



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES
Escuela de Ciencias Jurídicas



MONOGRAFIA SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.
POR HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA¹.

I) INTRODUCCION:

Las siguientes líneas e ideas referidas al Derecho Administrativo en El Salvador, son el producto de las muchas lecturas e investigaciones que en el ejercicio de la docencia de esta disciplina he debido realizar por casi dos décadas; mismas que las he contextualizado y adaptado a nuestra realidad nacional, municipal e institucional; he puntualizado las disposiciones normativas y jurisprudenciales que les son aplicables; esperamos con ellas contribuir al estudio del derecho administrativo en El Salvador.- Es necesario que el lector, al leer las presentes líneas, lo haga con un espíritu crítico, buscando identificar si nuestra administración pública (objeto de estudio del Derecho Administrativo, y delimitada en el Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo) se adecua tanto en el ordenamiento jurídico que la rige, consecuencia del principio de legalidad;² como los fines que la motivan, señalados en términos generales y abstractos en el Art. 1 de nuestra constitución³; cuando dice que El Salvador, reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, y que en consecuencia este se organizara para la consecución de la justicia, seguridad jurídica, y del bien común; y poder así determinar si esta se enmarca en

¹ Jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; Profesor Titular de Derecho Administrativo en la citada facultad, y de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer; Abogado y Notario de la República.

² Art. 86 Constitución de la Republica de El Salvador, Diciembre de 1983.

³ Constitución de la Republica de El Salvador, Diciembre de 1983.

el Estado legal de derecho o en el Estado constitucional de derecho.- Si los funcionarios solo dicen o aplican literalmente las normas que los rigen o desarrollan sus competencias, estaremos en el primer tipo de Estado; pero si al momento de su aplicación, estos van más allá de la letra, y buscan los principios y propósitos que la inspiran, estaremos en el segundo tipo de Estado. Es solo una breve monografía contentiva de los principales o más comunes o generales temas de este derecho; veamos cada uno de ellos.

II) GENERALIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Previo a tratar en particular los temas que desarrollaremos, debemos de decir que se llega al concepto de Derecho Administrativo a través de los conceptos de Estado y de Gobierno. No pretendo precisar histórica o sociológicamente el aparecimiento del Estado, sino que me limitare a plantear en embrión el tema de su aparecimiento, por no ser ese el objeto de esta monografía. El advenimiento o aparecimiento del Estado (legal) de Derecho fue el resultado de la convergencia o coincidencias de ciertas circunstancias político sociales, entre las que se destacan las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), la emancipación o independencia Norte Americana de Gran Bretaña (1776); y las teorías políticas enunciadas por el Barón de Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes”, (división de poderes) y por Charles Rousseau (Que ve al Estado como un resultado del contrato social, y a la ley como expresión de la voluntad general)⁴. El Gobierno es visto como la manifestación expresa del poder, sea este económico o político, y según las influencias de este, así se organiza, lo que en palabras del célebre ginebrino Bernardo Nicolás de Maquiavelo, todas las denominaciones (estados) que han ejercido o ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son republicas o principados(monarquías)⁵. Surge entonces el Derecho Administrativo, hace más o menos unos doscientos años. Previo entonces a definir esta disciplina, hay algunos conceptos importantes que debemos de revisar, tales como:

a) Estado: El vocablo estado deriva de la voz latina status, que en términos comunes significa la manera de ser o estar de una persona o cosa; las

⁴ Jean Jaques Rousseau, El Contrato Social, UCA editores, San Salvador, El Salvador, 1987.

⁵ El Príncipe, Bernardo Nicolás de Maquiavelo, Editorial y Distribuidora Mexicana, 1975.

condiciones o circunstancias en que se encuentra. En la política, Estado significa la manera de ser o de estar constituida políticamente una sociedad humana.⁶ Concepto que se estudia en la teoría política o del estado, de donde tomo las siguientes definiciones, y que se originan en el renacimiento humanista de los siglos XV y XVI, en Italia; contruidos sobre el proceso evolutivo de los clanes, que agrupados constituían las fratrias, y a su vez, estas formaban las tribus; que luego se asentaron en las llamadas ciudades estados, gobernadas por una persona llamada máximo rey.⁷ Federico Engels, plantea en su obra “el Origen del Estado y la Familia”, que el estado tiene un origen familiar, que la suma y el desarrollo de estas, llegan a constituir el ahora llamado Estado. Se le llegan a asignar varias acepciones al termino Estado, y se le identifica como sociedad, y así se le considera la manifestación más elevada y plenaria de esta; también se le identifica con el Derecho, que luego se advierte que este ultimo no es más que una expresión formal del primero. Hay entonces un concepto social y uno jurídico del Estado. **Para Hans Kelsen**, el Estado es la total personificación metafórica del orden jurídico pleno; **para Herman Héller**, es una estructura de dominio duradero através de un obrar común actualizado representativamente, que en última instancia ordena los actos sociales sobre un determinado territorio; **para Max Weber**, es un orden jurídico administrativo, al cual se orienta el obrar realizado en función del grupo por un cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no solo para los miembros de la comunidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado.⁸ En palabras de Francisco Porrúa Pérez, el Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica.⁹ Es la organización socio-jurídico-política primaria más perfecta que se conoce hasta el presente (Quizá próximamente superado por las organizaciones internacionales). Es un ente orgánico unitario o compuesto,

⁶ Villalta Baldovinos, Darío; Teoría del Estado, Editorial e Imprenta de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador; pág. 101, 1999.

