

## LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION EN LA LEY ORGANICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

El tema que me toca tratar hoy es un tema complejo, difícil, hermoso, el tema de Las Potestades de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pero antes de entrar de lleno al análisis de la materia, sin que la introducción se transforme en algo demasiado extenso, quiero plantear como punto primero cuál es el contenido fundamental de una ley de procedimiento administrativo.

### I. CONTENIDO FUNDAMENTAL DE UNA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

¿Qué es una ley de procedimiento administrativo? Para dar una respuesta a tal interrogante no hay que dejarse confundir por los nombres, por las designaciones. En efecto, una consideración superficial diría que una ley de procedimientos administrativos es un texto en el cual se regula la actuación de la Administración, la forma como se articulan sus decisiones; el ámbito y esfera de tal proceder. Visto así, estaríamos atendiendo estrictamente al valor semántico del título empleado: una ley de procedimientos será con ello la que establezca los elementos y las secuencias de las específicas actuaciones administrativas.

Ahora bien, si se sigue tal criterio, se estará viendo sólo la parte externa: se estará diciendo que el árbol es la fronda; que la casa es la fachada; que la labor docente es la clase que se dicta y, ¿qué del delicado mecanismo que mantiene las ramas?, ¿cómo calificar la armoniosa estructura de los ambientes?, ¿dónde ubicar las largas horas de estudio y de sistematización? No, para llegar a definir esa actuación articulada, el legislador tiene que trabajar previamente el campo donde ha de plantear sus reglas operativas; las cuales en definitiva van a resultar de un valor muy relativo, por cuanto lo que se busca no es la uniformidad del trámite sino la imperatividad de los principios que lo rigen.

¿Qué está en el *sustratum* de una ley de procedimiento? Ante todo la organización; la determinación de las figuras subjetivas que integran la estructura administrativa y las reglas o principios que rigen su actuación. Ha de señalarse de inmediato por lo que respecta a la ley mencionada que en este campo el legislador ha sido particularmente pobre, resultando incluso tal calificativo, eufemístico.

Una vez descrito el cuadro anatómico y las reglas fisiológicas de los centros de referencia de la actuación administrativa; la segunda tarea de la ley es la de establecer las modalidades operativas que hagan de esa estructura un aparato eficiente, capaz de obtener los fines que le son asignados. Como puede apreciarse la ley debe traer al campo del Derecho las reglas técnicas en las cuales se han expresado los principios de "buena administración", de maximización y eficiencia del actuar de la Administración.

Concluida la estructura y delimitadas las modalidades básicas de su *modus operandi*, aparece de inmediato la necesidad de guiar la actuación del administrado que se pone en contacto con la Administración para hacer valer frente a ella sus pretensiones. La tarea de la Ley frente al mismo será de dotarlo de las garantías necesarias para que tales pretensiones sean procesadas debidamente en toda su magnitud hasta llegar a los centros de poder que habrán de tomar las decisiones. Se me ocurre que al pasar a la etapa sucesiva, que es la determinación de las potestades que la Administración tiene frente al administrado, el legislador no hará otra cosa que continuar la regulación de la fase anterior, porque las potestades, al ser definidas, van a ser delimitadas, esto es, van a delinear los límites del poder de supremacía de la Administración, lo cual constituye la mejor garantía de los derechos de los administrados.

Sólo en este campo perfectamente elaborado podrá el legislador establecer las formas de proceder concatenadas dirigidas a la obtención de los fines específicos que la Administración ha de cumplir, esto es, los procedimientos administrativos. De allí, que el tema relativo a las potestades de la Administración bien puede ser comprendido en la esfera de los límites de su supremacía frente al administrado y, en consecuencia, incluirse tales limitaciones en el ámbito de las garantías individuales. Es lo anterior la esencia de una ley de procedimiento administrativo, lo cual debidamente enumerado nos indicará que el contenido básico de una normativa de este tipo ha de ser:

1. La organización administrativa, entendida bajo sus ángulos más resalantes: la estructura básica de las figuras subjetivas que la integran; los principios que rigen las relaciones entre ellas; la potestad de creación y modificación de dichas estructuras.

2. Las reglas de eficacia de la actuación de las estructuras perfectamente definidas. (Reglas de buena Administración).

3. Las garantías de los administrados en las actuaciones en las cuales están en juego sus pretensiones.

4. Las potestades de la Administración.

5. Las distintas formas de actuación (procedimientos) debidamente articulados para la obtención de los fines específicos.

El tema que me ha sido asignado es el de las potestades de la Administración.

## II. UBICACION DE LAS POTESTADES PUBLICAS EN LA ESFERA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS

La materia relativa a las potestades públicas pertenece al campo de la Teoría General del Derecho, debiendo ubicársele específicamente en el mismo, bajo la noción más genérica de "situaciones subjetivas" o "situaciones jurídicas" (expresión felizmente usada por el constituyente del 61, en el tantas veces citado artículo 206, por todos los administrativistas presentes). La situación jurídica alude al conjunto de facultades y de deberes, comprendidos ambos en todos y cada uno de los grados que pueden revestir, los cuales conciernen a un sujeto o a una figura subjetiva en general.

Presupuesto, esto es, condición para la existencia y operatividad (o para alguno de tales elementos solamente) de las situaciones jurídicas, son las *cualidades subjetivas*, constituidas por las formas de ser que el derecho acuerda a los titulares de las mismas. Las cualidades subjetivas son: *la capacidad jurídica, la capacidad de actuar* y el *status*.

Las situaciones jurídicas subjetivas giran todas en torno a una noción que está en la esencia misma del ordenamiento jurídico: la noción de *interés*, y de los distintos grados que ella representa, creando así las diferentes *posiciones subjetivas*, que están constituidas por la relación entre un sujeto y un interés específico. Cuando el interés es tutelado por el ordenamiento jurídico, al mismo corresponde como contrapartida el deber de otros sujetos de respetarlo, sin que pueda por el contrario afirmarse que a todo deber se contrapone necesariamente un interés jurídicamente relevante y por ello protegido. Vista la dualidad "interés-deber", podemos señalar que las posiciones jurídicas se clasifican en base a la presencia de cualquiera de dichos elementos en: *Posiciones jurídicas favorables* y *posiciones jurídicas desfavorables*. Las primeras están constituidas por el *derecho subjetivo*, que es el interés directamente protegido por el ordenamiento y, por el *interés legítimo* que es el interés sólo indirectamente protegido, a través del reconocimiento a su titular del poder de invocar la eventual violación de las normas impuestas para el ejercicio de las potestades. Hay quienes agregan a las dos figuras anteriores la de la *expectativa administrativa*, pero en su contra ha sido alegado, y con razón, que si no está reconocida por el derecho no tiene re-

levancia jurídica alguna y, si lo está, no puede ser otra cosa que un interés legítimo. Las posiciones *Jurídicas favorables* son los *deberes* y las *obligaciones*.

¿Dónde ubicar en este amplio cuadro de las situaciones jurídicas a la figura que es objeto de nuestro estudio, esto es, a las potestades?

Para la doctrina moderna la *potestad*, al igual que la *facultad*, no son verdaderas posiciones jurídicas, sino manifestaciones de las mismas. La potestad es la posibilidad de modificar el mundo del derecho y tiene como contrapartida a la SUJECIÓN, que es la situación en la cual se encuentran los sujetos sobre los cuales recae el efecto de su ejercicio. Las FACULTADES consisten simplemente en la posibilidad de realizar una acción cualquiera, consentida por el derecho.

Ubicadas en su cuadro conceptual, pasemos a analizar las POTESTADES PÚBLICAS.

### III. POTESTADES PUBLICAS

En doctrina a la potestad se le denomina igualmente PODER, o bien, PODER JURÍDICO (esto último para distinguirlo del poder político). Debe señalarse sin embargo, que para algunas las nociones no son equivalentes.

La materia, como ya se dijo de todo el género al cual pertenece, se ubica en la Teoría General del Derecho, y por ello se trata de nociones comunes, tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. En efecto, el concepto de potestad está presente en la figura de la patria potestad, en la potestad marital, en la función del albacea testamentario; en la potestad del representante legal, etc. Se manifiesta en el Derecho Romano en el *imperium* del cónsul y en la *auctoritas* del pretor en el período republicano.

¿Hay alguna diferencia entre la potestad del derecho privado y la del derecho público?

En el derecho privado el titular de la potestad sustituye al titular de un interés, no existiendo tal sustitución en el derecho público. En efecto, si un ente público tiene una potestad la ejerce a nombre propio, no a nombre de las colectividades o de los grupos, los cuales pueden ser los portadores sustanciales de tales intereses; pero no son sus titulares jurídicos, porque no son como tales, figuras subjetivas.

Las potestades en el derecho privado emergen de la necesidad de sustituir incapaces, ausentes sujetos inciertos o futuros; personas carentes de legitimación. En el campo del derecho público las potestades no son posiciones jurídicas derivadas de un tercero sino atribuidas directamente a la figura que la ejerce.

