

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
LUCIANO PAREJO ALFONSO
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
(Coords.)

1 La protección de los derechos frente al poder de la administración

Libro homenaje al profesor
Eduardo García de Enterría

Mário AROSO DE ALMEIDA
Celso BANDEIRA DE MELLO
Juan C. BENALCÁZAR GUERRÓN
André BRAEN
Allan R. BREWER-CARÍAS
Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO
Gladys CAMACHO CEPEDA
Juan Carlos CASSAGNE
Sabino CASSESE
Germán CISNEROS FARIAS
Diogo DE FIGUEIREDO
Carlos DELPIAZZO
Augusto DURÁN MARTÍNEZ

Giuseppe Franco FERRARI
Agustín GORDILLO
José Ignacio HERNÁNDEZ
Augusto HERNÁNDEZ BECERRA
Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Miriam M. IVANEGA
Ernesto JINESTA LOBO
François JULIEN-LAFERRIÈRE
Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO
Andry MATILLA CORREA
Claudia MORAGA KLENNER
Marco Aníbal MORALES TOBAR
Jacqueline MORAND-DEVILLER

Karlos NAVARRO MEDAL
Alejandro NIETO
José René OLIVOS CAMPOS
Ramón PARADA
Luciano PAREJO ALFONSO
Efraín PÉREZ
Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Enrique ROJAS FRANCO
Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA
Pierre SUBRA
Aldo TRAVI
Luciano VANDELLI

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
LUCIANO PAREJO ALFONSO
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
(Coords.)

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FRENTE AL PODER
DE LA ADMINISTRACIÓN**

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2014

	PÁG.
5. Una opción rechazada: la eficacia de la administración pública.....	82
6. El advenimiento del régimen constitucional	83
7. El efecto de los derechos territoriales.....	85
8. La irrupción del derecho europeo.....	85
9. La casuística y el principio de autoridad	86
10. Después del gran silencio	88
11. García de Enterría en la historia del pensamiento jurídico público.....	90

EN RECUERDO DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JOSÉ RAMÓN PARADA

1. El maestro García de Enterría, su primera cátedra y el cambio de paradigma universitario.....	93
2. El maestro García de Enterría, último libro, última lección.....	106

APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO EN GARCÍA DE ENTERRÍA EN EL DERECHO COMPARADO

EFRAÍN PÉREZ

1. Introducción	115
2. Noción del acto administrativo en García de Enterría respecto de otros autores.....	116
A) Acto administrativo: acto jurídico como expresión de funciones del Estado (acto normativo, acto jurisdiccional, acto subjetivo, acto condición - estos dos últimos formas típicas del acto administrativo- Duguit)	116
B) Otra "dirección"	117
a) Autotutela, paralelo, sentencia judicial (Mayer, Bocanegra)	117
b) Decisión ejecutoria (Hauriou-Vedel)	118
c) La autotutela no se necesita en todos los casos	119
3. Definición	119
4. Distinto de la potestad reglamentaria. No es una diferencia "cuantitativa" sino "de grado". "El reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica"	122
5. El acto administrativo y el negocio jurídico.....	123
A) Ejercicio de potestad administrativa	123
B) Autonomía de la voluntad.....	124
C) La voluntad en el poder discrecional.....	129
6. La noción contemporánea de acto administrativo y la tendencia a desvincularlo como centro del contencioso-administrativo	130
A) La evolución del concepto de "acto administrativo" hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos ..	134

APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO EN GARCÍA DE ENTERRÍA EN EL DERECHO COMPARADO

EFRAÍN PÉREZ

Sumario: 1. Introducción. 2. Noción del acto administrativo en García de Enterría respecto de otros autores. A) Acto administrativo: acto jurídico como expresión de funciones del Estado (acto normativo, acto jurisdiccional, acto subjetivo, acto condición - estos dos últimos formas típicas del acto administrativo-Duguit. B) Otra "dirección". a) Autotutela, paralelo, sentencia judicial (Mayer, Bocanegra). b) Decisión ejecutoria (Hauriou-Vedel). c) La autotutela no se necesita en todos los casos. 3. Definición. 4. Distinto de la potestad reglamentaria. No es una diferencia "cuantitativa" sino "de grado". "El reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica". 5. El acto administrativo y el negocio jurídico. A) Ejercicio de potestad administrativa. B) Autonomía de la voluntad. C) La voluntad en el poder discrecional. 6. La noción contemporánea de acto administrativo y la tendencia de desvincularlo como centro del contencioso-administrativo. A) La evolución del concepto de "acto administrativo" hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos.

I INTRODUCCIÓN

ESCRICHE, en la primera mitad del siglo XIX, ofrece su amplia definición de los "actos administrativos" del derecho español como "Las decisiones, providencias o hechos que cualquiera autoridad administrativa o agente del gobierno toma o ejecuta en desempeño de sus funciones. Los jueces no deben mezclarse de modo alguno en las operaciones de las autoridades administrativas, ni tomar conocimiento de sus actos, porque los poderes de la administración están separados y son independientes de los tribunales de justicia"¹.

Es una amplísima definición. Desde antes de esa época la noción de acto administrativo ha tenido manifestaciones diversas en las sucesivas expresio-

¹ *Diccionario razanado de legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos, 1838, pág. 124. Esta definición se repite en las ediciones que se han podido consultar, de Eugenio Maillefert y Compañía, París, 1858, pág. 78; Garnier Hermanos, París, 1901 y en la publicada por Editorial Temis, Bogotá, 1977, que, sin citar el año, reproduce la "Edición notablemente corregida y aumentada, con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Juan B. Guim, Doctor de ambos derechos y abogado de los tribunales del reino de España".

nes doctrinales y jurisprudenciales de los países que acogieron el esquema del derecho administrativo.

Pero, básicamente, toda la evolución del concepto se relaciona con 1) su admisibilidad en el contencioso-administrativo y 2) el intento de establecer una definición más estricta.

Según LAUBADÈRE, no es cierto que una noción tan fundamental en derecho administrativo como es el acto administrativo tenga una definición única y cierta².

En esta breve exposición trataré sobre la concepción del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA del acto administrativo en el derecho administrativo español y sus vinculaciones con la doctrina española y del resto de Europa, y algunos criterios expresados por autores de América del Sur.

En un esquema de la exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA, presentaré sus criterios (1) respecto de otros autores, (2) ampliado en el tema de su relación con el negocio jurídico, para concluir con (3) algunas breves reflexiones sobre el acto administrativo actual.

2. NOCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN GARCÍA DE ENTERRÍA RESPECTO DE OTROS AUTORES

GARCÍA DE ENTERRÍA inicia su concepción del acto administrativo con el examen de las nociones existentes, que las expondré en el mismo orden constante en su *Curso de derecho administrativo*³, conforme el cuadro esquemático que precede esta exposición.

