

leyes en sentido material), no son cosa extraordinaria en las constituciones y leyes, ni en la práctica de la actividad estatal.

b) El principio de "legalidad", que en términos generales puede enunciarse como el sometimiento de todos los órganos y sujetos de derecho público a la normatividad del Estado, la cual, a su vez, ostenta una estructura jerárquica cuyo estrato superior está representado por la Constitución, y en cuyo escalafón cualquier norma debe sujetar su contenido jurídico a todas las normas superiores. Tanto sujeción a la ley como composición normativa jerarquizada son los elementos fundamentales del llamado "Estado de Derecho", noción que, en un sentido más general, envuelve la idea del "Estado como ordenamiento jurídico", es decir, como *orden de personas, de cosas y de situaciones*, regidas conforme a las reglas del derecho.

c) La presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos mientras su invalidez no sea declarada por un tribunal competente. Aun en el caso de la suspensión temporal o provisional de la medida, ésta sigue manteniendo su validez, puesto que lo suspendido no es el acto propiamente sino sus efectos.

d) El carácter obligatorio y ejecutorio de los actos administrativos, noción que entraña la virtualidad de crear, por sí mismos, sin el apoyo de otro acto jurídico o la determinación de otra autoridad, la obligación de obedecerlos a cargo de los administrados, o, ante la repulsa de estos, la facultad de hacerlos cumplir coercitivamente.

Esta característica que es una de las prerrogativas de la autoridad administrativa, es la manifestación jurídica de las notas de *practicidad, inmediatez y concreción* que, entre otras, la doctrina moderna le atribuye a la administración pública 10/. No sería inapropiado suponer así fuera como hipótesis de trabajo, que un principio de solución al problema de la fijación del espacio que ocupa la administración dentro del ámbito general del "Ejecutivo", podría identificarse en las connotaciones mencionadas. Sin que la administración deje de ser una "porción" del Gobierno, lo que marca la separación y señala la identidad específica de éste y de aquélla podrían ser las nociones mencionadas, pues

por lo general los actos de gobierno propiamente tales se acercan más a la esfera política, en la cual, dada la considerable magnitud y a veces la inasible vaguedad de las situaciones planteadas, no siempre aparecen nítidamente perfilados los aspectos prácticos, ni los contornos concretos ni los resultados inmediatos de las medidas adoptadas.

e) La interrupción de los efectos del acto administrativo mediante la *suspensión provisional* por mandato de tribunal competente. La figura constituye uno de los últimos vestigios de la intervención jurisdiccional en la administración activa, aunque ya no por parte de la justicia judicial sino de la justicia de lo contencioso administrativo.

La suspensión temporal del acto mientras el juez administrativo resuelve acerca de su validez o no, es una creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, cuya denominación, *Sursis a Execution* (aplazamiento a la ejecución) está indicando por sí sola que se trata de un arbitrio o instrumento jurisdiccional limitativo de la inmediatez, es decir de la ejecutoriedad inmediata de la decisión (no de su validez), puesto que lo que se aplaza son los efectos prácticos o ejecutorios del acto mientras se evalúa su consistencia jurídica. No está por demás anotar que la jurisprudencia francesa ha perseverado en la tesis de que la suspensión sólo procede cuando el demandante aduce "argumentos serios" ("*si les moyens invoqués son sérieux*") contra la juridicidad de la decisión atacada: y que se pruebe que tal decisión, de producir sus efectos inmediatamente, causaría al demandante un perjuicio "difícilmente reparable" ("*un dommage difficilement réparable*") 11/.

A las anteriores condiciones la jurisprudencia francesa le ha agregado la tesis de que la suspensión debe negarse siempre que el acto respecto del cual se pide constituya un "acto de rechazo" ("*decision de refus*"), ya que como observa el tratadista Jean Rivero, este tipo de decisiones no modifican la situación jurídica anterior, por lo cual ordenar la suspensión a una negativa sería tanto como obligar a la administración a la realización positiva de lo negado, lo cual constituiría un "mandato" ("*une injonction*") a la administra-

ción activa que les está prohibido ordenar a los jueces administrativos 12/.

f) La sujeción a formas y procedimientos especiales conducentes a la expedición del acto. Este principio, no empuja a su importancia, apenas viene plasmándose lentamente en las legislaciones, pues hasta ahora sólo algunos actos están precedidos y son el resultado o culminación de formalidades y procedimientos previos, legalmente necesarios para su formación y expedición.