⁷ González Uribe, Héctor; Teoría Política, Cap.VII, Editorial Porrúa Pérez, México, 1982.

⁸ Idem.

⁹ Porrúa Pérez, Francisco; Teoría del Estado, Editorial Porrúa S.A., pág. 22, México, 1977.

estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder político; con las restricciones que a su ejercicio le impone el derecho internacional público. Es una sociedad jurídicamente organizada, establecida en un territorio determinado, con un poder de mando originario; estructurado para el logro de los fines que lo motivan, y limitado por normas del derecho internacional público. Este tiene fines que debe de cumplir y que justifican su existencia. Tiene el Estado elementos externos e internos, que más adelante abordaremos.

b) Estado de Derecho: Forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la Administración a la ley. Sin perjuicio a que es importante tener en mente que esta concepción ha evolucionado hacia el ahora denominado Estado Constitucional de Derecho. Es la forma de Estado mas difundida en la actualidad. En el Estado de Derecho, se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva o administrativa, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una Administración sometida esencialmente al Derecho, entendiendo por este la suma de normas jurídicas vigentes y positivas que regulan sus competencias; y aunque está habilitada para dictar reglas generales, reglamentos por Ej., éstas están subordinadas a la ley. En el Estado legal de Derecho, la administración (y el poder judicial) no son más que la boca de la ley, la dicen o la cumplen, según el caso. Esto es producto del excesivo racionalismo de Emmanuel Kant, quien tenía una fe ciega en la razón humana, y para quien el estado surge de la lógica de la razón, puesto que la gente se ve voluntariamente en forma de estado, porque así se lo ordena la razón; para quien la ley, por su sola existencia, sería legítima; para quien todo estado con ordenamiento jurídico, sería estado de derecho y de justicia formal entre los ciudadanos; bajo el supuesto claro está, que la ley como norma racional, coincide con los pactos o contratos realizados por los poderes o derechos de los particulares; el estado no es más que la forma de la sociedad, y el derecho no es otra cosa que esa formalización.¹⁰ Como dijimos anteriormente,

¹⁰ González Casanova, José Antonio; Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Editorial Vincens-Vives, 2ª. Edición revisada, Págs.112 y sig. Barcelona, España, 1982.

Tomas Hobbes y Jean Jacobo Rousseau, son los máximos exponentes del contractualismo social, para quienes el Estado es producto de un contrato o acuerdo social, pero parten de supuestos diferentes; así Hobbes parte de la expresión que el hombre es el lobo del hombre, y da origen a lo que después se llamo Estado Absolutista; en cambio Rousseau parte de considerar al hombre como noble por naturaleza, quien decide ceder los derechos a cambio de seguridad, fundamenta el llamado estado liberal. Para Hobbes, el pacto era de sumisión, la sociedad civil se sometía a una forma particular de gobierno civil; pero para Rousseau, el pacto era de unión, basado en la aceptación de las decisiones tomadas por las mayorías, que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general, considerándose cada miembro como parte indivisible del todo.¹¹

El poder de imperium o político del Estado, también llamado poder público o poder estático, es uno y único. La división de poderes no es sino la distribución del poder estático entre distintos centros o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, de determinada función, todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos o fines estatales. Pero los que están separados o divididos son esos centros, llamados órganos, no el poder. Es importante tener presente que según nuestra constitución, el poder público esta y surge del pueblo, y los funcionarios que lo ejercen, lo hacen en representación de este, y no tienen más atribuciones que las que les de la misma constitución y las leyes.¹² Debemos además de considerar que las estructuras del gobierno sean diseñadas de tal manera que no sean la mera expresión de la ley o del derecho, sino que sean intérpretes de esta y de la constitución, apelando más a los principios básicos de convivencia social que al texto literal de la norma; cuando la administración pública (y demás estructuras formales del poder) haga esto, pasaremos del estado legal de derecho, al estado constitucional de derecho.

¹¹ Racionero Carmona Francisco, temas de Derecho Administrativo I, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, El Salvador, pág. 18, año 2004.

¹² Constitución de la República de El Salvador, 1983, reformada; Art. 86.

