



LECCION QUINTA.

SUMARIO.

Administracion activa.—Observaciones generales: Interes.—Derecho.—Excepcion.—Atribucion de la Administracion voluntaria ó graciosa: *Interes herido*.—En las autorizaciones.—En la denegacion de aprobaciones y otros actos.—En las suscripciones.—Permisos y tolerancias.

SEÑORES.

PARA comprender claramente la distincion que hay entre el poder ejecutivo, y la administracion activa, preciso es no olvidar el pensamiento indicado en la leccion segunda, y desarrollado en las siguientes, á saber: que el poder ejecutivo no se ocupa casi nunca de los individuos, no arregla sino las generalidades, mientras que la *Administracion activa aplica siempre el interes general á los casos especiales en oposicion con una accion individual*.

Para dar á cada uno de los atributos de la Administracion activa un carácter distinto y propio, la hemos dividido en *poder gracioso* y *poder con-*

tencioso, segun que ofende los intereses ó hiere los derechos de los individuos. En el primer caso, la Administracion obra y razona para ilustrarse y determinar lo mas conveniente á los intereses generales; en el segundo, forma averiguaciones para juzgar y decidir, combinando el interes general con el derecho de cada uno, sin dañar á este derecho, ó sacrificándolo si así fuere indispensable.

Las dos palabras, *interes* y *derecho* son, pues, la llave de la competencia administrativa; comprenden toda la doctrina sobre lo gracioso y contencioso; y con su auxilio pueden resolverse todas las dificultades que no estén decididas por el legislador, porque en esta materia, como en cualquiera otra, las decisiones de la ley no admiten controversia posible: no es la doctrina, es entonces la misma ley la que habla. Si esta manda que se admita ó que se rechace un recurso, aun cuando su admision ó denegacion contrariase los principios de la ciencia apoyados sobre la teoría del *interes* ó del *derecho*, la ley estableceria una *excepcion* que deberia obsequiarse.

Antes, pues, de entrar en mas amplios desarrollos, debemos precisar lo que con M. Adolphe entendemos por estas palabras, *interes*, *derecho* y *excepcion*. Esta explicacion es tanto mas necesaria, cuanto que comunmente se abusa en el lenguaje administrativo de las palabras *interes* y *derecho*, y confundiendo al uno con el otro, se declara abierto el recurso contencioso, cuando solo el interes ha si-

do herido. Confusion que se encuentra aun en los autores, que parece admiten la distincion doctrinal que hemos establecido.

En derecho administrativo, la palabra *interes*, no tiene la misma acepcion que en el derecho civil. Cuando segun este derecho se dice que algun individuo tiene interes en una suma, en un contrato, ó que está interesado en que tal accion se introduzca, las palabras *interes*, *interesado*, expresan el *derecho* que pueden hacer valer los individuos ante los tribunales civiles. En derecho administrativo, es al contrario, hay *interes* cuando no hay *derecho*.

En materia administrativa se llama *interes* á aquella ventaja, comodidad ó conveniencia que puede sacar tal individuo de una medida administrativa, de la consecucion de una gracia, de un favor que desea obtener para su utilidad particular. En todos estos casos se percibe claramente que la administracion puede ofender este *interes*, rehusando lo que se le pide, sin que este acto produzca un debate contencioso.

La acepcion de la palabra *derecho*, no varia en la ciencia administrativa; solo que es necesario considerar dos especies de derecho, el propiamente dicho ó *primitivo*, y el *adquirido*. Llamamos derecho primitivo, al que es inherente á la cualidad de propietario de una cosa, raíz ó mueble, corporal ó incorporal, ó á la cualidad de natural ó ciudadano. En todo gobierno civilizado está prohibido tocar á los derechos de los nacionales por la via

discrecional; si el bien comun exige que se toquen estos derechos, es preciso acordar el recurso contencioso. Así, pues, todo acto administrativo que destruya, modifique ó altere estos derechos, es un acto que puede reclamarse por la via contenciosa.

El derecho adquirido, nace de los actos administrativos puramente discrecionales. Como segun los principios del derecho natural, *dar y retener no vale*, se sigue que si la administracion puede rehusar el favor que se solicite, una vez concedido, el objeto de esta concesion, ya sea corporal ó incorporal, llega á ser la propiedad del que lo obtuvo. Es un nuevo derecho que ha nacido de la concesion, y este *derecho adquirido* es tan respetable, como cualquiera otro derecho primitivo.