13. La Importancia de las formas.

No obstante la inmensa trascendencia de este principio, pues se relaciona nada menos que con las formas y ritualidades procesales que deben concurrir para que ostente validez la decisión ejecutoria en vista de sus efectos y como garantía para la preservación de los derechos de los administrados, los procedimientos administrativos están muy lejos de abarcar la gama completa de todos los actos administrativos, meta que aun no se ha alcanzado ni siquiera en los países de mayor desarrollo jurídico. Siendo las formas un medio destinado a proteger los derechos de las personas en la producción de las decisiones administrativas, especialmente cuando el acto crea cargas, limitaciones u obligaciones para aquéllas, su importancia es medular en un "Estado de Derecho". A este respecto, la doctrina moderna, a falta de procedimientos especiales, remite a las fórmulas del Procedimiento Civil, en lo que éstas, por analogía de materia, puedan ser aplicables: pero en todo caso sienta algunos postulados mínimos del "debido proceso administrativo", concretados en: 1) el principio de la audiencia de las partes, 2) enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración o por las partes, 3) determinación de los plazos o términos dentro de los cuales puede actuar la administración, 4) precisión de los actos que requieren concepto o consejo previos de competencias auxiliares, 5) necesidad de motivación por lo menos sumaria en todos los actos que afecten a los particulares, 6) formas de notificación con la indicación de los recursos, y 7) el principio de la

nulidad de los actos por la violación de las normas que otorguen garantías a los administrados.

14. Prerrogativas de la administración o del derecho público.

Consisten en las ventajas o privilegios de que gozan los entes administrativos frente a los administrados, en razón de los cometidos de interés general que deben cumplir aquéllos. La función pública en beneficio de la comunidad constituye la razón suficiente de la desigualdad, ya que, en último término, se plantea aquí la eterna disyuntiva enunciada por el principio general de derecho según el cual el interés privado debe ceder al interés general cuandoquiera que ambos órdenes de intereses entren en conflicto. Además, los medios autorizados por el derecho para el manejo de los negocios privados suelen en muchas ocasiones ser ineficaces para la gestión de los asuntos públicos y para alcanzar los fines del Estado. Y, en fin, sin que se agote el catálogo:

g) Las doctrinas sobre: el acto administrativo, la responsabilidad del Estado, los servicios públicos (que para Duguit llegaron a ser no sólo el objeto exclusivo del derecho administrativo, sino la sustancia propia de toda la actividad del Estado), el poder de policía, el "status" de los agentes públicos, la modificación unilateral por los administradores del reglamento del contrato administrativo; las diversas situaciones que en el curso de su ejecución pueden surgir, en las que se protege el interés del contratista particular merced a sistemas tendientes a restablecer el equilibrio del contrato para evitar la ruina de éste, como ocurre con la aplicación de la "teoría de la imprevisión", el "hecho del príncipe", etc.

15. Protección de los derechos individuales.

Es conveniente observar que estas figuras, favorecedoras de los contratistas privados, lo mismo que la responsabilidad administrativa por las faltas del servicio que origina la indemnización del

perjudicado, son prueba fehaciente de que el derecho administrativo no constituye, como muchos han llegado a pensar, un expediente o instrumento al servicio exclusivo de la administración pública en los conflictos con los administrados, sino que, al contrario, su normatividad protege en gran medida los derechos de estos contra la arbitrariedad o el abuso de la autoridad. Como advierte De Laubadère: "No debe suponerse que esta autonomía del derecho administrativo sea siempre en interés de la administración; las reglas especiales de derecho administrativo son a veces menos favorables para ella que las reglas del derecho civil. La teoría del riesgo en materia de responsabilidad, la de la *imprevisión* en materia de contratos, son ejemplos de teorías especiales de derecho administrativo favorables a los administrados. Sin embargo el carácter exorbitante del derecho administrativo se traduce en ventajas para la administración, en particular por la existencia de *prerrogativas de derecho público* que no presentan analogía en el derecho privado. Estas *prerrogativas* son a base de coerción y se manifiestan por el empleo del acto unilateral. Ellas permiten a la administración obligar al administrado a alguna cosa y, por consiguiente, contrastan abruptamente con las técnicas del derecho privado dominadas por el principio de la igualdad de las voluntades" 13/.