A) *Acto administrativo: acto jurídico como expresión de funciones del Estado (acto normativo, acto jurisdiccional, acto subjetivo, acto condición —estos dos últimos formas típicas del acto administrativo— Duguit)*

GARCÍA DE ENTERRÍA contrasta este enfoque, que atribuye a cada función un acto específico, con el criterio que se encuentra en DUGUIT, seguido por JÈZE, que más bien hace un análisis abstracto de las diferentes clases de actos jurídicos que puede expedir el Estado, que los clasifica en: 1) acto normativo; 2) acto jurisdiccional; 3) acto subjetivo y 4) acto condición. Según esta escuela, los actos subjetivos y los actos condición serían los típicos actos administrativos, mientras el acto normativo correspondería a la función legislativa, y el acto jurisdiccional el típico de la función judicial, explica GARCÍA DE ENTERRÍA.

² ANDRÉ DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1992, pág. 511.

³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 16ª ed., Madrid, Civitas, Thompson Reuters, 2013.

B) Otra "dirección"

a) *Autotutela, paralelo, sentencia judicial (Mayer, Bocanegra)*. "Otra segunda dirección pretende caracterizar el acto administrativo por las notas de autotutela que en sí contiene", continúa GARCÍA DE ENTERRÍA. La monografía de BOCANEGRA SIERRA sobre el acto administrativo sería inspirada, "con algún matiz", en la corriente iniciada por MAYER y los alemanes de identificar el acto administrativo de la función ejecutiva con la sentencia de la función judicial, "como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito en un caso individual".

La otra corriente dentro de esta "segunda dirección" de *autotutela* sería, según GARCÍA DE ENTERRÍA, "la teorización de una «decisión ejecutoria» como el acto administrativo prototípico, que parte de HAURIUOY y que se mantiene aún en la doctrina francesa", calificando "esas concepciones como notoriamente imprecisas"⁴.

MAYER sustenta el criterio de que "[c]on la nueva estructura del poder público (el acto administrativo) llega a ser, súbitamente, un resultado de la separación de los poderes"⁵. Quizá con la finalidad de ilustrar este punto asimila el acto administrativo a la sentencia: "El acto administrativo representa para la administración el correlativo necesario de las sentencias de los tribunales; él es indispensable a fin de que la organización administrativa tenga igual valor desde el punto de vista jurídico. Por ello es que insistimos desde el principio, con gran energía, sobre el carácter equivalente del acto administrativo con relación a la sentencia"⁶.

Es verdad, decía STASSINOPOULOS que "[e]l acto administrativo determina el derecho en el caso individual; ocurriendo lo mismo en la decisión jurisdiccional"; pero añadía la necesidad de distinguir en qué se diferenciaban ambas nociones. Así, acude a la divergencia entre la estricta sujeción del juez a la ley, en contraste con el poder discrecional de la autoridad administrativa. Estos conceptos del siglo XIX ya se habían atenuado en la época en que STASSINOPOULOS hacía estas comparaciones en la década del cincuenta del siglo XX. Pero hoy se encuentra abandonada definitivamente la noción de que el juez lo que hace es aplicar estrictamente la ley, especialmente con la comprobación de los amplios vacíos de esta. Por otra parte, el ámbito de la discrecionalidad de la administración se encuentra extremadamente restringido. En cambio, mantiene su validez la observación del autor citado de que la administración puede actuar de oficio, mientras que el juez solamente puede intervenir a petición de una de las partes; no obstante que, observa, frecuentemente la administración está prohibida de actuar por su cuenta. Para concluir, afirma que el verdadero

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 588.

⁵ OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1982, pág. 75.

⁶ *Ibid.*

criterio de la distinción entre la sentencia y el acto administrativo es que “[L]a función ejecutiva, que se orienta a la satisfacción de las necesidades cotidianas del público, se manifiesta en el acto administrativo, que es una manifestación jurídica extremadamente elástica, revocable en principio y fácilmente adaptable a la función de la administración. [...] diferencia (entre el acto administrativo y la sentencia) que consiste esencialmente en el hecho [de] que solo la sentencia ostenta la fuerza de la cosa juzgada o fuerza de la verdad legal”⁷.

b) *Decisión ejecutoria (Hauriou-Vedel)*. Las “decisiones ejecutorias individuales” en Francia equivalen a nuestro acto administrativo, tal como se conceptúa el acto administrativo en la doctrina administrativa suramericana, especialmente la argentina.

A pesar de la tradición administrativista francesa, todavía se discuten las afinaciones del concepto del acto administrativo y de la “decisión ejecutoria”. Según VEDEL: “Las ambigüedades de las decisiones ejecutorias o, más exactamente, de la expresión «decisiones ejecutorias» se deben por una parte a que es utilizado para designar objetos diferentes y, por otra parte, a que es utilizado como sinónimo de acto administrativo unilateral”⁸.

Así, el término “ejecutorio” en Francia se aplica, sea al momento en que el acto entra en vigor —lo que incluye también los contratos—, cuanto “para calificar el acto, para identificar su naturaleza o, al menos, su carácter”. VEDEL cita el famoso *Manual de derecho administrativo* de MAURICE HAURIU, donde define la decisión ejecutoria como aquella que necesariamente establece la ejecución de oficio, y considera VEDEL que es una expresión sinónima de “actos administrativos unilaterales”.

HAURIU le atribuye a la administración la prerrogativa de “la acción de oficio” y el procedimiento por decisión ejecutoria⁹, que son el fundamento de la denominada “autotutela” de la administración por la doctrina.

Pero a partir de la duodécima (y última) edición (1992) de su conocida obra, VEDEL modifica su criterio estableciendo una importante diferencia entre “decisión ejecutoria” y “acto administrativo unilateral”. En efecto, señala, la diferencia estriba en que la decisión ejecutoria *modifica* una situación de derecho o de hecho anterior, lo que no ocurre con *todos*, sino con ciertos actos administrativos unilaterales, tal como se los concibe en Francia¹⁰.

⁷ MICHEL D. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Athènes, Institut Français d’Athènes, 1954, pág. 74.

⁸ GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 1, 12ª ed., actualizada, Paris, PUF, 1992, pág. 243.

⁹ MAURICE HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., 1933, edición facsimilar, Paris, Dalloz, 2002, págs. 361 y ss.; 371 y ss.

¹⁰ VEDEL, *op. cit.*, t. 1, págs. 245, 246-248: “una decisión que no produce modificaciones de la situación de derecho o de hecho existente con anterioridad no constituye una decisión ejecutoria, sin negarle, no obstante, el carácter de acto administrativo unilateral” (pág. 246).

c) *La autotutela no se necesita en todos los casos.* Con referencia a la autotutela entre las características del acto administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA con razón señala que no tiene que expresarse en todos y cada uno de sus actos jurídicos (actos interadministrativos, actos subvencionales: “no en todas las ocasiones la administración necesita tutelar y proteger sus derechos o intereses frente a terceros”)¹¹. Quizá por esa razón, VEDEL modificó su criterio y consideró *ejecutorios* solamente determinados “actos administrativos unilaterales” y no los demás de la administración.