Son características de un Estado de Derecho: el imperio de la ley, la división de poderes o separación de funciones, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, y el sometimiento de la administración a la legalidad.¹³

Afirma la Sala de lo Contencioso Administrativa de nuestra Corte Suprema de Justicia, que "... en un Estado de Derecho, el administrado de ninguna manera debe de estar sujeto a procedimientos de la administración que linden con la arbitrariedad; si bien es cierto que los procedimientos administrativos no revisten las formalidades del proceso judicial, no es menos cierto que hay ciertos principios jurídicos fundamentales, de los cuales no cabe prescindir."¹⁴ Lo que implica que no puede la administración y sobre la base de la practicidad de su actuación, irrespetar la norma que la rige. Resolución en la que se destaca el principio de informalidad de la actuación administrativa del Estado.

Se deben además de considerar los tipos de estados, veamos algunos:

c) Tipos de Estado:

1) Según la complejidad de sus estructuras o identidad política; los estados pueden ser **Unitarios o simples**: Existe un solo ordenamiento jurídico, y una sola estructura orgánica o gubernamental; sin perjuicio a que políticamente se organice en Departamentos, municipios, y mas, Ej. El Salvador; **Compuestos o Federales**: Hay una coexistencia de ordenamientos jurídicos y de estructuras gubernativas; son expresión de la asociatividad de los Estados, plasmada o pactada en una constitución; pero siempre conservando identidad política y social, e incluso su propia constitución; por ello se dice que coexisten dos ordenamientos jurídicos: el federal y el nacional; y dos expresiones orgánicas del poder; Gobierno federal y gobierno nacional. El sujeto de Derecho internacional es el Estado Federal, que es quien representa a los estados nacionales que lo integran; lo anterior es importante para efectos de responsabilidad internacional, pero internamente, cada

¹³ Liévano Chorro, José Gerardo; Principios del Derecho Administrativo Sancionador; Revista Divulgación Jurídica, año IV, numero 1; Unidad Técnica Ejecutiva; San Salvador, El Salvador; Pág. 30. Año1997

¹⁴ Sala de lo contencioso administrativo, Corte Suprema de Justicia de El Salvador; sentencia dictada el 30 de enero de 1995; ref. 37-P-89.

estado es responsable ante los administrados por las decisiones que adopten. En algunas latitudes se habla de Federación y de provincias; estas últimas ejercen el poder que no han delegado a la Federación; así pues, se reservan la facultad de dictar leyes de orden administrativo. Si aplicamos está a nuestro caso, y consideramos la existencia de entes autónomos, como los municipios, Art. 204 Cn., podríamos creer que nuestro Estado no es cien por ciento unitario, pues los municipios funcionan y son vistos como pequeñas ciudades estados, por la definición y funciones que a estos les asigna el Código Municipal en los Art. 2, 4, y 20 del mismo; pero no sería una conclusión correcta en el marco de la teoría del Estado.

En varios momentos de nuestra historia (1824, 1898, y 1921), El Salvador fue miembro de la Federación Centro Americana de Estados;¹⁵ e incluso, aun conserva ese ánimo integracionista plasmado en el Art. 89 de nuestra constitución de la republica.¹⁶ Además existen las confederaciones de estados, que surgen de acuerdos o tratados intencionales, y donde cada estado miembro conserva su plena identidad política, e incluso dentro de estas pueden co existir las federaciones de estados.

Repúblicas o monarquías: Son republicas, aquellos estados que se constituyen sobre la premisa de que el soberano es el pueblo, y que los funcionarios son solo sus delegados o representantes; en donde se habla del gobierno de todos. Las monarquías, que a su vez pueden tener diversas modalidades, son estados que ven a una persona como titular de la soberanía, y los demás ciudadanos (si es que lo son) se les consideran súbditos.

d) Elementos del Estado: Por Elementos del Estado hay que entender que son los ingredientes o componentes que al reunirlos integran lo que antes he llamado Estado. Veamos cada uno de ellos.

1) Población: Es el elemento humano que está vinculado material o espiritualmente con el Estado. Al respecto, se debe distinguir entre:

¹⁵ Las Constituciones de la Republica Federal de Centro América, tomo I; publicación especial de la CSJ y del Ministerio Publico, editorial unidad técnica ejecutiva, proyecto de reforma judicial; 1993.

¹⁶ Constitución de La Republica de El Salvador, 1983, Reformada.

a) Habitantes: Son los que residen dentro del territorio (en sus diversas modalidades), sin considerar si son o no nacionales; pues lo que importa es su arraigo o domicilio real en el territorio del mismo.

b) Pueblo: Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que es nacional del Estado, independientemente de si residen o no dentro del territorio. Existe entonces un pueblo originario, y otro naturalizado, según el tipo de nacionalidad que se ostente.

c) Ciudadanos: Personas naturales nacionales y vinculadas políticamente con el Estado, habilitados para ejercer derechos y cumplir deberes políticos. Vale la pena leer los arts. 71 y siguientes de la Cn. Término que se relaciona estrechamente con el llamado cuerpo electoral, que no son más que los ciudadanos empadronados para el ejercicio activo o pasivo de los derechos políticos, Art. 8 Código Electoral. Es importante tener en cuenta que puede una persona estar suspendida en el goce de sus derechos políticos o de ciudadanía, en cuyo caso no formara parte del cuerpo electoral, pero si de los ciudadanos.