Una apreciación de conjunto sobre el "Droit Administratif" (o sea ese "producto" del derecho típicamente francés, que es en general tan escrupulosamente imitado en otros países del mundo, y particularmente en las naciones latinoamericanas), permite ubicarlo en un término medio entre los sistemas angloamericano y alemán. Dentro de aquél, la "rule of law" aplicada por la jurisdicción ordinaria, que es la única, debe ser respetada por la autoridad administrativa, la cual igualmente tiene que hacerse autorizar por el juez para efectuar muchas de sus actuaciones y obedecerlo en el cumplimiento de sus "writs" o mandatos. En Alemania el principio es el de que la orden de la autoridad administrativa debe ser ejecutada, y que esa autoridad provee y procede materialmente a la ejecución efectiva de la decisión que ha tomado. Esta tendencia es conexas a la idea tradicional germana de que el "obrigkeitlich" (orden del soberano) debe ser ejecutada. En términos generales, en Alema-

nia la autoridad administrativa no necesita ser expresamente habilitada para usar de coerción en las materias encomendadas a su misión.

16. El propósito y el contorno del "Droit Administratif".

Dado el origen del derecho administrativo francés, (la independencia de la administración activa respecto de la acción de la justicia judicial), podría pensarse -como ya se observó- que con su institución se habría pretendido también rodear a la administración de gabelas y privilegios especiales con desmedro de los administrados, erigiéndose frente a estos una burocracia arrogante, arbitraria, con poderes ilimitados. Esta fue la idea que durante muchos años se tuvo, principalmente en Inglaterra, acerca de aquella innovación francesa que contraría fundamentalmente el sistema del "rule of law". Sin embargo, conviene reiterar que es un error creer que este derecho recién creado (con apenas doscientos años de existencia), y cuya autonomía es proclamada en los países donde su teoría ha calado, sea un simple instrumento que opere sistemáticamente en interés de la administración. Por el contrario, en la práctica algunas reglas especiales del derecho administrativo son muchas veces menos favorables para los entes públicos que la adopción de los artículos afines o respectivos del Código Civil. La mayor apertura hacia el reajuste del contrato en beneficio del contratista privado, gracias a las teorías de la *imprevisión* y del "*fait du prince*", son ejemplo, (y por cierto no el único) de la situación descrita. Empero, el carácter exorbitante del derecho administrativo se manifiesta en notables ventajas para la administración, concretadas especialmente en la existencia de las ya mencionadas *prerrogativas de derecho publico* (o de la administración) que carecen de contrapartida en el derecho privado.

17. El Derecho Administrativo y el Derecho Civil.

Respecto del contorno propio de esta disciplina, y especialmente por lo que concierne al verdadero ámbito de su autonomía, De Laubadère ha estimado que ésta carece de un alcance absoluto. La regla del derecho administrativo no es siempre necesariamente *otra distinta* a la del derecho privado. A este respecto surgen tres hipótesis:

1a. El derecho administrativo es, por su contenido, diferente del derecho privado, ya porque no existe correspondencia en éste (las prerrogativas de derecho público), ya porque las teorías análogas en ambos derechos revisten en el administrativo formas originales, con reglas diferentes (las teorías de la propiedad, el contrato, la falta, se convierten en la "propiedad administrativa", el "contrato administrativo", la "falta administrativa");

2a. La regla del derecho administrativo es la misma del derecho privado; pero esto no quiere decir que por ello aquél pierda su autonomía. Esto significa que cada derecho aplica una regla idéntica en razón de que la materia, desde el punto de vista axiológico, de conveniencia, o de necesidad por satisfacer, es la misma en las dos disciplinas. Todo lo que puede decirse en este caso y en razón de la prioridad en el tiempo, es que el derecho administrativo se *inspira* en el derecho privado.