MUÑOZ MACHADO va más allá en este tema, distinguiendo “como manifestaciones básicas de la autotutela administrativa una autotutela de carácter declarativo y otra ejecutiva”¹², y desestimando la validez de la *ejecución forzosa*, sostiene que esta debería deferirse al juez contencioso-administrativo, postulando: “El privilegio de la decisión ejecutoria es, en términos generales, compatible con la Constitución; el de la ejecución forzosa no siempre lo es”¹³.

3. DEFINICIÓN

Modificación de la definición de ZANOBINI (RANELLETTI): “Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁴.

Ahora bien, BOCANEGRA SIERRA también discute un concepto “amplio” a partir de la definición de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, modificada: “La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo, realizada por la administración en el ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria”¹⁵.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 588.

¹² SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. I, primera parte, Madrid, Iustel, 2006, pág. 620.

¹³ *Ibid.*, pág. 626.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA: “[...] la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. Los calificativos de la declaración, como “de voluntad, de juicio, etc.”, manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA que la hace “sobre una formulación ya clásica de ZANOBINI”, GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, t. I, pág. 591. A su vez, ZANOBINI atribuye la frase a RANELLETTI: aunque “aceptando sustancialmente esta última definición, creemos oportuna una leve modificación”. *Corso de diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, pág. 243. Similarmente, GARCÍA-TREVIANO FOS define el acto administrativo como “declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando [*sic*] en su faceta de derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados, o con la administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”, GARCÍA-TREVIANO FOS, *op. cit.*, págs. 96-97.

¹⁵ RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª ed., Madrid, Civitas Thompson Reuters, 2012, pág. 45.

GORDILLO, en Argentina, manifiesta que “en un concepto *amplio* de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general, acto unilateral individual), pero que en un concepto más restringido, que es el que adoptaremos [...], solo se tomarán en cuenta los actos *unilaterales e individuales*”¹⁶.

Antes de la Revolución, afirma MAYER en *Derecho administrativo alemán*, la noción de acto administrativo era completamente desconocida. Pero se debería matizar esta última afirmación, puesto que sin duda existían actuaciones de las autoridades, pero en tanto no se sometían a un juzgamiento externo o interno de la administración pública, resultaba innecesario distinguirlas o identificarlas jurídicamente. Tal vez en este sentido afirma CARRÉ DE MALBERG que ROUSSEAU ya había dicho que el acto administrativo no era más que “una voluntad particular, un acto de magistratura, un decreto”¹⁷.

En el afinamiento de la definición de acto administrativo se ha insistido en su alcance jurisdiccional. Así, afirma PARADA, siendo el acto administrativo todavía “básicamente una resolución enjuiciable, su concepto no debe comprender más que aquello que constituye objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que no sirve de mucho a estos efectos la definición ya clásica de ZANOBINI, muy difundida en la doctrina española”¹⁸. Como se ve, es un enfoque diferente formalmente de criterios, como el de BOCANEGRA, que propugnan una conceptualización del acto administrativo desvinculada de sus efectos jurisdiccionales.

En el derecho alemán, la ley correspondiente dispone: “Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)”. A partir de este precepto, BOCANEGRA avanza su propia definición “estricta”: “Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la administración en el ejercicio

¹⁶ AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, págs. n-29.

¹⁷ RAYMUND CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920 (en edición facsimilar del CNRS), pág. 471. El párrafo completo del *Contrato social* de ROUSSEAU señala: “Por la misma razón que la soberanía es inalienable, ella es indivisible. Puesto que la voluntad es general o no es voluntad; es la del cuerpo popular, o solamente de una parte del pueblo. En el primer caso esta voluntad declarada es un acto de soberanía y crea la ley. En el segundo, no es más que una voluntad particular, o un acto de magistratura; a lo máximo es un decreto” (Libro II, cap. 2, “Que la soberanía es indivisible”), *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris, Bibliothèque BORDAS, 1972, págs. 92-93 (trad. del autor). Recuérdese que ROUSSEAU publica la versión final del *Contrato social* en 1762, es decir, bastante antes de la Revolución francesa; de todas maneras, no utiliza el término “acto administrativo”.

¹⁸ RAMÓN PARADA, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 98.

de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria"¹⁹. Esta definición se proyecta en la línea que propugna este autor español, de la desvinculación del concepto de acto administrativo de la justicialidad de las actuaciones de la administración. Es decir, no solamente los actos administrativos se consideran justiciables, sino cualquier actuación u omisión ilegal o ilegítima de las autoridades. Así, ya no sería necesario extender exageradamente la cobertura del acto administrativo para cubrir todas las eventualidades de lesiones de los derechos de los ciudadanos²⁰. Esto se refleja en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de España y también en la reforma del artículo 38 de la Ley de Modernización del Ecuador, que considera justiciables en la jurisdicción contencioso-administrativa todos "los actos, contratos, hechos administrativos, reglamentos expedidos, suscritos o producidos" en el ejercicio de funciones administrativas, lo que se ha recogido en el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, que añade la "inactividad" de la administración entre las actividades justiciables en el contencioso-administrativo.

Hay que notar que la Ley de Modernización del Ecuador, desde comienzos de los años noventa del siglo xx, suprimió el requerimiento de agotar la vía administrativa y que en reforma posterior sometió a la jurisdicción contencioso-administrativa, además de los "actos administrativos", los "hechos" y "contratos" del Estado y su "inactividad".

1. "Declaración *intelectual*" y otros estados intelectuales: de juicio, deseo, conocimiento

2. Puede ser "declaración de voluntad"

GONZÁLEZ estima que "el término declaración es suficiente para indicar por sí solo ese conjunto de expresiones intelectuales"²¹.

3. Tiene que ser de la administración. Unilateral

El concepto de unilateralidad supone que para la manifestación de la voluntad administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento del acto respectivo basta el pronunciamiento del órgano competente, sin que se requiera la integración de la voluntad del receptor del acto, cuya aceptación o rechazo es indiferente para la validez del acto administrativo. Otra cosa distinta es que la unilateralidad del acto administrativo "no excluye [...] que la voluntad del administrado pueda jugar como presupuesto de existencia"²².

¹⁹ BOCANEGRA, *op. cit.*, pág. 35.

²⁰ "[...] parece inevitable, en la práctica, tener que partir de un concepto amplísimo de acto administrativo, estrictamente acomodado a aquellas necesidades del contencioso que permitan evitar situaciones de indefensión, con el concepto amplio que suele admitirse comúnmente en nuestra doctrina mayoritaria [...]" pág. 43.

²¹ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 683.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, t. I, pág. 593.

4. DISTINTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. NO ES UNA DIFERENCIA “CUANTITATIVA” SINO “DE GRADO”. “EL REGLAMENTO CREA O INNOVA DERECHO OBJETIVO, EL ACTO LO APLICA”

En España, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, “el reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica”²³. El derecho administrativo francés, en cambio, conserva la denominación de acto administrativo también para los reglamentos, que entran en la categoría de “actos administrativos unilaterales ejecutorios reglamentarios”, para distinguirlos de los actos que afectan situaciones subjetivas individuales. VEDEL manifiesta que “[e]l acto reglamentario es una variedad de acto administrativo”²⁴.