En cuanto este elemento, debemos de tener presente la visión humanista que sobre el Estado plantea el Art. 1 de nuestra constitución, para entender o comprender, que toda la actuación de la administración debe de estar basada en los principios pro homine y pro libértate, puesto que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado. Este elemento (pueblo) es el soberano, y el gobierno del Estado, la ejerce en su nombre. Principios de los que se desprende que la administración debe de abandonar la literalidad de la norma, cuando con su aplicación se vaya en contra del interés de la población.

2) Territorio: Es elemento material geográfico o espacial de validez de la norma. En nuestro caso comprende: el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, el mar continental, el mar adyacente y la plataforma submarina; etc.¹⁷ Es el elemento material sobre el cual se asienta la población y su gobierno. Este tiene sus propias características y clasificaciones, las que no abordaremos, por no ser ese el objeto de esta guía, y solo diremos que es único, indivisible e irreductible.

¹⁷ Art. 84 de la Constitución de la Republica de El Salvador, 1983, Reformada.

3) Poder Político o de imperium. Energía, capacidad o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado, especialmente de la administración pública, es la realización de objetivos comunitarios o generales. El ejercicio del poder será legítimo si el bien que se persigue es el bien común; es decir que una orden para ser legítima (además de emanar formalmente del órgano competente) debe serlo en su sustancia. Vale la pena leer los arts. 83 y siguientes de la Cn. de la República.

4) Gobierno: Conjunto de órganos (fundamentales o no) que ejercen el poder político (por medio de los funcionarios que están al frente de ellos), para el cumplimiento de las funciones del Estado. Algunos autores no comparten la idea de que este sea un elemento, y lo ven como expresión del poder político; con lo que se podríamos estar de acuerdo con solo hacer una lectura comprensiva de las disposiciones constitucionales que lo regulan. Según el Art. 85 Cn., este tiene caracteres importantes, como el ser republicano, democrático, y representativo; a las que debemos de agregarle, presidencialista y alternativo.¹⁸ Republicano por que el estado o la llamada administración pública es de todos; democrático, por que el titular del poder es el pueblo, y este participa directa o indirectamente; representativo, por que los funcionarios son delegados del pueblo; representativo, por que quienes lo ejercen el poder, lo ejercen por mandato del soberano; presidencialista, por que el titular del poder ejecutivo es un presidente y no un primer ministro; y alternativo, por que quien ejerce los cargos del gobierno lo hace durante un periodo determinado, vencido el cual, o es restringidamente reelegible u otro asume su lugar. Gobierno que debe de actuar con una alta dosis de moralidad, transparencia, y publicidad; a fin de que los administrados, vean legitimado el ejercicio del poder.

5) Fines: Para nuestro caso, estos están planteados en el Art.1 de la Constitución de la República, y son: Alcanzar la seguridad jurídica, el bien común, y la justicia social.- Leyendo otras constituciones (sin pretender hacer un análisis de derecho comparado), vemos por ej. que la Constitución del Ecuador, en el art. 1 afirma que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la

¹⁸ Constitución de la República de El Salvador, 1983; reformada, Art. 88.

autoridad”¹⁹... significa que las autoridades ecuatorianas ejercerán sus funciones orientadas a satisfacer el deseo o necesidad de los ciudadanos; ahí está el fin del estado ecuatoriano. También hemos leído la actual constitución cubana, y en su Art. uno leemos que “el estado cubano está organizado para el bien de todos, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar colectivo e individual,...”²⁰; significa que el fin o los fines de este estado es el bien común o bien de todos. Asimismo, además hemos leído la constitución de la Republica Dominicana, y en su Art. 2 leemos que “la soberanía nacional corresponde al pueblo, de quien emanan todos los poderes del estado,...”²¹; se advierte también que tiene por fin satisfacer las necesidades del pueblo.

El Estado, en el afán de alcanzar sus fines (expresados en el Art. 1 Cn. nuestra), se organiza de tal forma que procura ejercer sus funciones, organización que hace siguiendo uno o más sistemas de organización administrativa, en los que encuentra los criterios que le facilitan el ejercicio de sus competencias, y alcanzar así sus fines.

e) Criterios de clasificación de las funciones del Estado:

1) Orgánico o subjetivo: Ve a la función de acuerdo con el órgano que la cumple. El estudio de las funciones bajo este criterio se relaciona con la teoría de la división de poderes expuesta por Montesquieu; para quien por ejemplo una función es legislativa por el solo hecho de ejecutarla la asamblea legislativa, Art. 131 Cn.; es ejecutiva por ser realizada por el órgano ejecutivo, Arts. 167 y 168 Cn.; y será judicial por que la ejecuta el órgano judicial, Art. 182 Cn. Criterio que es insuficiente, pues deja fuera a otro tipo de funciones que el Estado moderno ahora realiza.