Por lo que atañe a la terminología, vamos a identificar los términos PODER y POTESTAD; pero no sin antes hacer la advertencia de que al PODER se le atribuyen varios significados, a saber:

1. Un significado ORGANIZATIVO, en virtud del cual el poder es un conjunto de órganos que se encuentran institucionalmente vinculados. Es en tal sentido que se habla de Poder Legislativo, Poder Judicial.

2. Un significado que alude a un derecho potestativo, esto es, a la facultad de utilizar el medio (acción, recurso, solicitud) dirigido a hacer que un órgano autoritario modifique una situación jurídica determinada.

3. Puede ser el significado del contenido de cualquier situación subjetiva de ventaja, en cuanto poder de querer algo produciendo efectos jurídicos.

4. Y finalmente, la manera como se pone de manifiesto la supremacía del Estado para la satisfacción de los intereses públicos.

En vista de lo dicho precedentemente de que, vamos a equiparar los términos poder y potestad, el efectuar tal equiparación implica que sólo tendrán relevancia las dos últimas nociones expuestas.

La potestad en realidad recuerda por alguno de sus rasgos a la "carga" procesal que pesa sobre los litigantes: una posición jurídica que conlleva facultad de actuar y al mismo tiempo un deber de actuar. Respecto a la potestad, si quisiéramos desmenuzar sus elementos característicos, deberíamos señalar que la misma tiene las siguientes notas:

1. Su contenido es la situación subjetiva, en virtud de la cual una figura subjetiva tiene deberes y derechos de actuar.

2. Las actuaciones a las cuales se destinan son de naturaleza pública, por cuanto están dirigidas a satisfacer los intereses de la colectividad.

3. Por lo antes dicho, el ejercicio de la potestad es una "función"; esto es, una actividad funcionalizada, por cuanto se trata de actuaciones que en su conjunto se dirigen a la obtención de un fin específico.

4. La potestad es una manifestación de la supremacía de la Administración frente al administrado, y por ello, opera en la actividad administrativa regida por el Derecho Público.

5. Como consecuencia de lo anterior, el administrado, dotado obviamente de las garantías necesarias, se encuentra sin embargo en una situación de sujeción frente a su ejercicio.

6. La potestad como actuación de una función pública, es tal como lo señala Santi Romano, al mismo tiempo *libre y vinculada*. Es vinculada, en cuanto no sólo el sujeto que la ejerce no puede superar ciertos límites, sino que debe ejercerla si lo requieren, cuando lo requieran y como lo requieran los intereses para los cuales han sido establecidas. De allí, que la libertad no es nunca el "pleno arbitrio", sino el "prudente arbitrio".

7. Características de la potestad es su *irrenunciabilidad*, en el sentido de que el titular que ha de ejercerla no puede renunciar a la misma en forma absoluta; igualmente debe anotarse su *imprescriptibilidad*, por cuanto no se pierde por el transcurso del tiempo. Lo anterior no se contradice con los límites que algunas leyes ponen a su ejercicio temporal, por cuanto en tales casos, el legislador consideró que ciertos intereses eran superiores y prioritarios, y para protegerlos, limitó los normales poderes de actuación de la Administración frente a ellos. Finalmente su *indisponibilidad* en el sentido de que no son objeto de actos de disposición por parte de su titular quien no puede modificarlas sustancialmente; ni enajenarlas.

8. Diferencia sustancial con el derecho subjetivo, es que el mismo se desarrolla y cierra en el ámbito de un actual y concreto vínculo con una cosa determinada, o con otros sujetos determinados. La potestad es por su naturaleza general, respecto a las personas o a las cosas hacia las cuales puede desarrollarse, aun cuando ellas puedan ser individualizadas.

En cierto sentido puede considerarse que la potestad no implica una pretensión concreta del sujeto que la ejerce frente a otro, elemento este que es esencial en el derecho subjetivo. Como se señaló, en la potestad, el sujeto pasivo está en situación de sujeción. Por ejemplo, en el caso de la revocación, el beneficiario del acto revocado no se encuentra con una obligación frente a la Administración, sino en el deber de someterse a dicha decisión. En el derecho subjetivo, su ejercicio implica la obligación del sujeto pasivo.

Vamos a pasar ahora al análisis de la primera y más apasionante de las Potestades de la Administración: La potestad revocatoria.

#### IV. POTESTAD REVOCATORIA

Es de advertir al efecto que, después del análisis de la potestad revocatoria, vamos a analizar otras potestades en el siguiente orden: la potestad de anulación, la potestad de convalidación, la potestad de autotutela. Esbozaremos someramente la potestad organizativa y pasaremos a la potestad sancionatoria, con sus distintas modalidades. Por lo que atañe a la potestad interpretativa, haremos un simple esbozo de ella y en el mismo sentido actuaremos, respecto a la potestad inquisitiva.

La potestad revocatoria es el poder de la Administración de retirar, de extinguir, los efectos de los actos administrativos que sean contrarios al interés que ella tutela.

La revocación en general es uno de los problemas más polémicos del campo del derecho. A través de ella se plantea la posibilidad de que un sujeto extinga un acto precedentemente dictado en su propia esfera, por considerar que tal acto no atiende a los intereses que tutela o que ya no existe correspondencia entre

dichos intereses y el acto mismo. En el planteamiento que hemos efectuado, hemos sugerido dos posibilidades: posibilidad primera; el acto no satisfizo nunca los intereses a los cuales estaba destinado. Hay una falta de mérito originaria del acto. El actor ponderó los intereses pero hizo una escogencia equivocada. Pongamos un ejemplo: la Administración ordenó la apertura de una vía para aliviar el tránsito de una autopista, en vista del cierre de una de las salidas de las cuales originalmente se disponía. La vía en cuestión que ha sido abierta conduce a una calle relativamente estrecha que no tiene, en consecuencia, capacidad de absorber el tránsito, transformándose así en una fuente de constantes congestionamientos que, en lugar de facilitar la fluidez en la autopista, por el contrario la entorpece. La Administración ha tomado una decisión contraria a los intereses tutelados. La medida es equivocada. Se trata de una inconveniencia originaria del acto. Debe advertirse que hay quienes consideran que esta hipótesis es ajena a la figura de la revocación, colocándola como un vicio de mérito del acto, y en consecuencia, como una causa de anulación, posición que, obviamente no compartimos.

Posibilidad segunda: la Administración ha acordado la extinción de una especie particular de mamífero por considerar que sus pisadas erosionan la tierra. Al año de la aplicación de la medida, cuando la especie comienza a extinguirse acarreando graves daños a los productores de la zona que utilizaban la leche del mamífero para la preparación de quesos y dulces, los ecólogos denuncian la ruptura del equilibrio natural: ese delicado equilibrio que hace que del vuelo de una mariposa dependa la floración de todo un sembradío. Inicialmente la medida presentaba resultados positivos: complementada con un eficiente regadío, los suelos comienzan a renacer; pero el animal en extinción constituía el control de los roedores que, liberados del mismo, invaden las zonas. Se trata de una inoportunidad o inconveniencia sobrevenida. Originalmente el acto estaba conforme con los intereses, o por lo menos, parecía conforme con ellos. De pronto deja de serlo.

En el campo de la Teoría General del Derecho se han planteado dos tesis fundamentales sobre la estabilidad de los actos: la primera, que surge en el tiempo, que considera que existe una potestad revocatoria absoluta en el actor del acto, por cuanto quien puede crear ciertos efectos, puede extinguirlos y modificarlos. En contra de lo anterior, se ha afirmado la objetividad e intangibilidad de las decisiones emanadas, en el sentido de que las mismas se desprenden del sujeto que las dicta y adquieren su propia individualidad, por lo cual una vez perfeccionadas, escapan al poder del autor porque ya no le pertenecen, pasando a constituir elementos objetivos sobre los cuales el mismo no puede incidir. Ninguna de las dos tesis es admisible en forma absoluta, porque es indudable que el autor del acto tiene cierto control sobre sus decisiones y, asimismo es cierto que tal poder no es total y completo, por cuanto la declaración adquiere una propia entidad objetiva.

Debe sin embargo señalarse que los partidarios de la primera tesis se repliegan en una consideración más limitada, considerando que la potestad revocatoria es absoluta en el caso de los actos discrecionales. El argumento en contra se encuentra en el hecho de que no existe una potestad intrínseca de revocación del acto, sino que ello constituye un elemento extrínseco y externo, pudiendo incluso, en una misma categoría de proveimientos subsistir o no, dependiendo de que exista en la Administración la potestad de aportar modificaciones al vínculo creado y, en consecuencia, de eliminar los efectos del proveimiento.

De allí que la potestad discrecional y la potestad de modificar discrecionalmente el vínculo, son elementos distintos, no derivando la segunda de la primera.

La doctrina, representada fundamentalmente por Alessi (tanto en su libro *La revoca nel Diritto Amministrativo*, como en el artículo sobre la materia que constituye la "voz" correspondiente del *Novissimo Digesto Italiano*), considera que los elementos fundamentales de la noción de revocación son los siguientes:

1. La revocación no alude directamente al acto jurídico, sino al vínculo surgido del mismo.

2. La revocación actúa así sobre la situación jurídica producida por el acto, en el sentido de eliminarla *ex novo*, restableciendo la situación jurídica anterior.

