisibilidad de los recursos, contrariamente al principio en el derecho francés ⁴⁹, exigiendo que se intenten por escrito con las mismas indicaciones requeridas para las solicitudes o peticiones ⁵⁰, al punto que en algunas legislaciones, como la venezolana y la colombiana, se establece que los recursos que no llenen los requisitos exigidos, no serán admitidos, mediante resolución motivada notificada al interesado ⁵¹. Sin embargo, en cuanto a las formalidades, el principio del informalismo es el que está consagrado en general, de manera que basta para la correcta formulación que del texto del escrito se infiera claramente la petición ⁵², no siendo obstáculo para la tramitación del recurso, el error en su calificación ⁵³.

Los recursos administrativos ordinarios, por otra parte, al contrario de la situación en Francia ⁵⁴, en las legislaciones de España y América Latina están sometidos a lapsos de caducidad precisos, contados en días, en general, de hasta 15

⁴⁷ Vid. G. ISAAC, *op. cit.*, p. 626.

⁴⁸ Art. 85 LOPA Venezuela; art. 113 LPA España; art. 52 CCA Colombia; art. 127 D 640 Uruguay.

⁴⁹ G. ISAAC, *op. cit.*, p. 626.

⁵⁰ Art. 86 LOPA Venezuela; art. 114 LPA España; art. 52.1 CCA Colombia.

⁵¹ Art. 86 LOPA Venezuela; art. 53 CCA Colombia.

⁵² Art. 347 LGAP Costa Rica.

⁵³ Art. 114.2 LPA España.

⁵⁴ G. ISAAC, *op. cit.*, pp. 626-635.

días ⁵⁵. El vencimiento del lapso para la interposición de los recursos administrativos, produce la firmeza del acto y por tanto, su inimpugnabilidad.

Por último, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de los recursos, en algunos casos las legislaciones exigen que para intentarse el recurso jerárquico necesariamente debe interponerse, previamente el recurso de reconsideración, como sucede en Venezuela ⁵⁶, aún cuando ello es excepcional ⁵⁷. En algunos casos también se establece el principio *solve et repete* como condición de admisibilidad, aún cuando regulado en leyes especiales. El Código Contencioso-Administrativo de Colombia, sin embargo, dentro de los requisitos de los recursos administrativos dispone, entre ellos, que el recurrente debe:

«acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber.» (art. 52.5).

B) *Objeto de los recursos*

En general, los recursos administrativos ordinarios sólo pueden interponerse contra los actos de efectos particulares ⁵⁸ que sean definitivos y que no sean firmes por no haberse vencido los lapsos previstos para su interposición. La exigencia de que el acto administrativo recurrido sea un acto definitivo es general en la legislación española y latinoamericana ⁵⁹, quedando definido el acto definitivo en el Código Contencioso Administrativo de Colombia como los «que ponen fin a una

⁵⁵ Art. 122.4 LPA España; art. 51 CCA Colombia; arts. 94 y 95 LOPA Venezuela; art. 346 LGAP Costa Rica.

⁵⁶ Art. 95 LOPA Venezuela.

⁵⁷ Art. 89 Reglamento LPA Argentina.

⁵⁸ Expresamente el Código Contencioso Administrativo de Colombia prescribe que «no habrá recurso contra los actos de carácter general» (art. 49). En cambio, el art. 120 LPA España admite el recurso jerárquico contra disposiciones de carácter general.

⁵⁹ Art. 113 LPA España; art. 85 LOPA Venezuela; arts. 84 y 89 Reglamento LPA Argentina; art. 50 CCA Colombia; art. 342 LGAP Costa Rica.

actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto» (art. 50).

En consecuencia, el acto administrativo de trámite, en principio, no puede ser objeto de un recurso administrativo⁶⁰ salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, cause indefensión o prejuzgue como definitivo⁶¹, en cuyo caso sí puede ser impugnado en vía administrativa.

Por otra parte, en particular respecto de los recursos jerárquicos, éstos obviamente no proceden contra los actos administrativos que agoten la vía administrativa; y en algunos casos, como en la legislación de Venezuela, el objeto de un recurso jerárquico sólo puede ser un acto administrativo que resuelva un recurso de reconsideración⁶².

Por último, debe mencionarse que en general, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina, admiten el ejercicio de los recursos administrativos contra los actos tácitos denegatorios que resulten del silencio administrativo, con excepción del Código de Colombia que establece que «contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo, no procederá ningún recurso por la vía gubernativa»⁶³.