2) Material, objetivo o funcional: Considera el contenido del acto o función, sin reparar en el órgano que lo cumple o ejerce. Es el que debe aplicarse al derecho administrativo, para no dejar fuera los roles administrativos cumplidos por la Administración Pública, ya que hay actividad materialmente administrativa en el

¹⁹ Constitución de la Republica de Ecuador, del año 2008.

²⁰ Constitución de la Republica de Cuba del año 1999.

²¹ Constitución de la Republica Dominicana, del 25 de Julio de 2002.

Poder Legislativo, en el Poder Judicial y en los entes públicos no estatales. Los entes públicos no estatales tienen potestades de poder político por delegación del Estado (Ej., las sanciones aplicadas a los profesionales por los respectivos Consejos Profesionales, son procedimientos pertenecientes al derecho administrativo).

f) Funciones del Estado desde el punto de vista material:

1) Ejecutiva o administrativa: Es la función del Estado que se ocupa de la satisfacción de los intereses comunitarios impostergables o esenciales. Es la función más amplia que se utiliza en la esfera estatal y es la función principal del Órgano Ejecutivo. Función que se lleva a cabo a través de la actividad administrativa, que es práctica, concreta y permanente; aquí es donde encontramos el derecho administrativo puro. Práctica, por que en ella está ausente el formalismo; concreta, porque es expresada en hechos o actos específicos; y permanente, por que no se puede interrumpir, sin perjuicio a que si admite programación.

2) Legislativa o normativa: La que se ocupa del dictado de las leyes, que son normas jurídicas de alcance general, de cumplimiento obligatorio y dirigidas a un número indeterminado o determinable de personas. Las que pueden ser auto aplicativas o heteroaplicativas, las primeras surten efectos desde su promulgación, en cambio las segundas, requieren de actos posteriores de aplicación por parte de alguna autoridad para que se produzcan las consecuencias jurídicas. Implica crear, reformar, interpretar y derogar leyes. Es la función principal del Órgano Legislativo, así lo establecen los Arts. 121 y 131 Ord. 5º. Cn.

3) Jurisdiccional o judicial: La que se ocupa de resolver una controversia jurídica entre dos partes con intereses contrapuestos, imponiendo una decisión a las mismas con fuerza de verdad legal. La actividad judicial continúa y completa la legislativa; en tanto aplica lo que la primera ha dispuesto. Mientras que la legislación establece un ordenamiento jurídico, la justicia asegura su conservación y observancia. Esta función se ejerce respecto de actos concretos, en los cuales la ley ha sido violada o se pretende que lo haya sido. Es la función del poder u órgano judicial, Art. 172 Cn. Función que además de dirimir controversias, declara

u homologa situaciones determinadas; lo que comúnmente es conocida como jurisdicción voluntaria; misma que excepcionalmente delega en los notarios, o en profesionales representantes de la sociedad civil, como sería el arbitraje, a fin de democratizar y agilizar la administración de justicia.

4) Contralor o de fiscalización: A partir de la reforma constitucional de 1992 se han creado órganos que sólo tienen funciones de control, tales como la Corte de Cuentas de la Republica; ombus man o Defensor del Pueblo, llamado entre nosotros Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, diferentes súper intendencias, la defensoría del consumidor; etc. Otros organismos ejercen funciones de control por delegación del poder estatal, estos organismos tienen poder de policía, que es una función administrativa.

5) Gubernativa o Política: Referida a las decisiones políticas o gubernativas que le competen a las más altas autoridades de la nación, y que generalmente no está sujeta a control jurisdiccional; salvo en los llamados elementos reglados que deben de concurrir en los actos por medio de los cuales se manifiesta. En palabras del administrativista Roberto Dromi, “es la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos; es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, merito o conveniencia, fundada en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política. Consiste en fijar las grandes directrices de la orientación política, mediante la gestión de asuntos que afectan los intereses vitales de la comunidad, respecto de su seguridad interna, relaciones internacionales y relaciones ínter orgánicas o entre poderes.”²² Puede ser ejecutada solo por el órgano ejecutivo o el legislativo, no por el jurisdiccional; dicha función se exterioriza por medio de actos políticos o de gobierno. En el caso que en el ejercicio de esta función se lesionen derechos de los administrados, cabe la posibilidad de impugnar los actos (solo en sus elementos reglados) por medio de los cuales se exterioriza.

²² Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, Séptima Edición Actualizada, 1998, Buenos Aires, Argentina.

Las anteriores funciones, son ejercidas en mayor o menor medida por los diferentes órganos del gobierno; sin perjuicio a que a cada uno de ellos le compete fundamentalmente ejercer una en particular; para el caso, de la lectura de los arts. 131 y 168, podemos concluir que tanto el órgano legislativo como el ejecutivo ejercen a mayor o menor medida las funciones antes apuntadas. Funciones que una vez ejercidas, y por lo menos siguiendo el criterio formal de determinación, se expresan en actos legislativos, actos judiciales (antes llamados condición, por estar condicionado a lo que las partes acrediten en el juicio), actos administrativos, y actos gubernativos o políticos.