3. El acto como tal no puede ser extinguido ya que, aun cuando se niegue toda validez a la teoría de la cosa juzgada administrativa y a los principios que de la misma derivan, no puede prescindirse del hecho de que un acto jurídico válido estuvo en el mundo del derecho y produjo sus efectos. La revocación sólo podrá impedir que tales efectos continúen actuando, que perviva la relación jurídica creada por el acto.

4. La acción de revocación aparece encuadrada en la más amplia de modificación de la situación jurídica existente y no en la de extinción.

De todo lo anterior emergen una serie de consecuencias que igualmente podemos enumerar para facilitar la exposición, en la siguiente forma:

A. La potestad de revocación por parte del declarante podrá admitirse sólo respecto a actos que hayan producido sus efectos, en relación con situaciones jurídicas de las cuales éste sea actualmente titular.

La potestad de revocación deriva de la potestad de actuar en general, pero sólo es posible su ejercicio cuando subsista la posibilidad de modificar el vínculo jurídico creado.

B. La posibilidad de revocar los actos no se encuentra en una condición de tales actos en sí mismos, esto es en el hecho de que los actos sean revocables

o irrevocables, sino en una condición relativa al vínculo creado y deriva de una divergencia actual entre la permanencia de los efectos del acto que ha de ser revocado, en relación con el interés actual del declarante. Lo anterior constituye la fundamental diferencia entre la revocación y la anulación, por cuanto en esta última existe una divergencia entre el acto en sí mismo y el ordenamiento jurídico.

La revocabilidad del acto administrativo no diverge en su esencia de la revocación de los actos jurídicos en general, aplicándose al igual que a ellos, los siguientes principios:

1. La revocación de un acto administrativo, es la eliminación de los efectos producidos en una relación jurídica surgida por un proveimiento. *Mutatis mutandi*, es la misma situación en el caso del acto jurídico de la revocación del acto en general.

2. Por cuanto la revocación alude directamente al vínculo jurídico, y no al acto, sólo procede en base a elementos imputables a dicho vínculo y no a elementos imputables al acto mismo. Específicamente, el fundamento estriba en una divergencia actual entre el interés público y la permanencia de los efectos producidos en relación con el vínculo creado por el proveimiento.

3. La revocabilidad concreta de un proveimiento no depende de una condición objetiva e intrínseca del mismo, sino de un elemento extrínseco como es la subsistencia, en el caso concreto, de una potestad de revocación que a su vez, deriva a falta de una atribución expresa, de una potestad discrecional de modificar el vínculo, en relación con el cual se han producido los efectos del proveimiento que ha de ser revocado.

4. La revocación constituye el desarrollo de una actividad propia de la administración activa y no de una actividad de la administración contralora. En efecto, el acto revocatorio es administración activa, no es administración de control.

#### *Eficacia de la revocación en el tiempo*

Pareciera una verdad indiscutible el afirmar que la revocación opera con efectos *ex nunc*, sólo hacia el futuro; en cuanto que la anulación opera con eficacia *ex tunc*, hacia el pasado, constituyendo esta circunstancia el elemento diferencial básico entre ambas instituciones. La verdad se aleja de esta simple fórmula. Una parte muy autorizada de la doctrina distingue entre la revocación del proveimiento originalmente inoportuno y la que opera sobre dicha inoportunidad cuando es sobrevenida. Al efecto, Zanobini estima que cuando se trata de la primera hipótesis, la revocación tiene eficacia *ex tunc*, es decir, análogo a que le es reconocida a la nulidad. En contra se manifiestan otros tratadistas, algunos más recientes, y entre ellos Zandulli, quien considera que, si bien la discordancia de

un acto con las reglas de buena administración lo hace inoportuno, no por ello el mismo debe considerarse como inválido. Para este último autor, la Administración por sí misma es llamada a valorar la oportunidad de la propia acción y se violaría el principio superior de seguridad y certeza de las situaciones jurídicas, si se dejara a los particulares ilimitadamente expuestos a la posibilidad de que una sucesiva y diferente valoración de la oportunidad de la propia actuación llevase a la Administración a extinguir *ab initio* sus actos. En este mismo sentido se pronuncia la Casación italiana. La sentencia más reciente es la del 54, de las Sesiones Reunidas de la Casación italiana de 7-10-1954, n. 3.357), e igualmente, el Consejo de Estado (Sección V, en sentencia del 14-11-58, número 857). Sin embargo, Zanobini estima que los argumentos anteriores no aparecen bien fundados. El daño injusto que se dice derivaría a los derechos y a los intereses privados por la eficacia retroactiva, pierde importancia si se tiene en cuenta la diferencia entre actos revocables y no revocables. Admitido que un acto sea revocable, para Zanobini, no hay razón para no aplicar el principio lógico por el cual cualquier retiro del acto que se funde en motivos contemporáneos a su formación, debe tener efecto desde el mismo momento de su nacimiento. La revocación en el caso específico tiene la misma justificación de la anulación: ambos se presentan como los medios de los cuales se vale la Administración para tutelar el interés público. Cuando se trata de la revocación fundada en nuevas exigencias del interés público, para Zanobini este proveimiento no puede tener efecto sino *ex nunc*.

Pensando en voz alta en relación con el problema planteado, consideramos que el efecto retroactivo de una decisión no puede recaer sino sobre el acto viciado o afectado; es una ficción considerar que recae sobre los efectos. Declarada la nulidad de un acto, éste ya no existe, no existió nunca y, por ello sus consecuencias no tienen una base de sustentación, salvo que la ley expresamente deje a salvo ciertos intereses (los hijos putativos, por ejemplo, en el campo del matrimonio nulo). Ahora bien, si la revocación como hemos visto no se refiere al acto sino a sus efectos, la declaratoria posterior de que el acto era inoportuno no va a lesionar su existencia como tal, por lo cual mal podrían afectarse los efectos que el mismo válidamente produjo. De lo anterior estimamos que la revocatoria por ser inoportuno el proveimiento originario, tiene el mismo alcance de la revocatoria del proveimiento que es inoportuno por circunstancias sobrevenidas al momento de su emanación. La revocatoria tendrá siempre efectos *ex nunc*, hacia el futuro. Distinta es la situación, que no ha de confundirse con la revocación, de que el ordenamiento jurídico establezca como requisito del acto el mérito del mismo. La falta de mérito, en tal caso, constituirá un vicio de ilegitimidad y lo procedente contra el mérito no será la revocatoria sino la anulación.

## *Diferencia entre revocación y anulación*

Diferencia entre revocación y anulación. Los límites entre la anulación y la revocación, relativos al contenido que es el único y verdadero elemento diferencial que ha de tomarse en cuenta, son a nuestro entender, perfectamente claros, vamos a establecerlos en base a los elementos más resaltantes:

### 1. En relación con el fundamento

La potestad de anulación tiene como fundamento para la Administración Pública a la cual le es atribuida, la posibilidad de eliminar los actos contrarios al derecho objetivo, esto es, de eliminar los actos viciados. La potestad de revocación tiene como fundamento para la Administración que la ejerce, la posibilidad de eliminar una situación jurídica determinada que ha surgido como consecuencia de la emanación de un proveimiento que no es ilegítimo, y en consecuencia, es inatacable mediante la potestad de anulación.

### 2. Segunda diferencia en relación con el motivo de la decisión

En la potestad de anulación, la decisión versa sobre un vicio de proveimiento.

En la potestad de revocación, el objeto radica en la divergencia actual entre el interés del sujeto que ha emanado el proveimiento y el que determinó su emanación.

### 3. Tercera diferencia: en relación con la naturaleza de la actividad

La potestad de anulación presupone una potestad de control.

La potestad de revocación no implica, como se señaló, una actividad de control, sino de administración activa.

### 4. Cuarta diferencia: en relación con el objeto de la decisión

La anulación recae sobre el acto. Es la eliminación del proveimiento.

La revocación recae sobre las situaciones jurídicas creadas por el acto.

### 5. Quinta diferencia: en relación con el efecto

La anulación surte sus efectos *ex tunc*, hacia el pasado.

La revocación surte sus efectos *ex nunc*, en el sentido de lo que se quiere impedir es la supervivencia de las relaciones jurídicas surgidas en virtud del acto, eliminándolos a partir de la fecha de la decisión revocatoria. Alessi considera, y lo cito porque es la monografía de mayor importancia en la materia, que la revocación tiene el poder de restablecer la situación jurídica existente en el momento de la emanación del acto. Esta consideración a nuestro modo de ver, es equívoca, por cuanto si se habla del restablecimiento de una situación jurídica anterior al acto sobre cuyos efectos recae la revocación, se está aludiendo

a un efecto retroactivo de la misma que, obviamente no posee, ni puede poseer si se acepta como hemos aceptado que ella sólo impide la supervivencia de la situación actual que es inconveniente.