Según LAUBADÈRE, por ejemplo, “[l]a distinción de actos reglamentarios e individuales, sin embargo, no es absoluta y su puesta en vigencia encuentra ciertas dificultades”²⁵. MARIENHOFF en Argentina, considera que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, a diferencia de la definición que se ha adelantado, que se limita a las declaraciones unilaterales. Así, según este autor y los que lo siguen, el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral: “Todo contrato administrativo es, sustancial y esencialmente, un acto administrativo bilateral”²⁶.

Los españoles también incluyen en los actos administrativos aquellos actos llamados por el Estatuto ecuatoriano “simples actos de la administración”, “actos interlocutorios” o “actos de trámite”, así denominados por la misma legislación española y excluyen, como los italianos, los actos reglamentarios, sin que falten autores que consideran un sentido amplio de acto administrativo que “abarque [...] tanto al acto administrativo *general* como al *concreto*”²⁷. Pero sobre esta posición, se pregunta GARCÍA-TREVIJANO FOS, “¿es esto posible jurídicamente hablando?”, y contesta: “A mi juicio, en absoluto. La mayoría [*sic*] de la doctrina se opone a esta asimilación” (de acto administrativo con acto normativo). Concluye afirmando que “todo acto normativo —y en este caso los reglamentos y actos asimilados— debe excluirse de una teoría general de los actos administrativos”. Afirma que “la inclusión de los reglamentos entre los actos administrativos tiene su origen en el dogmatismo kelseniano trasladado al campo administrativo por MERKL”²⁸. Los administrativistas argentinos, en general, estudian el reglamento a continuación del acto administrati-

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, t. I, pág. 595.

²⁴ VEDEL, *op. cit.*, t. I, pág. 271: “L’acte réglementaire n’est qu’une variété d’acte administratif”.

²⁵ LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pág. 520.

²⁶ MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, pág. 39.

²⁷ GARRIDO, *op. cit.*, vol. I, pág. 414. En igual sentido RAFAEL ENTRENA CUÉSTA, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, t. I, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 175.

²⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, págs. 26, 27 y 29.

vo, mientras en España, por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA, lo estudian al principio, en el apartado sobre las fuentes del derecho administrativo.

BOCANEGRA coincide con GARCÍA DE ENTERRÍA en afirmar que "los actos administrativos deben ser consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria"²⁹.

En la actualidad, los administrativistas italianos subrayan el aspecto subjetivo de la "resolución" (*provvedimento*) en cuanto modifica o confirma la situación jurídica del ciudadano³⁰, excluyendo los actos normativos o reglamentos; mientras que incluyen en los actos (*atti*) administrativos tanto las "resoluciones" como los llamados en el Estatuto ecuatoriano *actos de simple administración*, es decir, los actos de mero trámite³¹.

5. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL NEGOCIO JURÍDICO

A) Ejercicio de potestad administrativa.

GARCÍA-TREVIJANO FOS desarrolla su conocido estudio sobre el acto administrativo en el marco de la teoría del acto jurídico y el negocio jurídico³². El enfoque del acto jurídico y del negocio jurídico del derecho privado, sustentados en la autonomía de la voluntad, que se origina en las construcciones teóricas de los romanistas alemanes del siglo XIX (pandectistas) lo traslada GARCÍA-TREVIJANO FOS al derecho público. Así, establece la ecuación siguiente: acto jurídico-negocio jurídico (derecho privado) = acto administrativo (derecho público).

DUGUIT, a comienzos del siglo XX, fue del mismo parecer; es decir, también identifica el acto jurídico del derecho privado con el acto jurídico —acto administrativo— del derecho público, pero por razones diferentes y, por tanto, con alcances distintos absolutamente. Hay que adelantar que la noción de acto jurídico del derecho francés difiere del acto jurídico y del negocio jurídico de los pandectistas alemanes, como se verá líneas abajo.

El derecho civil napoleónico, acogido por el Código suramericano de BELLO³³, aplicado en varios países suramericanos, incluye la noción de "acto jurídico" en múltiples disposiciones.

En general, en el Código de BELLO las reglas de los contratos civiles rigen, en lo aplicable, a los demás actos jurídicos. Muchos de los principios contractuales determinan normas generales, como por ejemplo, las condiciones para

²⁹ BOCANEGRA, *op. cit.*, pág. 42.

³⁰ Cf. GIANNINI, *op. cit.*, v. II, pág. 236; SANDULLI, *op. cit.*, t. I, pág. 611.

³¹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, art. 70.

³² GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, pág. 27.

³³ El Código de BELLO se aplica sustancialmente en Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela, con reformas.

que una persona se obligue a otra por “un acto o declaración de voluntad”, o “los vicios del consentimiento”³⁴, que disponen normas para todos los actos jurídicos determinados por la voluntad y no solamente para los contratos³⁵.

Los pandectistas alemanes construyeron la teoría del negocio jurídico para establecer un esquema único común que abarque figuras diversas, que códigos como el de Napoleón y el de BELLO consideran separadamente, sea el contrato y el testamento o determinadas notificaciones y aceptaciones, por ejemplo. Según los pandectistas la diferencia entre el “acto jurídico” y el “negocio jurídico” es que el acto jurídico es una acción humana con un efecto previsto por la norma jurídica, mientras que “[e]n el negocio (jurídico) el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción”³⁶, o, como lo define DE CASTRO: “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a [sic] dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”³⁷.

B) *Autonomía de la voluntad*

Es el sustento de la doctrina de acto jurídico y del negocio jurídico. El dogma de la autonomía de la voluntad ha sufrido ofensivas diversas en los últimos cien años, principalmente por los detractores de la doctrina del derecho natural. KELSEN y en general las teorías positivistas y formalistas del derecho, por ejemplo, desestiman el valor que la voluntad por sí misma pueda tener para afectar en cualquier sentido las relaciones jurídicas. Solo la norma legal puede determinar que la voluntad humana incida de alguna manera en el mundo jurídico, afirman. Es decir, la voluntad tiene algún valor jurídico en cuanto el acto específico de voluntad es reconocido por la norma jurídica y esta le asigna algún efecto específico en el ordenamiento. KELSEN reconoce “el negocio jurídico como hecho productor de derecho”. Pero contrasta el *deber* (*Sollen*) que establecen las partes contratantes, como “el sentido subjetivo del acto en que se da el negocio jurídico”, y aclara que también existe una significación objetiva, según la cual “este acto es un hecho creador de normas jurídicas en tanto y en

³⁴ “Art. 1445.—Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario”; “Art. 1451.—Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo”. Más adelante señala: “Art. 1454.—El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato [...]—”.

³⁵ FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER et IVES LAQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1993, págs. 39-40: “conviene transferir el acto jurídico unilateral al régimen jurídico del contrato. Esta transposición se acompaña, evidentemente, de adaptaciones provenientes de la especificidad del acto administrativo unilateral”.

³⁶ LUÍS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, t. I, vol. I, Introducción, Parte general, Derecho de la Persona, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 306.