En Francia, a diferencia de lo que ocurre en otros países, inclusive en Colombia, la autonomía del derecho administrativo se manifiesta exterior o formalmente en que, en el caso de esta hipótesis, el juez administrativo se abstiene de citar el artículo del Código Civil o de la ley privada a pesar de que lo aplica; o mejor, "construye" y aplica una regla similar al texto del derecho privado;

3a. Sin embargo, en Francia también se dan casos en que, desechando el prurito de la autonomía, el juez administrativo cita o transcribe sin ningún empacho la norma del Código Civil. 14/. En el derecho administrativo francés adviértense dos características esenciales: su formación prevalentemente jurisprudencial y su

constante evolución. La primera obedece a las innovadoras tesis de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del último tercio del siglo pasado hasta nuestros días. Esa formación no se produce de una vez, sino que va surgiendo paulatinamente hasta desembocar en disciplina relativamente independiente o en una rama del derecho que apenas toma consciencia de sí misma a medida que "especies" jurisprudenciales "sui generis", proferidas para los nuevos casos que arroja la dinámica social de Francia, tan fluida en las últimas centurias, permiten el sucesivo abandono de las concepciones civilistas que antes imponían su rigor formal en las cuestiones de derecho público. Requirióse un esfuerzo supremo para desembarazar la temática del último de rutinarias y tradicionales imbricaciones jusprivatistas. El impulso renovador provino de dos fuentes: de una parte la ya mencionada jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, y de otra la ardua y brillante tarea de los tratadistas de esa Nación. Se ha convenido en concederle un primer lugar no sólo en el tiempo sino en importancia a Laferrière por su obra *Traité de la Jurisdiction Administrative*, aparecida en 1886. Durante el presente siglo surge una serie de autores y tratadistas que difícilmente encuentran par en la historia universal del derecho. A esa constelación de doctrinantes pertenecen Berthelémy, Hauriou, Duguit, Jéze, etc., cuyo auxilio resulta inevitable en muchos de los problemas que suscita esta disciplina.

Con todo, el derecho administrativo aun no ha experimentado estratificaciones o fijaciones doctrinarias definitivas. Por ello, la otra característica es su constante evolución. Muchas de las reglas y teorías que se formularon en un primer momento han padecido mutaciones profundas. La teoría de la responsabilidad de la administración, verbigracia, es hoy la antítesis de lo que fue en un principio. La constante movilidad doctrinaria del derecho administrativo obedece sin duda a la dinámica de la materia que constituye su objeto. Las relaciones entre el Estado y sus súbditos, entre la administración y los administrados, han experimentado cambios notables en el presente siglo, que contrastan con la relativa inmovilidad y permanencia de las relaciones entre las personas privadas. Las nuevas concepciones sobre el Estado, el espectro creciente de sus fines y cometidos, los derechos que éste debe

preservarles a las personas y el bienestar que debe asegurarles, son puntos que ofrecen múltiples matices y que generan desacuerdos o conflictos entre los extremos estatal y personal de la relación.

18. Los medios de acción y defensa del Derecho Administrativo.

La justicia administrativa es puesta en movimiento por los administrados frente a la administración activa y para hacer valer sus pretensiones, en las cuales van implícitas la defensa de sus derechos y la reparación de los daños que les causa la acción del Estado, por medios que en derecho francés mantienen el apelativo de recursos (*Recours*), ejercitados ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales del ramo.

El de Exceso de Poder (*Recours pour excès de pouvoir*), que es el prototipo de los recursos y que sirve para preservar el principio de legalidad, aunque requiere la existencia de un cierto interés personal, tiene un alcance anulatorio del acto con extensión *erga omnes* (como la acción de nulidad prevista en Colombia por el artículo 84 del C.C.A), y se ejercita en acción pública pero sólo dentro de los dos meses siguientes a la expedición del acto. Afín del anterior es el recurso por desvío de poder (*Recours par détournement de pouvoir*).

El de Plena Jurisdicción (*de pleine juridiction*), a más de la nulidad tiende a la reparación del daño causado por el acto (en razón de lo cual equivale a la acción de nulidad con restablecimiento del derecho del art. 85, y también a la acción de reparación directa del art. 86 *ibid*).

Relacionados con el primero, el cual no agota completamente todas las manifestaciones de ilegalidad o anulación que pueden darse en la actividad de la administración o en otras esferas, surgen igualmente el recurso en Apreciación de la Legalidad (*recours en appréciation de la légalité*), por el cual una cuestión de legalidad de un acto administrativo es enviado a un tribunal de lo contencioso administrativo, en el curso de un proceso adelantado ante otra jurisdicción. Este recurso tiene por objeto exclusivo establecer si el acto en cuestión es ilegal, pero no declarar su anulación. Se trata, por ello, de un simple contencioso de legalidad, mas no de nulidad.