6. Y finalmente, una diferencia en relación con la naturaleza del procedimiento

Tanto la anulación como la revocación se ubican en la esfera de los procedimientos de segundo grado, esto es, de aquellos que tienen por objeto procedimientos o actos administrativos anteriores. Ahora bien, estos procedimientos se clasifican en la siguiente forma: a) Procedimientos de reexamen, y b) Procedimientos de revisión. Los procedimientos de reexamen, tal como su nombre lo indica, se destinan a “reexaminar” el proveimiento dictado, es decir, a descomponer aquella articulación que ya está formada. Ese reexamen está dirigido a los fines de determinar su validez, de allí que, obviamente, la anulación será un procedimiento de reexamen, en cuanto que la revocación es por esencia un procedimiento de revisión. Los procedimientos de revisión no afectan la mecánica, la estructura del acto, ni mucho menos, sino el resultado de la actuación, el cual se transforma en revisión del vínculo cuando el proveimiento ha nacido legítimo, en forma tal, de establecer su correspondencia con el interés público primario.

#### *Fundamento de la revocación*

La revocación se fundamenta en dos tesis que, a pesar de que surgieron en forma separada en el tiempo y se manifestaron como antagónicas; sin embargo, hoy en día pueden coexistir, gracias al hecho de que explican dos modalidades distintas de la revocación. Estas tesis son: la teoría de *Ius Poenitendi*, mantenida por Santi Romano, y Ranelletti. Y la teoría del hecho sobrevenido. La primera tesis se fundaba en el carácter unilateral del proveimiento, lo cual permitía la aplicación de un *contrarius consensus*. Se razonaba diciendo que la Administración debe cuidar los intereses públicos y por ello tiene un derecho potestativo a cambiar sus criterios y decisiones anteriores si los mismos pudieran ocasionar consecuencias negativas para la colectividad sobre la cual inciden.

La revocación representaría así, de acuerdo con la tesis expuesta, el ejercicio de la misma potestad en base a la cual fue emanado el acto. Tal potestad no se agota con la emanación del proveimiento, sino que comprendería también el poder de rever la propia obra y de modificarla en base a una valoración distinta de las circunstancias de hecho y del interés público.

La jurisprudencia no acogió nunca esta concepción, considerando que la misma implicaba el máximo arbitrio de la Administración y fue tal posición lo que hizo surgir la tesis que analizaremos de inmediato.

## *Teoría del hecho sobrevenido*

Esta tesis se fundamenta en la consideración de que el proveimiento administrativo legítimo, oportuno, regular, conveniente, constituye la manera óptima de satisfacer el interés público en el momento en el cual es adoptado. Ahora bien, sucesivamente, con posterioridad a la emanación del proveimiento, se pueden producir hechos en virtud de los cuales el proveimiento adoptado deje de ser la forma óptima de obtención y de atención del interés público. Se da un hecho sobrevenido que genera en la Administración el poder de eliminar el proveimiento. La función de la Administración Pública es proveer en la mejor forma posible a la satisfacción de los fines públicos. Si el acto que ya ha sido dictado se manifiesta inadecuado para tales fines, bien porque fueron mal apreciadas las circunstancias y las necesidades generales en el momento de la emanación del acto, o bien, porque en un tiempo sucesivo tales circunstancias y tales necesidades sufrieron una modificación que hizo que el acto no fuese ya adaptado a su fin, la Administración tiene facultad de retirarlo en todo o en parte, a fin de sustituirlo por otro más idóneo.

Ambas tesis pueden fundamentar la revocación en un derecho positivo moderno. El fundamento en el *Ius Poenitendi* es admisible en los casos en que el proveimiento de primer grado no haya adquirido eficacia. Se aplica así un principio general, válido para todos los actos jurídicos, en vista del cual, antes de que se haya producido el efecto, la declaración es siempre disponible para su autor. Los casos específicos de la revocación fundada en el *Ius Poenitendi*, son: a) los proveimientos sometidos a control durante el lapso de tiempo (generalmente breve), en el cual se espera la emanación del acto de control; b) Está también el caso de los proveimientos de efectos generales o preliminares antes de que sean adoptados los proveimientos de actuación específicos (relativos a la contratación, a las aprobaciones, etc.).

Más extenso es el campo de la revocación, fundado en el hecho sobrevenido. Se aíslan en este grupo dos subespecies: los casos en los cuales se produzca la pérdida sobrevenida de un presupuesto legal. El segundo caso es el de la variación sustancial sobrevenida de la situación de los intereses existentes en el momento de la emanación del acto. A nuestro entender, la primera hipótesis no es una verdadera revocación sino un caso de decaimiento o decadencia del acto, que no es una forma de modificación de la administración del acto como es la revocación, sino que es un acto extintivo. Efectivamente, el decaimiento o decadencia se produce por la pérdida sobrevenida de circunstancias de hecho o de derecho esenciales para la subsistencia del acto. Para los que aceptan la anterior bipartición, la revocación es en el primer caso un acto esencialmente vinculado; en cuanto que en el segundo es ampliamente discrecional, por cuanto faculta al órgano que la declara para hacer valoraciones sobre las modalidades del interés.

Llegados a esta altura de nuestra exposición, estamos entrando al campo más espinoso, a ese punto de la ruta que todos tienen miedo de transmitir. Efectivamente, vamos a analizar los límites de la potestad.

### *Límites de la revocabilidad*

Durante mucho tiempo se tuvo como axiomático el principio de que el límite de la potestad revocatoria se encontraba en la subsistencia de los derechos subjetivos de los particulares. Se decía que, si el acto había creado derechos (“derechos adquiridos”), era por ello irrevocable. Esta tesis hoy en día es rechazada por la simple constatación de que el derecho positivo acepta la revocación de actos creadores de derecho, siendo particularmente ilustrativo el caso de las concesiones y, hoy en día se ha generalizado, incluso, la figura de la “revocación con indemnización”. La tesis anterior es sustituida por la que estima que el límite de la revocación se encuentra en la posibilidad del órgano revocante de disponer o no de los efectos del acto. Es la llamada tesis de la “disponibilidad de los efectos”. En virtud de ella, son irrevocables aquellos actos sobre cuyos efectos la Administración no pueda actuar. Se le critica sin embargo que, en la noción de “disponibilidad de los efectos”, se encuentra implícita la noción de revocación, en razón de la cual, decir que es revocable el proveimiento siempre y cuando la autoridad que lo dicta pueda disponer del efecto creado por el proveimiento mismo, equivale a decir que es revocable el proveimiento revocable, lo cual es una simple tautología.

Alessi —y volvemos a citarlo en base a que es quizás uno de los más densos en el estudio de la problemática— considera que, para comprender el límite de la potestad revocatoria, es necesario distinguir entre las distintas formas cómo se realiza la vinculación de los derechos subjetivos con el proveimiento que ha de ser revocado, ya que, cuando se habla de relaciones entre la potestad de revocación y los derechos subjetivos de los particulares no se hace referencia al derecho subjetivo en abstracto, sino a determinados derechos subjetivos concretos.

Alessi distingue así en lo que toca a la vinculación, las siguientes situaciones:

En primer lugar, están los derechos subjetivos *directamente* vinculados con el proveimiento que ha de ser revocado, en cuanto se trata de derechos que surgen como efecto directo del proveimiento. Ejemplo, en el proveimiento de una concesión, el uso exclusivo de una invención.

En segundo lugar, los derechos subjetivos *directamente* vinculados con el proveimiento, por cuanto el mismo constituye una condición para su ejercicio. Es decir, el proveimiento constituye el levantamiento de obstáculo jurídico para el ejercicio del derecho. Es el caso específico de las autorizaciones administrativas.

En tercer lugar, derechos subjetivos vinculados sólo *indirectamente* con el proveimiento que ha de ser revocado, en el sentido de que éste constituye para ellos un simple presupuesto. Ejemplo es el derecho adquirido por un particular de un concesionario, mediante contrato realizado entre ellos, el cual tiene como presupuesto el proveimiento concesorio.

Por lo que atañe a la última situación planteada, esto es, a la vinculación indirecta, se considera que, al caer por efecto de la revocación, la situación jurídica que forma el presupuesto del derecho, deben caer también los derechos de los terceros, cuyo ejercicio presupone necesariamente el mantenimiento de la situación jurídica que constituye su base, en cuanto quedan en pie los derechos cuyo ejercicio no presupone el mantenimiento de la situación jurídica misma, ya que están desvinculados completamente de la situación jurídica que su creación suponía, adquiriendo así vida autónoma.

Distinta es la situación cuando existe vinculación directa entre los derechos y el proveimiento que ha de ser revocado. La solución de la cuestión depende, en concreto, de la forma como se presente el ejercicio de la potestad de revocación. El ejercicio, al efecto, puede presentarse como una normal posibilidad de revocación, es decir, lo que se denomina revocación como fenómeno fisiológico o puede presentarse como anormal posibilidad, revocación como fenómeno patológico. Es normal, por ejemplo, en la concesión de uso de una vía pública a tiempo indeterminado, en lo cual debe regir, como es sabido, el principio de tecnicidad de los servicios públicos, la Administración podrá exigir del concesionario un tipo de prestación que sea más adecuada para la satisfacción de los fines y revocar la concesión si su beneficiario no está dispuesto a otorgarla porque escapa a su capacidad técnica. No es normal la potestad revocatoria, por el contrario, en una concesión a plazo fijo. Cuando la revocabilidad es normal del acto administrativo sólo surge en relación al beneficiario un derecho condicionado o debilitado. Si la potestad es anormal el derecho es perfecto, aun cuando esté sometido a una eventual posibilidad de "debilitamiento".