³⁷ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 34.

cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad”: “Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas general, producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico”³⁸.

Tal posición pone a KELSEN en las antípodas del enfoque del negocio jurídico, puesto que despoja la autonomía de la voluntad de su potestad creadora particular de normas y derechos subjetivos. Ciertamente es que la doctrina del negocio jurídico lo que afirma es que se produce este cuando las partes quieren los resultados que la ley prevé para sus actos.

Pero el tema es que el formalismo jurídico despoja el orden jurídico de todo elemento “natural”, incluso suprimiendo el concepto mismo de “persona natural” en cuanto este se opone tradicionalmente, en el análisis jurídico, a la noción de “persona jurídica”. KELSEN menciona la antigua discusión acerca de las personas “reales”, es decir, lo que se conoce en derecho como “persona natural”, en su contraste con la “persona jurídica”, que en un momento denominó “ficticia” o “artificial” la teoría sin duda, recuerda KELSEN, existen autores que se han esforzado por demostrar que la persona jurídica también es real, no ficticia. Pero, afirma, es un esfuerzo vano el emprender en tal demostración, porque definitivamente la persona jurídica es una creación del derecho, en tal sentido “artificial”, pero también el concepto de la “persona natural” resulta artificial, puesto que sus derechos y atribuciones provienen exclusivamente del orden jurídico. Así, concluye: “Ser una persona o «tener personalidad jurídica» es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”³⁹.

Este enfoque absolutamente formalista se ve flexibilizado en cierta forma por HART —otro positivista—, cuando este reconoce que “la institución moral de una promesa” subyace a las denominadas “reglas de cambio”, las cuales “confieren potestad a los individuos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias”⁴⁰. Además, HART distingue entre “las diversas reglas jurídicas que confieren potestades a los particulares”, considerando “una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas pero,

³⁸ HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., México, D. F., Porrúa, 1997, pág. 264. La versión francesa de EISENMANN traduce el término *Rechtsgeschäft* por *acte juridique* aclarando que, en este contexto, *acto jurídico* “cubre solamente los actos jurídicos hechos por los particulares” es decir, “el negocio jurídico” de la doctrina alemana; explicación necesaria en la traducción al francés, en vista de que, como se ha visto, la doctrina jurídica francesa nunca acogió el concepto de *negocio jurídico* (*Rechtsgeschäft*) de los alemanes, Paris, Dalloz, 1962, pie de pág. 343.

³⁹ *Ibid.*, pág. 229.

⁴⁰ HERBERT HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 119-120. *The concept of law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 96.

[...] potestades públicas y oficiales y no de naturaleza privada⁴¹, que permite confirmar la percepción contemporánea sobre la diferente naturaleza del acto jurídico del derecho privado y del acto administrativo del derecho público.

HABERMAS ha intentado superar la perplejidad que causa la rigurosidad lógica de estas doctrinas frente a la comprobación práctica de los ciudadanos, que obedecen, en su globalidad, la ley y respetan el orden jurídico porque lo consideran en general “justo” y concordantes con su valoración ética propia, independientemente de las teorizaciones doctrinales y de la letra de la ley. La construcción de HABERMAS intenta combinar los aspectos positivistas de la ley con la realidad de su valoración ética de parte de los ciudadanos. No obstante, la suya es una construcción lógica *ex post*, puesto que se refiere a lo que debería ser *lógicamente*, pero nunca supera la explicación del *ser* actual que puede o no acatar el enfoque del *deber* considerado subjetivamente⁴².

Pero “la estructura jurídica de la sociedad no es producto exclusivo de la potestad pública”, sostiene con plena razón HERVADA. Este filósofo del derecho, cultor del *iusnaturalismo* contemporáneo, estima que “el ordenamiento jurídico aparece como un sistema de relaciones jurídicas reguladas por la norma. [...] Los momentos del ordenamiento [...] son múltiples [...]. Estos momentos son: la ley, el acto administrativo, la sentencia judicial y la actividad negocial⁴³.”

Así, la autonomía de la voluntad privada se considera un poder de naturaleza jurídica, capaz de causar *por sí misma* efectos jurídicos eficaces. Este poder creador de normas es un poder originario, mas no soberano, en cuanto se encuentra regulado por la ley, que impone requisitos determinados de capacidad y forma, y las condiciones de validez de los actos de la autonomía privada⁴⁴.

En todo caso, reconoce como otros “momentos del ordenamiento”, *diferentes* de la actividad negocial: la ley, el acto administrativo y la sentencia judicial, instituciones que ostentan características que difieren del negocio jurídico, con el cual no se pueden identificar.

Sobre la vigencia de la construcción teórica del negocio jurídico del derecho privado, señalan Díez-PICAZO y GULLÓN: “En Europa occidental, solo el Código Civil alemán, el portugués de 1966 y el de los Países Bajos de 1992 contienen preceptos que disciplinan de manera especial la declaración de voluntad, independiente de cómo se manifieste [...]. En los demás (códigos) que siguen fiel a su origen romano-francés, hay normas que regulan los contratos, los testamentos, los matrimonios, etc., pero no existen normas sobre el negocio jurídico, ni esta expresión es utilizada normalmente por el legislador⁴⁵.”

⁴¹ *Ibid.*, pág. 36. En la edición inglesa: pág. 28.

⁴² Cfr. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1996.

⁴³ JAVIER HERVADA, *Cuatro lecciones de derecho natural, Parte especial*, 4ª ed., (Lección Tercera, Los actos jurídicos de la autonomía privada), Pamplona, Eunsa, 1998, pág. 98.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 99-100.

⁴⁵ Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 303.

En el campo del proceso civil, ya a fines del siglo XIX, WACH afirma: "El concepto de proceso como negocio jurídico procesal es pues en sí mismo una contradicción"⁴⁶.

En Ecuador, la Corte Suprema resolvió: "El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea, ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley"⁴⁷.

En Suramérica, la figura del negocio jurídico se introdujo en el siglo XX en los códigos de Argentina, Brasil y Perú, todos ellos con directa influencia del Código Civil alemán.

Así, a pesar de ser la figura del negocio jurídico un enfoque teórico que no ha gravitado mayormente en la legislación de los demás países de Europa y América, se reconoce la utilidad que tiene esta construcción teórica para estudiar y comprender mejor el derecho civil, como aceptan los autores españoles citados.

En cambio, debe recordarse que los elementos constitutivos del negocio jurídico se recortan básicamente sobre la figura del contrato. De tal manera, este enfoque del "negocio jurídico" ofrece una aplicación práctica del enfoque prevaleciente en el derecho civil romano-napoleónico, según el cual los elementos de la figura contractual se aplican en lo que fuere procedente a todas las diferentes actividades sometidas al derecho civil. Además, como se anticipa líneas arriba, las nociones contractuales del derecho civil romano-napoleónico se aplican también indudablemente al derecho público, incluso el acto administrativo, y el contrato administrativo, especialmente en el tema de la formación de la voluntad y sus requisitos, como son la capacidad y competencia, objeto, causa, forma y formalidad, etc.

GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la discrecionalidad administrativa, por otra parte, no equivale a una efectiva autonomía de la voluntad, en contra de lo que han expresado algunos partidarios del acto administrativo como negocio jurídico, ya que los llamados "actos discrecionales" son una "simple manifestación de una potestad construida y atribuida como tal por la ley, en la que existe necesariamente una pluralidad de elementos reglados", que expresan "la idea de un [...] deber funcional"⁴⁸. En todo caso, hoy se niega la existencia de un

⁴⁶ ADOLF WACH, *Manual de derecho procesal civil* (1885), Buenos Aires, EJEA, 1977, pág. 29.

⁴⁷ R, núm. 407, C. S. de J., Sala de lo Contencioso Administrativo (112-02), Jaramillo - Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, RO 50. 28 de marzo de 2003.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, t. I, pág. 594.

pretendido "acto discrecional", puesto que todo acto tiene elementos reglados y discrecionales en proporciones diversas.

BOCANEGRA afirma que "si no existe (y no existe, desde luego), una voluntad administrativa autónoma, independiente de la ley, no es posible, en absoluto, en efecto, tomar en préstamo del derecho privado las referencias a una posible declaración de voluntad (o, por extensión, según a veces se hace, al negocio jurídico) como técnica jurídica para explicar la actuación administrativa en la producción de los actos administrativos"⁴⁹. Por otra parte, cuando la doctrina se refiere a *voluntad*, "no es una voluntad encerrada en el interior del sujeto, sino una voluntad que se manifiesta o actúa. En otras palabras, el núcleo central [*sic*] del negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad o por un comportamiento que es valorado como tal"⁵⁰. Esto ya lo había expresado KELSEN: "No es exacto decir a propósito de las normas en general, las normas jurídicas en particular, que ellas son «la voluntad» o «el mandato» (la orden) —del legislador o del Estado—, si por «voluntad» o «mandato» (u orden) se entiende el acto físico de la voluntad"⁵¹.

Como es obvio, CARRÉ DE MALBERG —en contraste con DUGUIT— acepta la realidad de que los órganos del Estado expresan la voluntad de este en cumplimiento de la competencia otorgada en leyes y reglamentos, pero en virtud del ordenamiento jurídico estas manifestaciones se reputan provenientes del Estado y dotadas, por tanto, de la potestad estatal: "[L]as voluntades expresadas a nombre del Estado son únicamente voluntades de individuos; pero, desde el punto de vista jurídico, es perfectamente exacto hablar de una voluntad del Estado: porque en virtud de la organización jurídica de la nación, las voluntades enunciadas en ciertas condiciones por ciertos individuos que tienen para este efecto competencia constitucional se erigen en voluntad colectiva del Estado. Jurídicamente, entonces, el Estado se convierte en un ser susceptible de querer, aparece como el sujeto de la voluntad de la colectividad"⁵².

De esta manera, CARRÉ DE MALBERG justifica su discrepancia con el criterio expresado por su contemporáneo DUGUIT, que se cita líneas arriba. En efecto, en opinión de DUGUIT, no había tal voluntad estatal, sino tan solo voluntades individuales, cuyos actos jurídicos no se diferenciaban en nada del acto jurídico de carácter privado.

En consecuencia, el jurista puede sentirse inclinado a encuadrar la actividad pública —y del acto administrativo en particular— en la noción de "acto

⁴⁹ BOCANEGRA, *op. cit.*, pág. 37. Cfr., también, pág. 50: "No existe en los actos administrativos una configuración creadora conforme a la voluntad del sujeto actuante, sino que esta viene ya predeterminada por la ley a [*sic*] aplicar en un caso concreto previsto en el supuesto de hecho de la norma".

⁵⁰ Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 307.

⁵¹ KELSEN, *op. cit.*, pág. 14.

⁵² CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, pág. 28.

jurídico”, incluso de “negocio jurídico”, en vista de la comodidad que significa una figura omnipresente y habitual como es el acto jurídico en el derecho privado. No obstante, se recuerda que la figura del “acto jurídico” y del “negocio jurídico” de la pandectística alemana se sustenta en el dogma de la autonomía de la voluntad. En este punto, se visualiza un abismo entre el negocio jurídico y el acto administrativo. STASSINOPOULOS explica que “[l]a diferencia fundamental consiste en el hecho [de] que el acto administrativo es el ejercicio de la potestad pública, que le confiere un elemento que falta en el acto privado”. Por su parte, el individuo cuenta con la autonomía de la voluntad, mientras que el órgano público “no puede querer más que lo que la ley le permite y en la medida en que la ley se lo permite”, sostiene este autor, citando a MAYER. Así mismo, esta declaratoria individual comporta una autolimitación que se impone el mismo particular, que solo excepcionalmente determina una limitación de la voluntad de otras personas, en cambio que el acto administrativo sí crea obligaciones para terceros⁵³.

C) *La voluntad en el poder discrecional*

Después de una extensa revisión de autores de diversa nacionalidad, GARCÍA-TREVIANO FOS descarta la mayoría de las identificaciones de acto administrativo con negocio jurídico y concluye que en derecho público solo existe *negocio jurídico* en el “acto administrativo discrecional”⁵⁴. Así, examina las doctrinas alemana, italiana, francesa, hispanoamericana y anglosajona, impugnando la mayoría de los enfoques de equiparación del acto administrativo con el negocio jurídico. También analiza los criterios de los autores que niegan esta equiparación, destacándose entre otros FORTSHOFF entre los alemanes, GIANNINI entre los italianos y GARCÍA DE ENTERRÍA entre los españoles, que rechazan la posible relación entre negocio jurídico y acto administrativo⁵⁵.

GARRIDO FALLA estima que “el negocio jurídico es fundamentalmente la consecuencia de la función autonómica que el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos de derecho para generar las relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto y en general por las normas vigentes. [...] No hay duda [de] que esta función autonómica está atribuida a la administración, señaladamente cuando actúa dentro del ámbito de lo discrecional”; y por lo tanto acoge la noción de “actos administrativos con categoría de negocios jurídicos”, entre los que incluye las admisiones, los nombramientos, las concesiones, las autorizaciones, las aprobaciones, las dispensas, incluso “negocios jurídicos que restringen la esfera

⁵³ STASSINOPOULOS, *op. cit.*, págs. 33-34. Reconociendo desde luego que el Estado también adquiere determinadas obligaciones en ciertos actos administrativos.

⁵⁴ GARCÍA TREVIJANO FOS, *op. cit.*, “Habrá negocio jurídico en sentido estricto, cuando el *qué*, el *cuándo* y el *cómo* del acto sea discrecional [...] en sentido amplio, cuando solo alguno de aquellos momentos sea discrecional”, pág. 67.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 70-96.

jurídica de los particulares”: las órdenes, las expropiaciones, las requisas, los rescates, las revocaciones y las jubilaciones, además de los actos que imponen sanciones disciplinarias⁵⁶.