Ciertos recursos de anulación (*Certains recours en annulation*), en que el exceso o desvío de poder no se origina propiamente en la administración, como ocurre en los contenciosos electorales. Y, por fuera de las dos grandes vías (exceso de poder y plena jurisdicción) existe el *recurso de interpretación*, por el cual se demanda de un tribunal administrativo la correcta interpretación de un acto o contrato administrativo. Dentro de la propia jurisdicción, (es decir en la línea ascendente y jerárquica de Consejos de Prefectura -hoy convertidos en Tribunales Administrativos- a Consejo de Estado), proceden los recursos de apelación y en algunos casos el extraordinario de casación (*Recours d'appel et de cassation*).

Finalmente, también existen las llamadas *Vías de retractación* (*Voies de rétractation*), entre las cuales figuran el recurso de rectificación de error material y el *recurso de revisión* (*Recours de rectification de erreur matérielle, Recours en révision*), el primero de los cuales tiende a enmendar las decisiones basadas en errores aritméticos, de fechas etc. que influyen en el fondo de lo resuelto; el de revisión tiene por objeto revisar y anular aquellas sentencias dictadas con base en una prueba falsa, o influidas por la ausencia de una prueba que la parte contraria ha ocultado, o afectadas de un vicio muy grave. Las causas de las irregularidades de que adolecen los actos administrativos son el exceso de poder, el desvío de poder la incompetencia del agente que los expide o el vicio de forma (*excès de pouvoir, détournement de pouvoir, incompétence o vice de forme*), reductibles genéricamente a las diversas modalidades de *ilegalidad*, determinada ya por violación sustancial de la ley o por vicios formales o de procedimiento en la formación o expedición del acto.

No obstante ser tan copioso el aporte doctrinario y del Derecho Administrativo francés a la teoría general del Derecho, una de las realizaciones más benéficas y sorprendentes de dicha disciplina (inexplicablemente poco advertida por la crítica jurídica), consistió en la personificación "per se" de la Administración pública, fenómeno que imperceptiblemente la doctrina administrativista en concordancia con los miembros del Consejo de Estado admitieron y aun estimularon. No empece a los reparos sobre las personas morales, o sobre la personificación ficticia de entes constituídos por la plura-

lidad de personas humanas y aun por simples objetos materiales (las fundaciones), erigir a la Administración en "un centro de imputación de derechos y deberes", constituye la base insustituible del Derecho Administrativo, y, concretamente, es el soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado, nota fundamental que ha distinguido a dicho sistema del régimen inglés, como se verá luego.

Cabe anticipar, sin embargo, que una de las dificultades del régimen inglés para la salvaguarda de los intereses de los administrados (especialmente en punto a resarcimiento de daños causados a estos por la administración), es la carencia de personalidad de la Corona, y la aplicación del principio "The King can do no wrong" (el rey no puede hacer daño), que estuvo vigente hasta la expedición del *Crown Proceedings Act* de 1947.

En el Derecho Administrativo francés el fundamento más saliente del fenómeno de personificación espontánea parece ser el hecho de que los entes públicos al obrar por separado se supone convencional o ficticiamente que están ejerciendo una competencia irradiada desde la soberanía unitaria del Estado, y, a su turno, en cada uno de sus actos le están retornando al Estado el tanto de imputación moral o material de las operaciones. En el Estado, pues, viene a quedar radicada la unidad nuclear única, a modo de "centro de imputación exclusiva" de la responsabilidad administrativa derivada de los actos de los órganos, funcionarios o agentes públicos. Es un error, por ello, suponer (como suponen algunos retrogradando la doctrina y dejando a los administrados inermes frente a los abusos de la administración 15/), que la responsabilidad patrimonial de los entes administrativos sólo se configura con la preexistencia formal de la personalidad jurídica en estos, cuando lo cierto es que con personalidad o sin ella, el agente público al actuar rebota la responsabilidad de su acto al Estado, como totalidad personal unitaria en nombre del cual obra. La pluralidad de la administración o "las varias administraciones públicas" (según suele pluralizar la doctrina), tiene sentido y se explica en cuanto "La galaxia administrativa gira en torno a la Administración del Estado, en cuya órbita se mueven todas las demás Administraciones menores, merced a una serie de técnicas que permiten

reconducir a una unidad estructural esta realidad plural que es la Administración pública." 16/.