Se considera que si existe normal posibilidad de revocación, la cosa se encuentra estructuralmente consustanciada con la relación, constituyendo una fuente de precariedad, una falla en el sistema de protección del interés del particular titular, en forma que tal interés podría ser considerado como derecho subjetivo pero no como derecho debilitado.

En el segundo caso de la anormal posibilidad, la potestad de revocación no aparece como estructuralmente consustanciada con el vínculo mismo, sino que es un simple accidente, en razón de lo cual el sistema de protección del interés se presenta como perfecto y completo, aun cuando sea posible una lesión del mismo en ciertas circunstancias. En tal caso, el interés es un verdadero y propio

derecho —perfecto, aun cuando sujeto a la posibilidad anormal de debilitamiento en el caso del ejercicio de la potestad de revocación.

Consideramos, y en esto hemos seguido un poco la crítica que le hace Garrido Falla a la tesis de Alessi, que ésta es correcta en líneas generales, pero es incompleta. Esencialmente se le imputa no haber mencionado los casos en los cuales la facultad se encuentra constituida por una norma y viene a ser una facultad que emana directamente del ejercicio de dicha norma. Esto nos hace echar un poco hacia atrás y pensar si acaso no está vigente aún la tesis que hacía depender la posibilidad de revocación del acto administrativo del carácter bien discrecional o bien reglado de las facultades que la Administración. En todo caso, respecto a tal consideración, podemos estimar que los actos vinculados no admiten un juicio de mérito y por ello no son revocables. Así la certificación, la decisión del recurso no implican una valoración de intereses. Sólo los actos total o parcialmente discrecionales son revocables.

Una tesis que aclara el límite de la potestad revocatoria, en relación con el fundamento de la misma, es la que plantea Giannini, para quien es necesario distinguir si la potestad se fundamenta en el *Ius Poenitendi*, o si se fundamenta en el hecho sobrevenido. En primer caso, en el *Ius Poenitendi* no existen proveimientos irrevocables, ya que hasta tanto el proveimiento no haya adquirido eficacia no puede surgir problema alguno relativo a la disponibilidad de los efectos. En consecuencia, los actos aislados de un procedimiento son siempre revocables, cualquiera que ellos sean, hasta tanto no se haya producido el acto final o conclusivo. Así los dictámenes, las proposiciones son revocables hasta tanto la autoridad a quien van dirigidos no haya emitido el proveimiento. Igualmente, son sin excepción revocables, los proveimientos sometidos a control antes de que el acto correspondiente sea dictado.

Por lo que atañe a la revocatoria fundada en el hecho sobrevenido, los actos irrevocables se dan por lo menos, para Giannini, en los siguientes casos:

En primer lugar, cuando los efectos del proveimiento de primer grado se hayan realizado y agotado completamente. Se dispone, por ejemplo, de la revocatoria de un cierto grupo de licencias de importación. Si ya la mercancía ha sido importada, colocada en el territorio nacional y ya ha pasado la aduana, la licencia no es revocable.

Una segunda situación es cuando el efecto jurídico del proveimiento de primer grado es irreversible, en el sentido de que para destruirlo no bastaría la remoción del proveimiento mismo, sino que sería necesario un acto administrativo de distinta naturaleza.

Dada la sutileza de la cuestión, la misma sólo se explica a través de ejemplos. Por ejemplo, si se trata de la requisición del uso de una cosa (supongamos

una motocicleta), la revocación es posible por cuanto la revocación de la requisición hace cesar el impedimento del uso de la cosa que tiene el *dominus*. Una vez efectuada la revocación, el derecho de propiedad se reexpande automáticamente.

Otro ejemplo: la requisición en propiedad no es revocable, por cuanto la revocación comportaría para el propietario la doble obligación de readquirir la cosa y de restituir el precio, o sea, implicaría una adquisición coactiva que, a falta de norma expresa y del consentimiento del interesado, la autoridad no puede imponer.

Vamos a ver qué dice la ley sancionada en lo que toca al ejercicio de la potestad revocatoria.

### *Enunciación de la potestad revocatoria en la ley sancionada*

La ley sancionada se muestra muy escueta en el enunciado de la potestad revocatoria y en el establecimiento de sus límites. La institución aparece contenida en un solo artículo: el artículo 82, bajo el título "De la revisión de los actos en vía administrativa, Capítulo I: De la revisión de oficio".

*Calificación de la naturaleza del procedimiento.* La calificación que el legislador le ha dado al procedimiento de revocación de ser un procedimiento de revisión es correcta. El mismo es, efectivamente, un procedimiento de segundo grado que tiende a incidir sobre los resultados del acto o del procedimiento de primer grado.

Igualmente es correcta la calificación de "procedimiento de oficio", por cuanto por el hecho de que se trata de una institución que está dirigida al cuidado específico de un interés de la Administración, sólo a la misma atañe. Sin embargo, debe señalarse que en la jurisprudencia extranjera hay decisiones favorables relativas a la demanda de revocación de los actos. Esto a título de ilustración.

*Órgano competente* (siempre en la ley sancionada): En el texto de la ley, competente es tanto el órgano que lo dictó como el superior jerárquico.

*Extensión del poder:* la revocación puede ser total o parcial.

*Oportunidad:* "En cualquier momento". No hay límite al respecto. Aquí estamos ante una típica potestad no limitada por la ley sino simplemente enunciada por la Ley (recordemos al efecto que una de las características de las potestades es su imprescriptibilidad).

*Límites a la potestad:* Sólo es ejercible la potestad cuando el acto objeto de la misma no haya creado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales

o directos en relación con un particular. Este límite contenido en el artículo 82 de la Ley sancionada queda ratificado en el texto del artículo 19, ordinal segundo, que sanciona con la nulidad absoluta a los actos que resuelven un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares. Al respecto, sin embargo hay que señalar que de acogerse la observación del Ejecutivo, la cual tiene la opinión favorable de la Comisión del Senado, una norma expresa podría facultar para la revocación, así como para cualquier forma de retiro o modificación del acto, ya que al texto del ordinal últimamente citado, ordinal segundo del artículo 19, dice: "salvo que exista una disposición expresa de ley".

Pasemos así al análisis de la potestad anulatoria.

## V. POTESTAD ANULATORIA

La potestad de anulación aparece perfectamente delineada en base a sus elementos diferenciales con la potestad revocatoria, en razón de lo cual su exposición no requerirá de concepciones teóricas extensas. En efecto, sus notas características son:

En primer lugar, incide sobre el acto.

En segundo lugar, se califica como un procedimiento de reexamen porque implica el análisis de los elementos del acto o del procedimiento de formación del mismo, a los fines de determinar los vicios que hubieran podido afectarlo.

En tercer lugar, su efecto ha de ser hacia el pasado *ex tunc*, por cuanto detecta un vicio que hace imposible la existencia del acto.

En cuarto lugar, el "vicio", como tal, es vicio de ilegitimidad, aun cuando algunos conciben el vicio de "mérito" como un irregularidad originaria del acto.

En quinto lugar, el fundamento de la potestad se encuentra en la necesidad de la Administración de mantener su actuación dentro de la esfera de la legitimidad y, en tal sentido, implica la aplicación del principio de legalidad administrativa.

La ley sancionada regula la potestad de anulación en el artículo 83, señalando al efecto:

"La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella".

Analicemos la norma indicada:

*Motivo de la anulación:* la nulidad absoluta del acto. Al efecto la Ley de Procedimientos Administrativos establece taxativamente los supuestos que determinan los vicios de nulidad absoluta, señalando al respecto como tales:

1. Cuando esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal.

2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido, con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares.

3. Cuando su contenido sea imposible o de ilegal ejecución, y

4. Cuando hubiesen sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecida.

La anulabilidad o nulidad relativa ("actos anulables") está constituido por los vicios que no lleguen a tipificar los casos antes mencionados de nulidad absoluta.

1. *Oportunidad para su ejercicio.* En cualquier momento. Se trata de una potestad ilimitada en el tiempo.

2. *Iniciativa procedimental.* Puede plantearse tanto de oficio o a solicitud de los particulares.

La norma se limita a los escuetos elementos antes indicados, en razón de lo cual ha de concluirse que para su ejercicio no existen los límites subjetivos establecidos para la *potestad revocatoria*, por cuanto se considera que del acto viciado no nacen derechos.

El acto nulo de nulidad absoluta, puede ser extinguido por la Administración en cualquier tiempo; no hace nacer derechos; no es convalidable.

Como puede apreciarse, la Ley sancionada establece un poder muy extenso a la Administración al consagrar la potestad de anulación, ya que no somete la declaración a condición alguna. En el *Derecho italiano* existe lo que se denomina "Anulamiento Extraordinario". Específicamente lo contempla el artículo 6 del texto único de la Ley comunal y provincial. (Italia no tiene ley de procedimientos administrativos). Esta ley provincial y comunal es, sin embargo, muy rica en normativas relativas al régimen de los procedimientos administrativos. Se establece como competencia del "gobierno" y puede ser acordada en cualquier tiempo de oficio, o mediante denuncia.