Intentamos ahora plantear algunas definiciones de lo que es el Derecho Administrativo, para luego referirnos a los principales sistemas de organización que la administración puede adoptar, al acto administrativo como una de las principales formas de expresión de voluntad de la administración pública, al dominio público o suma de bienes que tiene el estado para el logro de sus fines; a los servidores públicos (llamado en los textos como función pública), que en nombre del Estado y gobierno procuran servir a los administrados; a los contratos administrativos, como otra manera de expresar la voluntad la administración; etc. Veamos.

g) DEFINICIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO:

En palabras del profesor Gamero Casado, El Derecho Administrativo surge propiamente tras las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII, y especialmente tras la revolución Francesa de 1789; el fin perseguido por estos movimientos revolucionarios en relación con la administración pública, es el de embridar el poder, acabando con su ejercicio despótico mediante dos grandes máximas o principios: la sujeción de la administración a la ley y al derecho; y el control judicial de su actuación.²³ Así, se empodera a la administración pública de

²³ Gamero Casado, Eduardo; El Derecho Administrativo: Avances y desafíos, Tema numero 5 de la Ventana Jurídica Numero 4, publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador; 2004, pág. 54.

privilegios exorbitantes, a los que llamaremos potestades, las que se le confieren con el fin específico de satisfacer el interés general.

La definición de esta disciplina pasa por dejar claro el objetivo de ella: Equilibrar el ejercicio del poder del gobierno, con las libertades o derechos de los administrados. Canalizar el ejercicio del poder, a favor de los ciudadanos. Controlar el poder político. Por lo que es importante tener en cuenta que tan abierta es la administración al franquear en sus leyes mecanismos de control para que los administrados los ejerzan en contra de ella misma; así se puede perfectamente vislumbrar que tan democrático o no es un gobierno, que tan absolutista o republicano es un estado.- Disciplina que pertenece al llamado Derecho Público, y este es un derecho aplicable a todas las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado u otro ente público entran en juego, observándose en estas, una relación de jerarquía y de búsqueda del bien común, del interés público o social. Desde que una persona nace, hasta que esta muere; se relaciona con la administración, en el primer supuesto, cuando hay que inscribirlo o registrarlo en la administración (en el registro del estado familiar de los municipios); y en el segundo, cuando hay que dar cuenta de su deceso, ya sea para activar beneficios que la misma administración dará a sus herederos, o para que estos le sustituyan en su patrimonio.

El Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público Interno que tiene por objeto estudiar la organización, estructura, composición y funcionamiento de la llamada administración pública, las relaciones ínter e intra orgánicas de esta, y la vinculación que con ella tienen los administrados o particulares, con el fin de satisfacer necesidades públicas e intereses colectivos, y dotar a los administrados de los mecanismos de impugnación o defensa frente a la administración.

Es la rama de la ciencia del derecho que estudia el complejo de principios y normas de derecho público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control.²⁴

²⁴ Díez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Cap. III, Pág. 47;

Es el conjunto de normas y principios de derecho público, que regulan la función administrativa, la organización y vinculación interna y externa de las entidades administrativas, y las relaciones de estas con los administrados.²⁵

También se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento del poder ejecutivo. Para Mauricio Hauriou, es la rama del derecho público que rige la organización de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales aquella se materializa; los poderes y los derechos que poseen dichas personas para manejar los servicios públicos; el ejercicio de tales poderes y derechos, el procedimiento de acción de oficio según la prerrogativa especial, y las consecuencias contenciosas que le sigan.²⁶

Para autores como Gastón Jeze, Rogerd Bonard y León Duguit (ambos Franceses), hay coincidencias en concebir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que organizan la prestación y el control de los servicios²⁷. Los autores mexicanos Gabino Fraga y Andrés Serra Rojas²⁸, desarrollan conceptos del Derecho Administrativo, que es necesario resaltar varios de sus postulados: Según Fraga, Derecho Administrativo es: *“la rama del Derecho Público, que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa”*²⁹.

El profesor Andrés Serra Rojas, proporciona una definición de carácter formal del Derecho Administrativo: *“El Derecho Administrativo, es una rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal”*³⁰. Autores colombianos como Gabriel Rojas Arbeláez y Orlando García Herreros, también nos brindan un

Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980.

²⁵ Mena Guerra, Ricardo; Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador, Pág. 53; San Salvador, El Salvador, año 2005.

²⁶ Báez Martínez, Roberto; Manual de Derecho Administrativo, tema 1; Editorial Trillas, Segunda Edición, México, 1995.

²⁷ García Herrera, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo, Institución Universitaria, Sergio Arboleda. 1994. Bogotá, D.C. p. 8.