Importante es en gran manera la distincion entre el derecho primitivo y el adquirido que dejamos establecida, para poder determinar la competencia de las autoridades que deban apreciar los derechos *primitivos* y los *adquiridos*. Estos como que nacen de un acto administrativo, deben con frecuencia necesitar de una interpretacion, ó de una aplicacion, y seria contrario á los verdaderos principios de la division de poderes, encargar estos actos á los tribunales civiles.

En todas las legislaciones, las reglas no son de tal manera generales, que no admitan excepcion alguna. Fácil seria en derecho civil, enumerar multitud de casos en que las reglas sufren excepciones, sin ser por eso ménos generales, firmes y

constantes. Regla es, por ejemplo, que la apelacion se admita en los dos efectos; mas luego se presenta la excepcion de los juicios sumarísimos, que solo la permiten en uno solo; y como esta, hay otras muchas excepciones que restringen los principios generales. En derecho administrativo, cuya doctrina no es por lo comun sino el reflejo de los principios del derecho civil, sucede lo mismo. Es regla general que la violacion de un *derecho*, ya sea primitivo ó adquirido, produce un recurso contencioso, y que este recurso no tiene lugar si solo un *interes* ha sido el ofendido; mas la ley puede modificar esta regla, y á estas modificaciones llamamos excepciones. Excepciones que lejos de ofrecer dificultades en la ciencia administrativa, antes bien las allana y resuelve la legislacion. La razon de estado revela muchas veces al legislador la necesidad de derogar en ciertos casos las reglas generales de la materia, y estas son las excepciones legales.

Pueden ser de dos naturalezas. Si en algun caso, tratándose de la violacion de un *derecho*, el legislador prohibiese el recurso contencioso, habrá una *excepcion* del principio que lo concede. Si por el contrario, en algun otro caso en que solo se versa un *interes* ofendido, la ley concediere el recurso, habrá tambien una excepcion de la regla que lo deniega.

Los principios relativos á la separacion de los poderes judicial y administrativo, están sujetos en

su aplicacion á ciertas excepciones que hacen administrativa una materia esencialmente judicial, ó judicial la que es esencialmente administrativa. La ley es la única que puede hacer tales declaraciones.

Estas excepciones de los principios de la ciencia administrativa, lejos de darle una fisonomía extraña, desigual y arbitraria, no hacen ciertamente sino reproducir una de las necesidades sociales, con las cuáles no puede avenirse, una absoluta uniformidad legislativa.

Preciso es observar sin embargo, que si bien la ley es la única que podria declarar administrativa ó judicial una materia que fuera contenciosa, no habria inconveniente en que el poder ejecutivo acordara una garantía de discusion pública, á simples intereses, que podria arreglar por la via graciosa. Mas por el contrario, si una orden ó decreto declarase graciosa una materia por su naturaleza contenciosa, tal declaracion no impediria de manera alguna el recurso contencioso.

Hechas estas observaciones generales, pasemos á examinar en particular las atribuciones de la Administracion activa, así como lo hemos hecho en las lecciones anteriores con los actos del poder ejecutivo propiamente dicho.

Los autores que han escrito acerca del derecho administrativo, están conformes en distinguir en la administracion, en cuanto al fondo el poder gracioso del poder contencioso; mas no convienen en la

denominacion que conviene dar al primero; ya se le llama *arbitrario, discrecional, gracioso*; ya se le dice *administracion pura, administracion activa, administracion voluntaria*, denominando á las materias y actos que le pertenecen, materias *puramente administrativas, actos puramente administrativos*. Ni la ciencia, ni la legislacion, como dijimos en la leccion primera, han fijado todavia de una manera decisiva, el lenguaje administrativo, y los escritos tienen que adoptar las palabras que expresen con mas propiedad y exactitud sus ideas, lo que no debe producir confusion alguna, si antes se cuida de explicar su verdadero sentido. Y esto es lo que procuraremos hacer siempre que, como ahora, sea preciso.

La administracion, ya sea que las materias sobre que se ejerza admitan discusion ó que no la admitan, es en ambos casos *activa*, y por lo mismo nos parece que esta palabra no puede adoptarse para expresar exclusivamente una de las cualidades que la caracterizan; sino antes bien, considerándola siempre activa la llamamos *graciosa ó voluntaria*, si se ocupa de algun *interes* particular, y *contenciosa* si tiene que *discutir* el *interes* comun en contacto con algun *derecho* privado.