Pero la misma posibilidad de identificar el negocio jurídico con el “acto administrativo discrecional” implica aceptar el criterio de GARCÍA-TREVIJANO Fos, de que exista un verdadero paralelo entre la autonomía de la voluntad del derecho privado con la discrecionalidad del derecho público, lo que se objeta en la actualidad, por ejemplo, entre los italianos contemporáneos. Así, SANDULLI considera que “en el campo del acto administrativo [...] la acción administrativa se encuentra siempre condicionada —incluso cuando tiene carácter discrecional— a los fines institucionales”⁵⁷. En sentido similar se pronuncia GIANNINI⁵⁸.

Se concluye sobre este tema con la diferenciación que hace CLAVERO ARÉVALO “entre la potestad discrecional de la administración y el principio de la autonomía de la voluntad. Este supone libertad de actuación en lo no prohibido por la ley; aquella supone libertad de actuación cuando la ley autoriza dicha libertad. La autonomía de la voluntad y la potestad discrecional suponen ambas el reconocimiento de un margen de libertad en el ordenamiento jurídico, pero mientras aquella se reconoce por vía general, salvo en los casos prohibidos, la potestad discrecional se va concediendo en forma dosificada para cada caso concreto”⁵⁹.

6. LA NOCIÓN CONTEMPORÁNEA DE ACTO ADMINISTRATIVO Y LA TENDENCIA A DESVINCLARLO COMO CENTRO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El acto administrativo ha recorrido un amplio derrotero en doscientos años de avatar. En efecto, se fija su nacimiento en los alrededores del año 1800 (años más, años menos), a pocos lustros de la Revolución francesa, con relieves muy diferentes de los actuales.

Pero hay que concordar con FERNÁNDEZ DE VELASCO en que “lo jurídicamente interesante no estriba en averiguar dónde aparece en primer término, sino cómo aparece y por qué”⁶⁰.

La noción de acto administrativo delimita en aquella época el ámbito vedado a las potestades legislativas y por tanto judiciales, frente al ejecutivo,

⁵⁶ FERNANDO GARRIDO FALLA, ALBERTO PALOMAR y HERMINIO LOSADA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2005, págs. 575-582.

⁵⁷ ALDO SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Napoli, Jovene Editore, 1989, pág. 609.

⁵⁸ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1993, pág. 239.

⁵⁹ MANUEL CLAVERO ARÉVALO, *Estudios de derecho administrativo*, Sevilla-Madrid, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla-Civitas, 1992, págs. 73-74.

⁶⁰ RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1929, pág. 69.

dentro del concepto clásico de división de los poderes. El juzgamiento de estos "actos administrativos" de parte de los jueces ordinarios se habría interpretado como una intromisión inconveniente en los asuntos administrativos. Estos actos son juzgados solamente por el mismo ejecutivo, por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Según FERNÁNDEZ DE VELASCO, "la institución matriz productora del acto administrativo es el recurso contencioso-administrativo, así como, a su vez, el recurso contencioso-administrativo es una consecuencia de la separación de poderes"⁶¹. En la actual Francia todavía los actos administrativos son juzgados por una competencia administrativa, diferente de la judicial: el Consejo de Estado; una competencia que se llama "delegada", es decir, independiente de la administración pública, pero que forma parte de la función ejecutiva, para contrastarla con la competencia "retenida", como funcionó en la época temprana. Pero, la noción de acto administrativo surge como actividad no susceptible de examen por la jurisdicción común. Este autor considera que el acto administrativo se define como aquel "realizado por la administración y legalmente susceptible de ser impugnado por el recurso contencioso"⁶².

El posterior desempeño del concepto del acto administrativo se encuentra determinado por la ampliación de su esfera: la regla de la "decisión préalable": sin decisión previa no hay acción contenciosa⁶³, con referencia a la lógica ampliación de su órbita, que es el acto administrativo negativo presunto. Para evitar que el silencio del órgano público conduzca a la indefensión —por no tener sobre qué reclamar—, se configura ese silencio como un acto administrativo que presuntamente rechaza la petición del ciudadano, que lo habilita para impugnar ese acto administrativo negativo presunto en el contencioso-administrativo.

Ese acto administrativo presunto que nace históricamente como negativo se presenta hoy como acto administrativo presunto *positivo*, sin perjuicio de comprobar que a veces conviene más al ciudadano la aplicación de la negativa presunta⁶⁴.

Pero aún la discusión de la validez o legalidad de la actuación administrativa se centra sobre un "acto administrativo", y si este no existe, se necesita

⁶¹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 70.

⁶² *Ibid.*, pág. 69.

⁶³ VEDEL, *ob. cit.*, págs. 151 y ss.

⁶⁴ Por lo menos en la Ley de Modernización del Ecuador. El art. 28 de la Ley transformó el efecto del silencio administrativo, cuando este se ha producido, en positivo, reformándolo del carácter negativo que establece el art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Ecuador. Mas no es menos cierto que de acuerdo con esta última norma, cuando transcurrieren 30 días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo no le haya dado solución, se entenderá que se ha producido una denegación a lo solicitado, normativa que evidentemente continúa vigente en los casos en los cuales, si bien no es posible aplicar la figura que da origen al silencio administrativo positivo, sin embargo no ha sido posible obtener, pese a la reclamación pertinente, la resolución favorable de la reclamación.

“producirlo”, como observa BENALCÁZAR, que pone de ejemplo la reclamación de indemnizaciones del Estado, conforme el procedimiento establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Erjafe) del Ecuador⁶⁵. La jurisprudencia de casación de la Sala Administrativa de la Corte Suprema del Ecuador corrige la confusión inicial sobre el requerimiento de la *décision préalable* de los franceses, es decir, el “acto administrativo previo”, establecido en el Erjafe, con el requisito del agotamiento de la vía administrativa⁶⁶. Posteriormente la jurisprudencia de casación en Ecuador estima que el requisito del *préalable* no equivale al requerimiento de agotar la vía administrativa sino a la necesidad de crear un acto impugnado⁶⁷.

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA: “Históricamente, los vicios del acto administrativo han ido surgiendo al compás de la propia expansión del recurso contencioso-administrativo (el recurso de anulación o *pour excès de pouvoir* en Francia), como otras tantas *ouvertures* del mismo [*sic*]: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y, finalmente, violación de ley y de los derechos adquiridos. Este todavía es el planteamiento habitual del derecho francés”⁶⁸.

⁶⁵ JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, “El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la administración pública: una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador”, en *Temas constitucionales*, Revista del Tribunal Constitucional, año 1, núm. 2, junio, Quito, 2004, pág. 97.

⁶⁶ “[S]e casa la sentencia recurrida, porque no fue necesario el agotamiento de la vía administrativa para incoar la acción contencioso-administrativa, pues lo que se demanda es una indemnización, no por un acto, sino por un hecho causante de daños, y que, por tanto, procede la demanda relativa al pago de daños y perjuicios”, res. 312-03, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 17 de diciembre del 2003; (172-02), Dr. José Alejandro Chong Qui Lang Long interpone recurso de casación contra sentencia del Tribunal Distrital núm. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil, en juicio contra del Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, RO núm. 33514 de mayo de 2004.