19. Personalidad jurídica del Estado.

A mediados del Siglo XIX, el Estado mismo había sido investido de personería jurídica por la doctrina alemana (Albretch, Laband, Jellinek, entre otros). Según Gerber, esta personificación constituye el presupuesto necesario para toda construcción de derecho público. Sin embargo erigiase en obstáculo casi insalvable, de efectos perturbadores para una identidad eficiente (es decir con efectos prácticos), del derecho administrativo, el concepto organicista de los tres poderes separados del Estado. Tres ramas u órganos ahipostáticos o despersonalizados, como suelen ser los órganos o miembros de todo organismo tomados en forma aislada o en conjunto. La personalidad jurídica pertenecía al Estado como totalidad, y no a cada uno de sus órganos. El primer paso hacia el allanamiento de la dificultad creada por la unidad personal e indivisa del Estado y la correlativa impersonalidad de sus partes orgánicas (con el aditamento de que son precisamente las últimas las que representan al Estado-actuante, ya que realizan las acciones u operaciones de esa persona estatal quieta y mayestática), fue la invención de las funciones. Lo que interesa no es la metáfora botánica de las tres ramas o anatómica de los tres órganos. Lo que importa es que el Estado es algo que cumple *funciones*. Como la imaginación imita a la naturaleza y a la vida, la terminología de las ciencias sociales vuelve aquí a tomar en préstamo un fenómeno natural y recurre a una metáfora fisiológica. Lo que interesa es que el Estado, sea cual fuere el "nomen" con que se designen las partes de que se compone, por lo que respecta a éstas, es algo que cumple "funciones". De esta manera la parte o porción del Estado tenida por rama u órgano Ejecutivo, casi identificada con la Administración Pública, pasa a ser considerada entonces como *función* del Estado-persona. Se ha producido el primer desplazamiento importante del obstáculo que impedía dilucidar el problema en la vía de su solución racional. El Estado sigue siendo persona unitaria, pero ya no es

necesario resolver la antinomia entre esa unidad indivisa y un conjunto de poderes individualizados, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, que siguen siendo partes, pero también y esencialmente funciones de aquél, el cual, se repite, continúa como persona única que realiza varias funciones, una de las cuales es *administrar*. El Estado como función que administra es la Administración Pública. No es posible por ello -como advierte una respetable corriente de opinión-, encasillar la administración del Estado dentro de un cuadro objetivo, aislarla en un compartimiento material o formal de precisos contornos, por fuera del cual lo que se produzca en las demás esferas del Estado no es administración pública. Por el contrario: completamente posible resulta identificar formal o materialmente la función administrativa dondequiera que ella se presente.

20. La extensión de un concepto.

El propósito de hacer un capítulo aparte de lo que en el Estado es administrar, confinando tal concepto dentro de un cerco hermético, resulta intento tan inútil como erróneo. Aunque la Administración Pública se ubica predominantemente en el órgano Ejecutivo (con el cual casi se identifica), aquélla también se da en los otros órganos. Este es el criterio material de la administración, hoy prevalente. Por otra parte, como corolario de lo anterior, la tarea de separar o abstraer una específica parcela de actividad o acción, y proponerla como el objeto formal del Derecho Administrativo se ha estimado empresa baldía. Pero aun más: ha conducido a limitar inútilmente el horizonte teórico y práctico de dicha rama del derecho, que, por lo menos en Francia, como se ha visto, se plasma en su actual integridad y autonomía a partir de la revolución francesa. Administrar sería actividad singular y concreta del Estado en búsqueda de cometidos prácticos e inmediatos 17/; o exclusivamente gestión de los servicios públicos, tesis que propugló León Duguit con su escuela realista en la primera mitad de este siglo, y que actualmente ha perdido vigencia; o conjunto de formas jurídicas especiales de regular la acción del Estado como acto de