Y encargándonos desde luego de sus atribuciones en la cualidad de graciosa, el *interes* ofendido es el signo característico de todas ellas.

Tiene la administracion activa que sacrificar con frecuencia el *interes* particular al *interes* general.

Muy grande puede ser el *interes* particular; mas por inmenso que sea debe *ceder* sin *discusion* al *interes* comun. Solo al *derecho* se satisface *discutiéndolo*.

La administracion graciosa no toca, pues, ni á un *derecho* primitivo, ni á un *derecho* adquirido. Estos principios así enunciados simplemente, talvez no serian bastantes á hacer comprender la doctrina, que puede animarse con la misma variedad de especies que produce la accion administrativa.

Así en la especie de una *concesion* puramente voluntaria, si no obstante la antigua, se hiciese otra nueva, ningun *derecho* se tocaria, y un *interes* seria únicamente el ofendido. Tal seria el caso en que teniendo un impresor concedido únicamente por honor el privilegio de hacer las impresiones del gobierno, se otorgase á otro esta *concesion*.

Deben las leyes consagrar el principio de la libertad de profesion é industria; las restricciones que autorizan tienen por objeto la utilidad general é intactos dejan los *derechos* de los particulares. Si la ley ha establecido el requisito de las patentes para el ejercicio de ciertas profesiones; y dejando al arbitrio del ejecutivo fijar el número de aquellas, si una vez fijado admitiese á algun supernumerario al ejercicio de la profesion, este acto no puede herir de ninguna manera los *derechos* de los que han obtenido de antemano igual *concesion*, y por mas *interes* que tengan en la anterior limita-

cion de concesiones, no podrian reclamar la última por la via contenciosa.

Las concesiones ú autorizaciones, son especies que corresponden á la administracion graciosa; pero con distincion. Las acordadas por el poder legislativo no admiten recurso, no porque sean de la administracion graciosa, sino porque contra ley no hay recurso posible. Y la misma razon existe si el ejecutivo las otorga en virtud de expresa delegacion del legislador. Fuera de estos casos, y del en que la autorizacion envuelva un privilegio exclusivo, las concesiones que hace la administracion para que se levante un puente, se abra un canal, se establezca un camino de fierro, aunque necesariamente deban causar un grave perjuicio á los concesionarios de otros puentes, canales y caminos, no producirian un recurso contencioso: inmenso podria ser el *interes* de los antiguos concesionarios; pero no tendrian *derecho*, que es el único que puede abrir la puerta al recurso. Y es la razon, porque en las concesiones que se hacen, no puede nunca enagenarse el *derecho de hacer nuevas concesiones*, esencialmente inherente á la administracion. Los concesionarios deben, pues, considerar que sus autorizaciones llevan consigo la necesaria y absoluta condicion de que el poder ejecutivo podrá conceder otra nueva siempre que así lo exija la buena direccion de la viavilidad pública que le está encomendada, facultad que el poder ejecutivo, aun cuando quisiera, no podria enagenar.

En las concesiones en que se hubiere estipulado un privilegio exclusivo, las cuestiones que se suscitaren sobre si se habia otorgado ó no tal privilegio, indudablemente serian de la competencia de la autoridad administrativa, y si ella declarase que del acto primitivo de concesion resulta el derecho á una indemnizacion, habrá que distinguir si los daños causados son perpetuos ó temporales; en el primer caso, habrá expropiacion, y corresponderia fijar la indemnizacion á la autoridad designada por la ley; en el segundo caso, el *derecho* declarado haria la materia, propia de la administracion contenciosa.

Al principio del *interes herido*, están tambien subordinados los actos de la autoridad superior que deniega la aprobacion ú homologacion de ciertos actos administrativos que importan concesion ó adjudicacion, y para cuya perfeccion se necesita el que sean aprobados previamente, y es clara la razon, porque un acto imperfecto no puede dar un *derecho* que supone la perfeccion del mismo acto.

Así, si verificado un remate, el gobierno niega su aprobacion y admite la postura del que ofrece mas; si en otro caso el rematador reclama indemnizacion, por un contrato que por su parte comenzó á ejecutar antes de ser aprobado; si á otro postor no se le admite la postura por falta de abono, ni el primer postor, ni el rematador, ni el licitante sin abono, pueden quejarse de lesion en su *derecho*, porque ninguno tiene los dos primeros an-