²⁸ Báez, Martínez Roberto. Manual de Derecho Administrativo Editorial Trillas México 1990. p. 11

²⁹ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 13eva Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1969.

³⁰ Rojas Serra, Andrés. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Pág. 133; México. 1983.

concepto de Derecho Administrativo, así tenemos, que según Rojas Arbeláez el Derecho Administrativo “es la rama del Derecho interno que estudia la organización y la Actividad de la Administración Pública sub razione legis (bajo la razón de la ley)”³¹, mientras que García Herreros dice que “El Estudio y la estructura de la actividad de la Administración Pública forma parte de la temática del Derecho Administrativo. Como que él tiene entre su objeto el régimen jurídico de esa Administración y de la función administrativa que ella cumple”³²

Ahora bien, siguiendo a Armando Rizo en su Manual Elemental de Derecho Administrativo, en el cual expresa que si se entiende el termino *Derecho* como conjunto de normas jurídicas; Derecho Administrativo se puede definir como el conjunto de normas que regulan esencialmente el ejercicio de la función administrativa, es decir, de un lado, la organización del Poder y el ejercicio efectivo de la función misma y las relaciones a que da lugar este ejercicio³³. El Derecho Administrativo es esencialmente, y en primer lugar, “un conjunto de cosas, de iura —potestades, derechos, facultades, obligaciones, cargas— que corresponden a la Administración pública, específicamente en su condición de Poder público y que la constituyen como tal”.³⁴ De lo anterior, se entiende por Derecho administrativo al conjunto de principios y normas que atribuyen, miden y determinan todas esas cosas.

En base a lo anterior, definimos al Derecho Administrativo como el conjunto de conocimientos sistematizados y organizados en normas jurídicas, fenómenos e instituciones sociales, relativas a la administración pública de los Estados, que regula la organización, funcionamiento y atribuciones de la Administración Pública en sus relaciones con los particulares.

³¹ Rojas Arbeláez, Gabriel. El Espíritu del Derecho Administrativo. Editorial Temis, pág. 11; Bogotá, Colombia, año 2001.

³² GARCIA Herrera, Ob. Cit. p. 11.

³³ Rizo Oyanguren, Armando; Manual Elemental de Derecho Administrativo. León, Nicaragua. Universidad Autónoma de Nicaragua, 1991. Pág. 26

³⁴ Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Revista marzo' 2005, Perú. El Concepto De Derecho Administrativo y sus Características. Lecciones De Derecho Administrativo, pág. 10.

Busca entonces el Derecho Administrativo regular la actuación de la administración pública, establecer sus atribuciones y alcances; así como establecer los límites de esta frente a los administrados. Limita el ejercicio del poder político.

En las diversas definiciones que se han mencionado, es común encontrar en ellas que esta disciplina está compuesta por principios; dentro de los que sobresalen los de legalidad, de tutela judicial efectiva, de garantía patrimonial,³⁵ de la división de poderes; claro está, en un Estado Constitucional de Derecho. Con el primer principio, se postula que la administración en su totalidad, se someta a la constitución, leyes y demás normas jurídicas; que no tiene más atribuciones que las señaladas en las normas. El segundo principio, supone una garantía para los administrados, a fin de que puedan someter a los mecanismos de control judicial el actuar de la administración; y el tercero, supone un respeto por el derecho de y a la propiedad, el que solo sería excepcionalmente afectado por razones de interés público o social.

Presentamos ahora, algunas características de esta disciplina.

h) Características del Derecho Administrativo. El derecho administrativo se caracteriza por ser:

1) Público: Por el tipo de relaciones jurídicas que regula, lo hace asumiendo la administración pública supremacía frente a los administrados o particulares; y además por que procura alcanzar el interés común, social o público.

2) Común: Es un derecho que, al igual que el derecho civil, es común a todas las demás actividades de la administración, (municipales, aduaneras, tributarias, etc.) y sus principios son aplicables a todas esas materias.

3) Autónomo: Es una rama autónoma del Derecho Público, pues tiene sus propios principios generales, instituciones y método de estudio; se autoabastece; es decir, es un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.

4) Local: Es un derecho de naturaleza local o interna, porque tiene que ver con la

³⁵ Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo, volumen I, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., págs. 86 y sgtes. Madrid, España, año 2002.

organización política en nuestro país; es decir que habrá un derecho administrativo provincial y un derecho administrativo nacional; sus normas tienen como ámbito espacial de validez, el territorio del Estado. Así, cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 204 de la CNA cada municipio o provincia dicta sus propias normas administrativas.

5) Exorbitante: Excede la órbita del derecho privado, porque donde hay una organización estatal hay derecho administrativo. No hay plano de igualdad entre partes, ya que una de ellas es el Estado, el municipio, u otro ente público; que tiene facultades de poder público frente al particular o administrado.

6) En constante evolución y desarrollo: Incluso se suele decir de él, que aun esta en formación; no obstante lo anterior, ha producido ya otras ramas del derecho público, como el derecho tributario, municipal, de consumidores, etc. La evolución entonces es una característica que le permite adaptarse a la realidad que ella misma regula.