⁶⁷ “[...] para que pueda iniciarse una acción contencioso-administrativa debe existir una manifestación de la voluntad de la administración que vulnere un derecho o interés directo del recurrente, situación que no ha ocurrido en el caso por lo que bien hizo el Tribunal «a quo» al desechar la acción por prematura [...] Su demanda no se rechaza por la falta de agotamiento de tal vía, como erradamente sostiene, sino por falta de acto administrativo impugnado como se dijo en líneas anteriores, R. núm. 407. Sala de lo Contencioso Administrativo, (112-02), Jaramillo-Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, RO. 50, 28 de marzo de 2003,

“El hecho no siendo una relación jurídica, no puede merecer la calificación de legal o ilegal y por lo mismo, producido este, bien puede el afectado reclamar directamente a la administración por los efectos dañosos e injustos que tal hecho le ha producido. Esta situación jurídica es el objeto de la disposición de los artículos 130 y 131 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que se encontraban vigentes a la fecha de la interposición de la demanda,- R. núm. 293. Sala de lo Contencioso Administrativo, Quito, a 19 de noviembre del 2003; (267-02), Neacato, en su calidad de mandatario de varios exservidores de la Empresa Nacional de Correos-Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y el Procurador General del Estado, RO núm. 319. 22 de Abril de 2004”.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*

Es cierto que la delimitación del concepto de acto administrativo apoyado en criterios jurisdiccionales se concibe originalmente como mejor tutela de los derechos del ciudadano, pero desemboca en aporías que contradicen esos mismos designios.

Como explica este autor, la enumeración clásica de causales de impugnación del acto administrativo en la vía contencioso-administrativa en España respondía al esquema francés, calificado de “fundamento de división artificioso y falto de rigor lógico” desde 1956 en la ley jurisdiccional española, considerándose que “lo que importa es si existe infracción jurídica” estableciendo la ley de entonces el ilícito administrativo de forma general: “Cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”⁶⁹.

Las agudas observaciones de MAIRAL develan las contradicciones que genera el rígido enfoque procesal del acto administrativo. Sus reglas de impugnación, con breves plazos de caducidad de la acción procesal disponible para el ciudadano, transforman cualquier “acto” —no necesariamente un acto administrativo— del órgano público prácticamente en cosa juzgada “judicial”. Esto es tanto más clamoroso en cuanto convierte en acto firme y estable, incluso el acto nulo de pleno derecho, el acto *inexistente* y, peor aún, como señala MAIRAL, los que denomina “meros pronunciamientos administrativos”, es decir, actuaciones del órgano administrativo sin competencia alguna, carentes de un sustento legal previo, que contradicen el principio constitucional según el cual a nadie se le puede impedir lo que la ley no prohíbe ni se le puede obligar a lo que no manda la ley. Estos actos, no obstante, gozan también de la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, además de su firmeza, si caducan los plazos de impugnación en vía judicial⁷⁰. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Ecuador, establece el acto nulo administrativo como distinto del acto administrativo ilegal, sin más distinciones, pero el término de caducidad de noventa días corre igualmente para la impugnación de la nulidad del acto administrativo absolutamente nulo.

Para complementar el criterio de GORDILLO de que el concepto de acto administrativo no se debe construir exclusivamente alrededor del contencioso-administrativo, se puede afirmar que la importancia actual de la construcción del acto administrativo se relaciona con la efectividad del Estado de derecho. La doctrina del acto administrativo en la actualidad subraya el cumplimiento de los requisitos que suponen la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos.

En el derecho público contemporáneo, la figura del acto administrativo es la medida de la corrección del desempeño de los órganos públicos juzgada

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ HÉCTOR A. MAIRAL, “Los meros procedimientos administrativos”, en Juan Carlos Cassagne (Dir.), *Derecho administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 650-661.

conforme a los cánones de los derechos humanos en el derecho internacional y dentro de los Estados de las normas constitucionales, legales e incluso éticas, centrados desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos en el Estado social de derecho y, con mayor razón, en el proclamado Estado constitucional de derechos y justicia de la constitución ecuatoriana de 2008.

En consecuencia, para reflejar tal enfoque, la jurisdicción contencioso-administrativa amplía el campo de su acción y también incluye no solo los actos administrativos, sino cualquier otra actividad o acción del ejecutivo o de los demás órganos públicos, cuando actúan en ejercicio de la función administrativa, incluso las llamadas vías de hecho, los hechos de la administración, sus omisiones y los contratos. Por lo menos tal es la profesada inclinación de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, su normativa no logra escaparse de la tradición más que bicentenaria de un contencioso que gira alrededor del "acto"⁷¹.

A) *La evolución del concepto de "acto administrativo" hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos*

La concepción dogmática del acto administrativo en la doctrina administrativa contemporánea considera a esta figura jurídica una garantía de los derechos de los ciudadanos. Para plasmarse como tal, se exige en la formación, contenido y finalidad del acto administrativo: debido proceso, incluso motivación; garantía de los derechos humanos y correspondencia con las finalidades públicas, sin perjuicio del cumplimiento de su juridicidad, es decir, su concordancia con todo el ordenamiento jurídico y no solamente con la aplicación de los simples requisitos legales.

Hoy, la noción de acto administrativo lo posiciona como un concepto que permite la mejor defensa de los derechos del ciudadano: su existencia se justifica en cuanto configura el mejor cumplimiento de los requisitos que prevean los derechos de los ciudadanos. Cuando estos requisitos faltan o se menoscaban se podría presumir la lesión de los derechos del ciudadano. Esto fue reconocido por la Sala Administrativa de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador⁷².

⁷¹ En tal sentido, véase el enfoque de la ley de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, conforme el comentario de GARRIDO FALLA, en el tercer tomo de su *Tratado de derecho administrativo*, "La Justicia Administrativa", Madrid, Tecnos, 2001.

⁷² "[E]s evidente que la noción de acto administrativo está íntimamente relacionada con la sumisión de la administración pública a un determinado régimen de derecho, o dicho en otras palabras, al principio de legalidad, verdadera cláusula regia dentro de un Estado de derecho. Al respecto, cabe citar al tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quien manifiesta que: el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma [*sic*]".

COMADIRA considera que también en la actualidad “una función de la teoría del acto administrativo debe responder sustancialmente a dos objetivos básicos”. El uno sería someter las actuaciones de la administración a un “régimen jurídico uniforme” —que es un criterio que le atribuye a CASSAGNE— y el otro objetivo, del propio COMADIRA, es “la necesidad de pensar, también, en la protección del interés público”⁷³.

(EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., Madrid, Civitas, 1997, pág. 539). “El acto administrativo, al expedirse, nacer o crearse, ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico; entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea, ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley”. Res. 407, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Quito (Ecuador), 25 de noviembre de 2002. (112-02): Jaramillo-Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, Registro Oficial núm. 50, 28 de marzo de 2003.

⁷³ JULIO R. COMADIRA, *Derecho administrativo, acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2003, pág. 4.