La denuncia equivaldría a la solicitud a la que alude la ley nuestra; pero en la italiana hay un requerimiento y es que es necesario oír la opinión del Consejo de Estado. Las causas que determinan la nulidad son los vicios de incompetencia, exceso de poder y violación de leyes o reglamentos generales o especiales.

El Consejo de Estado, a lo largo de sus consultas a la Administración en el procedimiento antes señalado y asimismo, en los casos en los cuales la cuestión de la nulidad absoluta de los actos se ha planteado en sede jurisdiccional, teniendo que decidir en este caso como juez de la causa, ha fijado una regla rela-

tiva a la naturaleza del interés público que debe valorarse en relación con la extinción del acto. Es decir, que el Consejo de Estado, actúa como un órgano consultivo en el caso del anulamiento de oficio, del anulamiento extraordinario. Al efecto, la Administración antes de proceder a la nulidad, pide el dictamen del Consejo de Estado; pero también, ante el Consejo de Estado podría plantearse como órgano jurisdiccional la misma cuestión. De allí que exista una jurisprudencia muy rica al respecto. Hay que señalar que se trata de una jurisprudencia un poco extraña, porque el Consejo de Estado ya no está pidiendo simplemente que se detecte el vicio, sino que está pidiendo algo más. ¿Qué está pidiendo? Está pidiendo que se estudie el interés público, que se valore en relación con la extensión del acto. Al efecto, ha señalado que no basta con que el acto sea originariamente inválido por ilegitimidad, sino que requiere un *interés público actual para la nulidad*. Con tal consideración, el Consejo de Estado ha establecido un freno o límite a la indeterminación temporal del ejercicio de la potestad. No puede dejar de anotarse que, en relación con esta exigencia ha sucedido una cosa muy particular, y es que el Consejo de Estado ha continuado interpretando la necesidad de la anulación extraordinaria como una discordancia entre el interés actual de la Administración y los efectos del acto. De lo anterior, el procedimiento deja de ser un procedimiento de *reexamen* puro, para convertirse en un procedimiento de *revisión*. En algunas disposiciones más recientes de Italia se fija un límite para la potestad anulatoria, estableciéndose por ejemplo 10 años en materia urbanística. Algunos autores, entre ellos, Cammeo, consideran que puede señalársele tal límite en general, porque se trata de un término de prescripción; lo cual a nuestro ver no es correcto, porque no podemos olvidar que estamos ante una potestad, la cual es por su naturaleza y, salvo disposición en contrario, imprescriptible.

Sobre la naturaleza discrecional del acto, en virtud de la cual se declara la nulidad de oficio, la misma ha de ser negada, ya que se está ante un proveimiento administrativo puro y simple.

En el derecho español, la Ley de Procedimiento Administrativo establece dos supuestos para el ejercicio de la potestad anulatoria de la administración, pero esta mañana el doctor Antonio Moles trató el tema, incluso, llegó hasta el análisis del recurso de lesividad. En consecuencia, creo que no vale la pena repetir lo que fuera tan brillantemente expuesto. Yo considero que la normativa de la ley española es extraordinariamente complicada; es decir, nosotros nos vamos a encontrar con un grave reto, con el ejercicio de la potestad anulatoria en la Ley, tal como la tenemos. Pero es un reto para la jurisprudencia; es un reto para la doctrina, pero le da una cierta libertad, el intérprete quien no se encuentra con estas trabas, con estos límites que aparecen en la Ley de Procedimiento y en la Ley de Régimen Político españolas.

## VI. LA POTESTAD CONVALIDATORIA

Entendemos por potestad convalidatoria, aquella en virtud de la cual mediante un procedimiento de reexamen se detecta un defecto del procedimiento de primer grado, que resulta eliminable mediante un proveimiento de segundo grado. Englobamos así en tal potestad a todas las modalidades que reviste la *reforma* de los actos administrativos. La reforma engloba por ello a una gran variedad de figuras, tales como la de la *convalidación*, la de la *conversión* y la de la *regularización* o *rectificación*. La facultad en virtud de la cual los actos que conforman las figuras antes enunciadas son dictados, puede ser denominada como *potestad convalidatoria*.

El fundamento de tal potestad se encuentra en dos principios: en el principio de autotutela administrativa que obliga a la administración a mantener sus actos conformes con el ordenamiento jurídico objetivo y con los fines cuya obtención le ha sido atribuida. Ya veremos que el principio de autotutela es entendido por algunos sólo como "autotutela-ejecutividad" del acto; pero la doctrina moderna le da toda su extensión semántica al término. Es decir, autotutela, alude tanto a la eficacia como a la validez y oportunidad de los actos.

La convalidación también se fundamenta, en el principio de *economía de los medios* o *economía procedimental*, en base a la cual deben evitarse las actuaciones inútiles si los mismos resultados pueden ser obtenidos por otros medios.

El reexamen de un procedimiento de primer grado puede llevar a la estimación de que existió un error en la exteriorización del acto, tal como la indicación de las personas, de la ubicación de una cosa; de ciertos datos técnicos. Igualmente, el error puede derivar de la omisión de un dato requerido. El acto en virtud del cual se corrigen los errores u omisiones, se denomina *rectificación*, tal como en el proceso civil, o también se denomina *regularización*.

El reexamen del procedimiento puede llevar a la conclusión de que exista un vicio en el acto. En tales casos hay que precisar si se trata de un vicio de *oportunidad*, o si se trata de un vicio de *legitimidad*.

Podemos apreciar en los casos del *vicio que alude a la oportunidad* que se pueden dar cualquiera de los siguientes casos. Primera hipótesis: que sólo sea inoportuna una parte del proveimiento. En tal caso, basta con su eliminación. Segundo, que le falten al proveimiento cláusulas que habrían sido conveniente establecer. En tal caso, bastaría con agregar dichas cláusulas. Tercero, que contenga cláusulas inoportunas que no pueden ser simplemente eliminadas sino que es necesario que se sustituyan con otras reputadas más idóneas.

Es posible que el vicio aluda a la *legitimidad* y también en tal situación pueden plantearse *mutatis mutandi*, las mismas hipótesis anteriores, a saber: 1º Que sólo sea ilegítima una parte. En tal caso, la cláusula ilegítima es removida,

considerándose al efecto que se trata de una nulidad parcial del acto. 2º La segunda hipótesis es la falta de una cláusula necesaria que se debe establecer, tal como la de fijar un término; recordar el cumplimiento de una carga, etc., la cual se resuelve agregando la disposición que faltaba. Generalmente a este acto se le denomina *reforma*, propiamente dicha. 3º La tercera hipótesis es la situación en la cual el acto contiene cláusulas ilegítimas. Esta hipótesis plantea muchos supuestos reales, entre ellos podrían darse los siguientes: la falta de motivación o la insuficiente motivación, lo cual se corrige estableciéndola o completándola; es posible que el acto sea contradictorio, lo cual obliga a corregir los elementos en contraste. En esta tercera hipótesis puede darse el caso de que si se da una nueva calificación al acto, el mismo deje de ser ilegítimo. Para explicar mejor la situación, podemos plantearla en la siguiente forma:

El proveimiento es ilegítimo si se le califica en cierta forma; pero si se le atribuye una calificación distinta para la cual no sea requerida la presencia de los elementos que están viciados. A esta hipótesis se le ha dado el nombre de *conversión*. Puede más específicamente definirse como la situación en la cual, reconocida la invalidez del acto, la autoridad que lo dicta lo declare eficaz a los fines de otro acto del cual contenga los requisitos.

La potestad de convalidación se encuentra consagrada en la ley sancionada, tanto a través de la figura de la *convalidación*, propiamente dicha, como en la de la rectificación. Al efecto, el artículo 81, que establece la primera de las enunciadas, señala: "La Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan". Analizada la norma, de la misma emergen los siguientes elementos:

1. *Órgano que puede convalidar*. La norma no lo precisa pero su concordancia con el artículo 90, que establece los poderes del órgano que conoce del recurso jerárquico y del recurso de reconsideración, nos revela que puede ser: a) el mismo órgano que dictó el acto, anulable; b) el superior jerárquico.

2. *Naturaleza del vicio*. Un vicio que sólo produzca la nulidad relativa o anulabilidad del proveimiento o del procedimiento. Puede ser tanto de ilegitimidad como de falta de mérito.

3. *Oportunidad para el ejercicio*. En cualquier momento. La *regularización o rectificación* de los actos, esto es, la corrección de los errores u omisiones en la exteriorización del acto, está igualmente sancionada en la ley, la cual sin embargo alude sólo a los "errores materiales o de cálculo", sin mencionar con ello a las omisiones; pero creemos que pueda englobarse la segunda en la primera idea. El artículo 84, establece al respecto: "La Administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido, en la manifestación de los actos administrativos".