autoridad; acto-condición ó acto ejecutorio; o el simple conflicto entre el Estado y sus súbditos; o la regulación de las "prerrogativas" del poder y las "exorbitancias" del derecho común; o la teoría de los actos unilaterales de la administración frente a los contratos administrativos con su sistema de seguridades de ejecución en beneficio de los entes públicos, pero también con su elenco de defensas y salvaguardias para los contratistas privados, parte frágil de la relación; o, ante la insuficiencia de cualquier forma de caracterización positiva, la fórmula negativa alemana de la administración como residuo, vale decir como función concretada en todas aquellas actividades que no son legislación ni son jurisdicción 18/; y, en fin, un etcétera amplio, donde caben desde las relaciones especiales de poder hasta la teoría de éste como puro derecho de imperio (*jus imperii*), emanación por excelencia de la soberanía, frente al cual los gobernados no tienen si no que obedecer.

21. El otro sistema de Derecho Administrativo.

El derecho administrativo no se limita a hollar los campos particulares de los objetos descritos, ni se resigna a ser un cuociente residual en el que se refugien todas aquellas cosas que los teóricos del Estado no pudieron acomodar en las otras alacenas de éste. Es, en principio, un conjunto de doctrinas y técnicas que tratan de abarcar la totalidad de la actividad estatal en cuanto ésta busca y realiza cometidos inmediatos tanto de conservación y orden como de interés colectivo y bienestar social. Su génesis jurisprudencial (por lo menos en Francia), no está delimitando actualmente su contenido material en ningún país. La ley formal, los reglamentos y los actos administrativos por lo menos en aquellos países donde se han imitado los principios y las formas del Derecho Administrativo francés; los "precedents" (y las "rules" que emanan de ellos), del Common Law, los "Statutes" (Leyes del Parlamento), la legislación subordinada nacida de la delegación del legislador, las órdenes y los "By laws" o disposiciones locales y corporacionales de la órbita angloamericana (como va a verse en los Capítulos siguien-

tes), constituyen también un sistema de Derecho Administrativo (*Administrative Law*), aunque quien dirima sus conflictos sea la misma justicia común por medio de los jueces y tribunales ordinarios (lo que es discutible según se verá luego); pues como ya se dijo, el derecho administrativo es una disciplina que regula la búsqueda inmediata de los fines concretos del Estado, y, por ello, no puede limitarse a la actividad estatal que, dentro del órgano ejecutivo, cumple tal propósito, ni es el fruto exclusivo de un país, así sea Francia la cuna de sus contenidos esenciales y formas más conspicias, pues el Estado moderno -o mejor el Estado en toda la historia- como realizador de cometidos, en cualquier Nación tiene unas reglas de derecho para cumplir tal misión. Aun en los países bárbaros o en las comunidades más atrasadas, existe un "modus juris" de cumplir esos cometidos inmediatos y urgentes requeridos por la vida de la comunidad, sin que sea este el momento de hacer su estimación axiológica, es decir de establecer su contenido de justicia, seguridad y otros valores.

22. El dato fundamental del Derecho Administrativo

Sin embargo, como todo derecho objetivo describe un conjunto de facultades y obligaciones de personas, prácticamente realizables en el juego inter-relacional de éstas, cabe concluir que uno de los hechos fundamentales que hace posible el Derecho Administrativo es la atribución de personalidad a la Administración Pública, haciendo de ella otro sujeto de derecho hipostático o personal, frente a las demás personas jurídicas (naturales o morales) de los administrados. "La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. *Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica.* Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace

posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo" 19/.

NOTAS DEL CAPÍTULO I

- 1/ El artículo 3º del Capítulo V de la Constitución francesa de 1791 prescribía: "*Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*"

Sin embargo desde antes, la célebre ley sobre división de los poderes de 16-24 de agosto de 1790, ordenaba: "*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives.*"