C) *Motivos de los recursos*

Dejando a salvo el recurso de revisión que está condicionado a determinados motivos expresamente establecidos, en general, los recursos administrativos pueden fundamentarse en motivos de ilegalidad, como lo dice la Ley española de Procedimiento Administrativo, «en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» (art. 115.1); y además, en motivos de mérito, es decir, de

⁶⁰ El art. 342 LGAP Costa Rica, al contrario prevé los recursos en general «contra las resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales».

⁶¹ Art. 113.1 LPA España; arts. 49 y 50 CCA Colombia; art. 85 LOPA Venezuela; art. 345 LGAP Costa Rica.

⁶² Art. 95 LOPA Venezuela.

⁶³ Art. 40 CCA Colombia.

oportunidad y conveniencia ⁶⁴. De allí la diferencia entre los recursos administrativos y los contencioso-administrativos que sólo proceden fundados en motivos de ilegalidad ⁶⁵.

D) Aspectos procedimentales

Desde el punto de vista procedimental, diversos aspectos son característicos del trámite de los recursos administrativos, conforme al cual, tal como lo establece la Ley española de Procedimiento Administrativo, su interposición «no suspenderá la ejecución del acto impugnado» (art. 116). Igual principio se establece en la legislación venezolana ⁶⁶. Al contrario, el principio de los efectos suspensivos se establece expresamente en la legislación de Colombia ⁶⁷.

En todo caso, aún en los casos en los cuales se establece el efecto no suspensivo de los recursos, la legislación siempre atribuye a la autoridad administrativa la potestad de suspender los efectos del acto recurrido, de oficio o a instancia de parte, cuando la ejecución del acto recurrido pueda causar «perjuicios de imposible o difícil reparación» o «perjuicio grave o irreparable en caso de revocarse ulteriormente el acto atacado» ⁶⁸, y cuando para impugnar el acto, se aleguen motivos de nulidad absoluta ⁶⁹.

Por otra parte, siendo los recursos administrativos vías formales para impugnar los actos administrativos como garantía para el ejercicio del derecho de defensa frente a los mismos, es evidente que en el procedimiento administrativo que se desarrolla para su resolución, la Administración debe asegurar el derecho de defensa de los interesados. Por ello, la legisla-

⁶⁴ Razones de «inconformidad» conforme al art. 59 CCA Colombia. *Vid.* Allan R. BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 336.

⁶⁵ *Vid.* G. ISAAC, *op. cit.*, p. 627.

⁶⁶ Art. 87 LOPA Venezuela.

⁶⁷ Art. 55 CCA Colombia.

⁶⁸ Art. 116 LPA España; art. 87 LOPA Venezuela; art. 125 D 640 Uruguay.

⁶⁹ Art. 116 LPA España; art. 87 LOPA Venezuela.

ción española y del Uruguay, por ejemplo, establecen expresamente que interpuesto un recurso contra un acto administrativo que reconozca un derecho, debe asegurarse la intervención en el procedimiento a los interesados en que el acto se mantenga, a cuyo efecto debe notificárseles a fin de que aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimes pertinentes ⁷⁰.

En materia procedimental se destaca, además, el carácter preclusivo que algunas legislaciones asignan a los recursos administrativos, en el sentido de que, como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos:

«Interpuesto el recurso de reconsideración o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la Administración para decidir» (art. 92).

Transcurrido este lapso, la Administración puede decidir, pero conforme al Código Contencioso Administrativo de Colombia, ello no puede suceder pues «el silencio negativo implica pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos» (art. 59).

Por último, en cuanto a los aspectos procedimentales, las leyes de procedimiento administrativos de España y América Latina en general establecen lapsos para que la Administración decida los recursos administrativos, consagrando el principio del silencio administrativo negativo en el sentido de que transcurrido el lapso de decisión, se entenderá como rechazado el recurso ⁷¹ sin que ello exima a la autoridad administrativa de su obligación de decidir ⁷².

⁷⁰ Arts. 91 y 117 LPA España; art. 128 D 640 Uruguay.

⁷¹ Art. 125 LPA España; art. 60 CCA Colombia; art. 352 LGAP Costa Rica; art. 91, 94 y 95 LOPA Venezuela; art. 121 D 640 Uruguay; art. 87 Reglamento LPA Argentina.

⁷² Art. 122 D 640 Uruguay.