## VII. POTESTAD DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN

Entendemos por potestad de autotutela en sentido restringido, todas las facultades que posee la Administración de hacer que sus decisiones produzcan los efectos para cuya obtención han sido dictados. Se incluye en tal noción, en consecuencia, a la *ejecutividad* y a la *ejecutoriedad* del acto y se rechaza así en este capítulo a los poderes tendientes a verificar la legitimidad de la decisión.

Hay que distinguir, en consecuencia en la autotutela, en primer lugar, a la *idoneidad efectiva del acto para surtir sus efectos*. A esta condición, la doctrina italiana la denomina *esequibilitá*. Los actos tienen idoneidad para surtir sus efectos, sólo cuando adquieren el carácter de *definitivos* por haber agotado el procedimiento de formación de los mismos; en tal sentido, se diferencian de los *actos de trámite*. Algunas veces, la idoneidad *efectiva del acto*, aun cuando esté concluido el procedimiento de su formación, deriva de una condición o de un término que hayan de cumplirse (condiciones y términos suspensivos), o bien, de la realización de algunas operaciones materiales, por ejemplo, verificación de un inventario.

La *ejecutividad* es por su parte la condición en virtud de la cual los actos administrativos definitivamente firmes, esto es, que hayan agotado la vía administrativa, producen los efectos perseguidos con su emanación, sin necesidad de una homologación por parte de un órgano extraño a la esfera de la Administración. El acto es definitivamente firme, esto es, se dice que ha "agotado la vía administrativa" cuando ya no es posible ejercer contra el mismo el recurso jerárquico. Esta situación se plantea, bien porque se ha vencido el lapso para su ejercicio; o bien porque habiendo sido interpuesto dicho recurso, ha sido decidido. De allí que, salvo el ejercicio del recurso de revisión que opera como una vía excepcional, el acto firme no admite impugnación alguna por la vía administrativa.

Precisada la primera noción, es necesario explicar la segunda; esto es, la indicación de que una vez que el acto sea firme, ya no requiere homologación de ningún órgano externo a la esfera administrativa. La homologación es el acto en virtud del cual se otorga eficacia jurídica a una decisión precedente, la cual en espera de esta última, se presenta como válida y existente, pero carente de eficacia. La ejecutividad es así la idoneidad del acto administrativo para obtener el objetivo para el cual ha sido dictado. Ahora bien, hay actos que se agotan en una simple declaración, en cuanto que hay otros que están destinados a obtener sus fines mediante la realización de actuaciones materiales. La ejecutividad, propiamente dicha, está constituida por la condición especial de estos actos cuya eficacia implica la actuación de operaciones materiales, de ser cumplidos por el propio órgano que lo dicta o por cualquier otro órgano actuante dentro de la esfera administrativa. Pongamos el caso de que se ordene

el cierre de una calle. Este acto no es una simple declaración, sino que tiende a producir un efecto constitutivo que requiere para su cumplimiento de una operación material: colocación de postes o barras; colocación de obstáculos para impedir la circulación o simplemente el cambio de las señales de tránsito; la colocación de un signo (círculo rojo con una barra transversal) que establezca la prohibición. La ejecutividad del acto consistirá en la efectiva colocación de los objetos o señales que cumplan con la finalidad perseguida por el mismo: la circulación por la calle. El artículo 8 de la ley sancionada establece expresamente la ejecutividad de los actos administrativos, por cuanto de su redacción se evidencia que la misma es la condición propia de los "actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución". La consecuencia que la norma citada le atribuye a la cualidad que se analiza, es la de que los actos dotados de ellas "deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido", indicando que a falta del mismo, se ejecutarán inmediatamente. El acto dotado de *ejecutividad* ha de surtir sus efectos, los cuales sólo se interrumpen mediante la *suspensión judicial* y —novedad de la ley— por la suspensión *administrativa*.

La *suspensión judicial* ha sido reconocida, como ustedes bien lo saben, en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual recogiera lo que constituía una doctrina constante de la Sala Política Administrativa. El citado artículo 136, establece: "A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación en la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar la decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio".

De allí, que la *suspensión judicial del acto administrativo*, se produce en base a las siguientes condiciones:

1. *Organo que puede acordarlo*

La Sala Política Administrativa, igualmente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por disposición expresa del penúltimo aparte del artículo 185 de la misma Ley Orgánica de la Corte y los Tribunales Superiores con competencia en lo civil, en base del penúltimo aparte del artículo 181 de la misma Ley. Sobre la competencia de los tribunales contencioso-administrativos especiales válidamente, se puede alegar su competencia por interpretación analógica.

2. *Condiciones para la suspensión*

- a. *Solicitud de parte.*

- b. Pendencia de un recurso de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares.
- c. Facultad acordada por la ley o situación apreciable por el juez, por considerar:
  - c.1. que la suspensión es indispensable para evitar perjuicios irreparables.
  - c.2. que los perjuicios sin ser irreparables son de difícil reparación en la definitiva, en base a la circunstancia del caso.

La *suspensión* también puede ser acordada por *via administrativa*, y al efecto, la ley sancionada contempla su régimen en el artículo 87. La redacción de esta norma como se verá es contradictoria. En efecto, el artículo 87 consagra como regla general que: "La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario". Una vez hecha esta reserva legal, en virtud de la cual *sólo la Ley puede establecer el carácter suspensivo de un recurso*, el párrafo siguiente alegremente pasa a establecer algo que a nuestro ver, es contrario con lo antes afirmado. Al efecto dice: "El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido, en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que considere suficiente. El funcionario será responsable para la insuficiencia de la caución aceptada".

De acuerdo con lo expuesto, el órgano que conoce del recurso (y se trata de cualquier recurso) puede actuar *tanto de oficio* (lo cual no tiene sentido alguno) o a *solicitud de parte*, y yo no veo por qué el órgano administrativo tenga de oficio, suspender la eficacia del acto que ha sido impugnado mediante recurso, porque aquí no estamos ante el ejercicio de una potestad anulatoria o revocatoria. De allí, que se puede de oficio o mediante solicitud de parte, acordar la suspensión si la impugnación se basa en la nulidad absoluta del acto o si teme que su ejecución ocasione "grave perjuicio al interesado". Véase que las condiciones para acordar la suspensión no son acumulativas. Creemos que la relativa a la nulidad absoluta opere en las suspensiones de oficio y la referente al daño grave en las suspensiones acordadas a solicitud de parte.

Si la eficacia es la idoneidad del acto para producir los efectos para los cuales ha sido dictado y la ejecutividad consiste como se vio, en la cualidad de los actos que requieran ejecución de que la misma sea realizada por la propia Administración; la ejecutoriedad implica una cualidad mucho más específica. En efecto, ella es igualmente una condición relativa a la eficacia del acto; pero sólo de los actos capaces de incidir en la esfera jurídica de los particulares impo-

niéndoles cargas (tanto reales, como personales; de hacer o de abstenerse). Lo relevante de la ejecutoriedad es que la Administración pueda obtener el cumplimiento de lo ordenado aun en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales. Se deroga así, con tal principio y en relación con su esfera, una regla que es la base de la convivencia pacífica de las sociedades que impide que cada uno se haga justicia por sí mismo. Resumiendo las notas esbozadas, la ejecutoriedad del acto administrativo se presenta en consecuencia, como una especial manifestación de eficacia de los actos administrativos que imponen cargas a los administrados, en virtud de la cual se puede obtener el objetivo perseguido por el acto, aun en contra de la voluntad de los administrados, sobre los cuales dichas cargas recaigan y sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales. En la redacción que emplea el texto sancionado (artículo 79), el principio general que rige en materia de ejecución forzosa es su realización de oficio por la propia Administración, salvo que exista una expresa disposición legal que la encomiende a la autoridad judicial. La ley sancionada va perfilando el principio, sus consecuencias y las garantías que otorga a los afectados en varios artículos que podemos resumir así:

1º La ejecutoriedad sólo procede cuando existe un acto administrativo formal. Al efecto, el artículo 78, señala: "Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos".

2º La condición anterior se complementa con la necesidad de la efectiva notificación del acto. Al efecto, el artículo 73 indica que los actos que afecten los derechos subjetivos o los intereses legítimos personales y directos de los particulares deberán ser serle notificados. La notificación debe contener el texto íntegro del acto con la indicación, si fuere el caso, de los recursos que procedan y el señalamiento de los términos para el ejercicio y de los órganos o tribunales ante los cuales deben interponerse. Los vicios de la notificación por falta de los recursos antes indicados, hará que las mismas se consideren defectuosas y que no produzcan efecto alguno.

Ahora bien, ¿cómo ha de realizarse la notificación? Según los términos de la ley, podemos considerar que la notificación puede ser ordinaria o extraordinaria. La notificación es ordinaria en los casos en los cuales el administrado tenga domicilio o residencia conocida, o bien los tenga su apoderado, en los casos en los cuales se haya hecho representar expresamente. En esta hipótesis la notificación habrá de entregarse en el domicilio o residencia indicados, exigiéndose recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza y asimismo del contenido de la notificación y de la identificación.