- 1a/ Desde tiempos inmemoriales el estamento judicial sentíase titular del derecho de guarda o depósito de las leyes (*Dépot des Lois*), del cual hacía derivar la facultad de someterlas al *Enregistrement* (registro de las ordenanzas regias, necesario para su aplicación y cumplimiento), y la *Remontrance* (derecho de réplica y devolución de las ordenanzas para que la autoridad regia las reconsiderara).
- 2/ Pierre Gaxotte, *La Revolución Francesa*, Madrid 1941. p.65.
- 3/ Gaxotte, op.cit. p.67.
- 4/ Varios, *Trayectoria del Pensamiento Político*, Fondo de Cultura Económica, México 1961, p. 147.
- 4a/ En su divertido y revelador ensayo, *Les juges*, Colección "Les Temps qui court", ediciones Seuil, Paris, 1957, p.63, Casamayor cuenta que Monstequieu vendió su puesto de Magistrado en Burdeos por 130.000 libras. Narra además que el eminente magistrado D'Aguesseau todos los días tenía en su casa puestos 150 cubiertos; y que su colega Desbrosses poseía tantos bienes que los recaudadores de impuestos se daban gusto relacionando su patrimonio.
- 4b/ Cfr. F.Vincent, *Le Pouvoir de Décision unilatérale des Autorités administratives*, Bibliothèque de Droit Public, sous la direction de Marcel Waline, Paris, pp. 7 y ss.
- 5/ Gaxotte, op. cit. p.72.
- 6/ *ibid.*

- 7/ Marcel Waline, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, Paris 1952.
- 7a/ Sin embargo, es indudable que el punto de partida de la jurisdicción delegada al Consejo de Estado en materia contencioso administrativo se origina en la ley de 24 de mayo de 1872 como se verá luego.
- 8/ Georges Pradalié, *Le Second Empire*, Presses universitaires de France, Paris 1957, p.51.
- 9/ Waline, op. cit. p.47.
- 10/ Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 5ª edición, Milán 1949, p. 22.
- 11/ Luis Alberto Luna Benítez, *Lo Contencioso Administrativo*, Librería del Profesional, Bogotá, 1981, p. 268 y ss.
- 12/ Jean Rivero, *Droit Administratif*, 7ª edición, Précis Dalloz, 1975, p.219.
- 13/ André De Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª edic., Paris, 1955, p. 15.
- 14/ De Laubadère, op.cit. p.16
- 15/ La atribución de personería jurídica a muchos entes del Estado tiene por objeto facilitar la operación administrativa mediante la descentralización por gestión. Desde luego radica en el ente personificado y descentralizado la responsabilidad propia de la Administración pública (es decir del Estado) como unidad. Pero es crasa equivocación deducir de lo anterior que los entes administrativos no personificados no generan, a cargo del Estado, la responsabilidad derivada de sus actos.

De tan errónea deducción (al parecer), se deriva el formalismo a ultranza que ha llegado al colmo de rechazar acciones contra actos dañinos de la administración (*faute de service*), so pretexto de que en el libelo demandatorio no se "designó a la Nación o al Estado" en calidad de parte demandada, como si implícitamente la Nación, o mejor el Estado, no fuera el centro de imputación de todos los actos de la Administración pública. Ignorar esto último, desconociendo la personalidad procesal de la Administración como expresión activa de la persona misma del Estado, a más de constituir un adefesio de

marca mayor ha conducido en más de una ocasión a aberrantes situaciones de "denegación de justicia"!

- 16/ Videm Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 1983, 4ª edición T.I p.25.
- 17/ El tratadista italiano Guido Zanobini explica los caracteres de *inmediatividad y practicidad* de la Administración, señalando que "con la Administración, el Estado satisface los intereses públicos *de modo inmediato*. Esto no puede decirse de la legislación y la jurisdicción." Mediante la primera crea situaciones jurídicas generales, preventivas y abstractas (la ley); mediante la segunda "El Estado asegura que se cumpla la voluntad legislativa, y donde sea necesario, sustituye esta voluntad a la de los particulares" (la sentencia); y agrega: "La legislación y la jurisdicción se agotan en actos puramente psíquicos, de voluntad y juicio. Influyen en la actividad material de otros sujetos, pero no contienen ningún elemento de dicha actividad. La Administración, por el contrario, añade al elemento psíquico el elemento material de la actividad práctica, de la actividad que obra efectos en la realidad exterior", y en esto radica su *practicidad*. (op. cit. p.22 y ss.).
- 18/ Sostienen esta tesis, *inter alia* Fleiner, Merkl, Dieckmann, Meyer, etc.
- 19/ García de Enterría y Fernández, op. cit. sexta edición 1980, p.26.