E) *La decisión del recurso*

Aparte de los supuestos de decisión tácita denegatoria producto del silencio administrativo negativo, la decisión de los recursos debe ser expresa, y en ella la Administración está obligada a «resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegadas por los interesados». Así lo establecen expresamente las leyes de España y Venezuela ⁷³.

La decisión, por tanto, debe resolver todas las cuestiones de legalidad o conveniencia ⁷⁴ aducidas por el recurrente y los interesados o que surjan en el curso del procedimiento, y como resultado de ello, el órgano competente para decidir, como lo establece la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, siguiendo la legislación española (art. 124), podrá

«confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento sin perjuicio de la facultad de la Administración para convalidar los actos anulables» (art. 90) ⁷⁵.

Ahora bien, el carácter inquisitivo y contradictorio del procedimiento administrativo, y por tanto, la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones que surjan en el procedimiento, sea de oficio o formuladas por quienes en él intervengan, y no sólo lo planteado en el recurso, plantea el problema de determinar si la *reformatio in pejus* es o no admisible en la decisión de los recursos administrativos.

En efecto, en el campo procesal, puede decirse que rige el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, lo que significa que el Tribunal *ad quem*, al decidir, no puede mo-

⁷³ Art. 119 LPA España; art. 89 LOPA Venezuela.

⁷⁴ Art. 89 LOPA Venezuela.

⁷⁵ En sentido similar, art. 351.3 LGAP Costa Rica.

dificar el fallo del inferior en perjuicio del propio apelante si la contraparte, a su vez, no apeló la sentencia del *a quo* ⁷⁶.

Ese principio, por supuesto, es una consecuencia del carácter dispositivo del proceso civil, que no se da en los mismos términos en el procedimiento administrativo, dado su carácter inquisitivo.

Por tanto, en general se puede señalar, ante todo, que la prohibición de la *reformatio in pejus* no se plantea como principio, en los casos en los cuales el recurso administrativo se funda en motivos de legalidad o en los casos en los cuales con motivo del ejercicio de un recurso por razones de mérito, surgen, de oficio, cuestiones de ilegalidad. La Ley General de Administración Pública de Costa Rica, por ello, prescribe que «el recurso podrá ser resuelto aún en perjuicio del recurrente cuanto se trate de nulidad absoluta» (art. 351.2).

En realidad, sea cual sea la naturaleza del vicio, la competencia de la autoridad revisora del acto administrativo, cuando están en juego cuestiones de ilegalidad, es de ejercicio obligatorio, de manera que incluso puede revocar el acto administrativo basándose en otras razones de ilegalidad distintas a las alegadas por el interesado ⁷⁷.

En el mismo sentido, la decisión, basada en cuestiones de legalidad puede incluso conducir a la Administración a modificar el acto recurrido para adaptarlo a la legalidad. En tal modificación, la situación del recurrente podría resultar agravada si, por ejemplo, la Administración encuentra que la multa impuesta debió ser superior a la contenida en el acto recurrido, dadas las circunstancias agravantes precisadas con motivo del recurso ⁷⁸. Como lo resolvió el Consejo de Estado en el *arrêt Société Grand Café de Chalous*, del 24 de junio de 1949, «sean cuales fueren las circunstancias en las cuales la autori-

⁷⁶ Vid. en general J. C. HITTERS, «Imposibilidad de empeorar la situación del recurrente. Prohibición de la “reformatio in peius”», *El Derecho*, t. III, núm. 6.141, Buenos Aires, 26 de diciembre de 1984, pp. 1-3.

⁷⁷ Vid. Allan R. BREWER-CARLAS, *op. cit.*, pp. 336-337.

⁷⁸ En sentido contrario *vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en materia hacendaria de 17 de abril de 1980, *Revista de Derecho Público*, núm. 2, Caracas, 1980, p. 113.

dad superior deba examinar la decisión de la autoridad subordinada, ella tiene la facultad de reformar o de anular dicha decisión, incluso en sentido contrario a las pretensiones del autor del recurso»⁷⁹. Sin embargo, en los casos en los cuales surjan nuevos elementos de ilegalidad distintos a los alegados por las partes, el principio del respeto al derecho a la defensa exige que el funcionario notifique a los interesados de tal circunstancia, para que expongan sus alegatos, con anterioridad a la adopción de la decisión, tal como lo garantiza la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 119)⁸⁰.