La notificación es extraordinaria cuando no pueda practicarse en la forma antes descrita. La redacción de la ley es la siguiente: "cuando resulte impracticable la notificación en la forma prescrita en el artículo anterior". Esta redacción se presta a toda clase de dudas. ¿Debe considerarse impracticable si el receptor se niega a firmar y a identificarse? ¿Cabe la entrega mediante testigos? Pareciera que el legislador ha querido salvaguardar al máximo a los administrados y que sólo admite la validez de la notificación en la cual se hayan cumplido todos los pasos reseñados, procediéndose a la modalidad que hemos denominado extraordinaria, que consiste en la publicación del acto en el diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede. En tales casos se entenderá notificado el interesado, quince días después de la indicada publicación, circunstancia esta que habrá de advertirse en el texto publicado en forma expresa. En los casos en que no hubiere periódicos en la entidad territorial correspondiente, la publicación deberá hacerse en un diario de gran circulación de la capital de la República.

3º La ley establece los medios a través de los cuales se hace efectiva la ejecución, distinguiendo los siguientes casos:

- a) Si la carga impuesta es una prestación de hacer susceptible de ejecución indirecta, la Administración procede a efectuarla, bien por sí misma, o bien designando a un tercero, y cargará los gastos a costa del obligado (artículo 80, ordinal 1º). Se trata de los casos en los cuales el administrado obligado a hacer una determinada cosa, se niega o abstiene de realizarla; por ejemplo, derribar una pared; desmontar un terreno, etc. La Administración procede a la ejecución utilizando sus propias cuadrillas de obreros, o bien contratando con un sujeto, persona física o empresa, la realización de la tarea, quedando en consecuencia el administrado, obligado a cancelar la suma correspondiente a los gastos efectuados. De allí, que la prestación de hacer se convierte en una prestación de dar.
- b) Si se trata de una carga personal que no admite la sustitución del obligado por un tercero, la ley sancionada establece como medio la llamada coacción indirecta, mediante multas. Al efecto se indica que si el obligado se resistiere a cumplir actos de ejecución personal, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, y en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndosele un plazo razonable, a juicio de la Administración para que cumpla lo ordenado.

## VIII. POTESTAD ORGANIZATIVA

Por lo que atañe a la *potestad organizativa*, la misma consiste en el poder de establecer las modalidades de la organización en el ámbito de una figura subjetiva.

En realidad, si se nos permite la figura, podríamos decir que existe una regulación orgánica de la organización y una regulación funcional de la organización. La ley sancionada solamente establece regulaciones funcionales de la organización, no contemplando a las figuras organizativas como tales.

## IX. POTESTAD SANCIONATORIA

La potestad sancionatoria es aquella en virtud de la cual la Administración establece una consecuencia negativa al administrado cuya conducta ha sido violatoria de una norma de contenido administrativo, o de un proveimiento. Durante mucho tiempo se consideró que entre la sanción administrativa y la sanción penal existía una simple diferencia de grados, consistente en que la infracción a la ley en la primera, era de menor importancia. Hoy en día la doctrina estima que la diferencia no es de intensidad sino de fondo, y ello se pone de manifiesto en las siguientes consideraciones: a) El hecho ilícito administrativo que da origen a la sanción puede consistir no sólo en la infracción de la norma (inobservancia de la norma) sino también en la infracción al proveimiento administrativo (ejemplos: la inobservancia de las cláusulas del proveimiento autorizatorio o concesorio que impone obligaciones; la desatención a la orden emanada; el ocultamiento de bienes sometidos a requisición, etc); b) Por otra parte existe un extenso campo de infracciones —o inobservancias a los proveimientos administrativos en el cual lo que interesa a la autoridad no es la infracción en sí, sino la lesión o el peligro de lesión de un interés público. Ejemplo: si un productor de alimentos utiliza en ellos un colorante cancerígeno, lo que le interesa a la Administración no es la sanción inmediata a quien los coloca en el mercado; lo que importa en realidad es que no se consuma el producto.

En la infracción de los preceptos que imponen deberes y obligaciones, se han aislado dos elementos: un *elemento formal*, consistente en la inobservancia del precepto; un *elemento sustancial*, consistente en la lesión o en el peligro de lesión de determinados intereses. En las infracciones administrativas se constata que la norma acentúa uno u otro elemento de acuerdo con su criterio, estableciendo distintas soluciones según las situaciones.

La primera forma es el caso en el cual la infracción es configurada en la misma forma tradicional que lo hace la norma penal. La norma exalta la infracción formal del precepto y es hacia la verificación de tal circunstancia a lo que se dirige el procedimiento, cuya decisión tendrá por objeto el establecimiento de la

sanción en relación con la infracción verificada. La sanción es aquí exclusiva manifestación de la potestad punitiva. La segunda forma presenta un equilibrio entre los dos elementos: el formal y el material. La infracción no se considera como un hecho ilícito sino como un abuso del administrado de sus facultades. La sanción se dirige a poner remedio a la lesión de los intereses. Es este el caso de la revocación de la concesión (caducidad de la concesión) del retiro de la autorización, de la disolución del órgano deliberante, etc.

En el tercer caso el elemento formal pierde relevancia, por cuanto el legislador se ha ocupado esencialmente de remediar la lesión de los intereses. La sanción tiene un carácter esencialmente ejecutivo y con ello comienza a actuar con toda su fuerza, la ejecutoriedad administrativa. Se ordenará la construcción de la valla, el desmonte del terreno, la demolición de la pared peligrosa.

El ejercicio de la potestad sancionatoria se manifiesta en varias modalidades que configuran tipos procedimentales específicos, son ellos:

a) Los procedimientos disciplinarios. El procedimiento disciplinario que implica el ejercicio de la potestad sancionatoria existe en relación con un sujeto vinculado en forma permanente a una organización, en forma tal que las infracciones que el mismo comete, lesionan la deontología del grupo. Las reglas violadas pueden ser preceptos legales o reglamentarios, así como reglamentos internos u órdenes de servicio; directrices u órdenes individuales. Sustancialmente la violación es reprimida porque lesiona las reglas de deontología profesional, pero puede suceder que en algunos grupos la infracción de ciertas normas sea considerada intrascendente, y por el contrario, tal infracción resulte muy grave para otros núcleos. Se trata de la llamada "disciplina" interna del cuerpo. Los grupos que en forma más resaltante ostentan un procedimiento disciplinario son los relativos a los funcionarios públicos, los cuerpos militares, los cuerpos profesionales (colegios profesionales), los sindicatos y los partidos políticos.

En segundo lugar, nos encontramos con los procedimientos relativos a las contravenciones administrativas. Se trata de los procedimientos que implican la aplicación de multas. Entre estos procedimientos resaltan los de naturaleza tributaria.

En tercer lugar, los procedimientos sancionatorios que implican penas pecuniarias fundada en un elemento resarcitorio de un daño sufrido por la colectividad.

En el texto de la ley sancionada se ejerce fundamentalmente la potestad sancionatoria a través de la falta disciplinaria. Al efecto, en la misma se aprecian como sanciones las siguientes: la imposición de multas de los artículos 3º y 100 y la imposición de amonestaciones escritas, en los casos de reiterada actuación que produzca el efecto del silencio-rechazo.

## X. POTESTAD INTERPRETATIVA

La mencionaremos solamente indicando que sobre ella existen muy pocas normas al efecto y el tiempo se acorta con rapidez.

## XI. POTESTAD INQUISITIVA

La potestad inquisitiva va a ser tratada por el doctor Casado Hidalgo y con esto, señores, concluimos.

Yo quiero decirles lo siguiente: de la atenta lectura de la Ley, del análisis de sus instituciones, surge la convicción de que aun cuando incipiente, se encuentra sin embargo esbozada la *potestad reglamentaria*, y aún más, que si utilizamos el sentido de la noción expuesta originariamente en toda su extensión, aparecerán los lineamientos de la más genérica de todas las potestades de la Administración, de la *potestad autoritaria de decisión* que la ley en materia de recursos consagra (artículo 62), estableciendo el poder de "resolver" del órgano ante quien el recurso se plantea, decidiendo todas las cuestiones que les sean sometidas, aun cuando no hayan sido alegadas en la solicitud. Se crea, incluso, la duda de si la *discrecionalidad* administrativa es una potestad, si opera como tal; si tiene los lineamientos de las potestades. El punto es discutible por cuanto la discrecionalidad se plantea como una forma de actuación de la actividad, como una particular modalidad de vinculación a la ley, no presentando frente a su ejercicio a un sujeto colocado en condición de sumisión. Sin embargo, el punto puede ser objeto de un enfoque que considere que las potestades pueden ser tanto de índole sustancial (calificadas por el resultado), como de índole formal, atendiendo simplemente a la forma como operan. Quizás en una distinción de esta índole podríamos aceptar como propia de la categoría expuesta a la figura que enunciáramos.

Ya a punto de concluir nos damos cuenta de que con la exposición de nuestro tema hemos actuado como si fuésemos los conductores de un poderoso reflector que se hubiera proyectado e iluminado en el caso presente a los temas más apasionantes del campo del Derecho Administrativo, porque ellos son la base de toda la normativa que los rige. Hay mucho que decir; mucho en que pensar. Esto es sólo el principio.