Cuando las cuestiones debatidas en el recurso administrativo sean cuestiones de mérito o conveniencia, el tema de la *reformatio in pejus* se plantea con más interés. En general se estima en la jurisprudencia francesa, que en esos supuestos, la revocación del acto administrativo sólo puede ocurrir con el acuerdo del recurrente, y su modificación no puede hacerse sino a favor del mismo⁸¹. Sin embargo, en presencia de normas legales como la de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, conforme a la cual, el órgano administrativo «debe resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegadas por los interesados» (art. 89), es decir, que surjan de oficio, debe admitirse procedente *la reformatio in pejus*, siempre que se respete el derecho a la defensa y se noti-

⁷⁹ *Cit.*, por G. ISAAC, *op. cit.*, p. 638.

⁸⁰ En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela), sin embargo, en virtud de no estar prevista expresamente esta audiencia previa al interesado como lo consagra la Ley española, se ha considerado que la autoridad administrativa no está obligada a notificar a los interesados, lo que encontramos altamente inconveniente. *Vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa de 9 de febrero de 1989, *Revista de Derecho Público*, núm. 37, Caracas, 1989, p. 83. *Vid.* además, de la misma Corte, sentencia de 16 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, núm. 28, Caracas, 1986, p. 97; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de abril de 1985, *Revista de Derecho Público*, núm. 22, Caracas, 1985, p. 164.

⁸¹ *Vid.* lo indicado en G. ISAAC, *op. cit.*, p. 638.

fiquen al interesado, previamente a la decisión, las nuevas cuestiones surgidas, para que formule sus alegatos.

4. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por último, en relación a los recursos administrativos, contrariamente a la solución del derecho francés, donde no es necesario ejercer recurso administrativo alguno previo al contencioso-administrativo⁸², en España y América Latina, en general, se exige como condición de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos, el agotamiento de la vía administrativa, lo que en muchos casos exige, precisamente, el ejercicio previo de recursos administrativos.

En efecto, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa, establece como condición de admisibilidad del recurso el que el acto administrativo recurrido «agote la vía administrativa», es decir, que dicho acto sea la última palabra de la Administración en cuanto que emane del superior jerárquico⁸³. Se trata de un privilegio de la Administración, de poder revisar sus actos administrativos, antes de que se sometan a control judicial.

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa puede ocurrir sin que se exija intentar recurso administrativo alguno, lo que ocurre en los casos de actos dictados por el superior jerárquico, un Ministro por ejemplo, o por órganos desconcentrados cuyas decisiones agoten la vía administrativa y no sean susceptibles de recurso jerárquico⁸⁴. De resto, si se trata de un acto administrativo dictado por un funcionario de inferior jerarquía en una organización administrativa,

⁸² J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, París, 1984, t. 1, p. 68, t. 2, p. 234; G. ISAAC, *op. cit.*, pp. 664 ss.

⁸³ Arts. 84.5 y 124.2. *Vid.* en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, p. 298 ss.

⁸⁴ Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica...*, *cit.*, p. 367.

el interesado, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa debe agotar los recursos administrativos, es decir, debe interponer el recurso de reconsideración y luego, el jerárquico ⁸⁵.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en estos casos, establece que

«la vía administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes» (art. 93).

El principio del agotamiento de la vía administrativa, como paso previo para acudir a la vía contencioso administrativa puede decirse que es general en América Latina, y consagrado expresamente en las legislaciones de Costa Rica, Colombia y Argentina ⁸⁶, las cuales si bien prevén el sistema de recursos administrativos, en muchos casos admiten la impugnación contencioso-administrativa de actos administrativos que *per se* agoten la vía jerárquica, sin que sea necesario intentar un recurso administrativo previo.

Distinta es la situación de España, donde la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe, como principio, la obligación de que, como *requisito previo* a la interposición del recurso contencioso-administrativo deba formularse el recurso de reposición ⁸⁷. Se exceptúan del cumplimiento de tal requisito, sin embargo, entre otros, la impugnación de los actos administrativos que impliquen resolución de un recurso administrativo, y los actos presuntos en virtud del silencio administrativo ⁸⁸.

⁸⁵ *Idem*, p. 368.

⁸⁶ Art. 356 LGAP Costa Rica; arts. 63 y 135 CCA Colombia; art. 23 LPA Argentina.

⁸⁷ Arts. 52 LRJCA y 126 LPA España.

⁸⁸ Art. 53 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, España.