Se suelen agregar como características,³⁶ las siguientes: Auto tutela declarativa y ejecutiva, ser tutor o garantizador de los intereses públicos, tiene por objeto la protección de derecho e intereses legítimos, entre otras.

Esta disciplina del derecho, no obstante ser autónoma, al igual que las demás, se relaciona con las otras ramas del derecho, y con otras ciencias no normativas; veamos algunas.

i) RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO:

1) Con el Derecho Constitucional: El derecho constitucional comprende las normas que regulan la estructura u organización jurídico-política primaria del Estado. Las normas del derecho administrativo tratan de la actividad o funciones que se desarrolla dentro de los órganos del Gobierno (por ejemplo, la llamada parte orgánica de la constitución, desde el Art. 150 de la CN, se desarrolla el

³⁶Ayala, José María; y otros, Manual de Justicia Administrativa, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador; 2003, pág. 34.

órgano ejecutivo, y determina sus principales funciones). Las normas de derecho administrativo son creadas por el legislador y/o funcionario de la administración, dentro de los límites de la norma constitucional. Por ello se afirma que esta es una relación de subordinación del Derecho Administrativo al Derecho Constitucional.

2) Con el Derecho Penal: Se relaciona principalmente con el Derecho Administrativo por el concepto de sanción, típico del derecho penal. Además, existe el derecho administrativo disciplinario, que se aplica en lo interno de la Administración, puesto que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias que comete; y también por el denominado derecho penal administrativo, que es de aplicación externa a la administración, pues permite sancionar al administrado que infringe reglamentaciones administrativas, y que están sancionados con multas, y demás. Además existen en la órbita del Ministerio de Justicia y Seguridad, organismos de índole administrativa, como por ejemplo el Servicio Penitenciario, que funciona auxiliándose de este derecho administrativo. Hay además normas en el Código Penal, que tutelan a la administración pública, sus bienes, servicios, etc., Art. 320 y siguientes del Código Penal. Es entonces una relación de tutela o protección y de colaboración de este derecho para con el administrativo

3) Con el Derecho Financiero: El derecho financiero regula la actividad financiera del Estado referente a la recaudación, gestión y disposición de los medios o recursos económicos necesarios para el cumplimiento de la misión de éste. Las relaciones entre el derecho administrativo y el financiero son inmediatas y contiguas. Ello es así porque las funciones y modos de aplicación de las normas financieras son esencialmente administrativos; por ejemplo, las circulares del Banco Central de Reserva son de naturaleza administrativa. La administración pública, para funcionar necesita recursos económicos, los cuales procura y recibe de las instituciones financieras y fiscales del Estado.

4) Con el Derecho Procesal: El derecho procesal es la rama del Derecho que se ocupa de las formalidades que deben cumplirse en todo proceso. Procura instrumentalizar los mecanismos por medio de los cuales las partes pleiteen, a fin de garantizarles el respeto de sus garantías o derechos. Estudia el proceso, su

naturaleza, las partes, pretensiones, pruebas, etc. Hay instituciones que son reguladas por el derecho procesal y que son adoptadas por el derecho administrativo. El derecho administrativo crea sus normas, pero el derecho procesal le es supletorio, Ej. La expropiación (institución administrativa) para ser ejecutada, la administración debe de seguir un proceso, Art. 138 y Sgtes. C. Mpal. En lo relativo al derecho administrativo sancionador, se deben de observar principios y garantías procesales.

5) Con el Derecho Municipal: El Derecho Municipal, no es más que derecho administrativo puro aplicado a un ámbito particular o especializado: El comunal o Municipal; básicamente desarrolla el sistema de organización administrativa de la descentralización territorial. Del derecho administrativo ha surgido, le nutre de forma importante. Tienen una relación de dependencia. Coinciden en el tema de los sistemas de organización administrativa, específicamente en la descentralización territorial.

6) Con el Derecho Civil: Existen instituciones de el que son aplicables en el Derecho Administrativo, tales como los conceptos de capacidad, persona jurídica, persona física; o simplemente toma instituciones o temas de este derecho que le son útiles para su desarrollo, como los modos de adquirir, los bienes, contratos, etc. Es una relación de colaboración.

7) Con el Derecho Comercial o mercantil: Disciplina referida al comerciante social e individual, y a los actos que estos realizan. Las sociedades (son comerciantes sociales) en las que el Estado u otro ente público forman parte, responden al concepto de sociedad anónima principalmente; así se regula para el caso a las llamadas sociedades de economía mixta. También en materia de contratación, cuando se refiere al mercado bursátil como forma de selección del co contratante; o a la emisión de bonos u otra clase de titulo valor con fines de recaudar fondos. También el Derecho Administrativo por medio de la administración, específicamente a través de diversas súper intendencias, ejerce control sobre los sujetos del comercio; o les da seguridad jurídica por medio de el Registro de Comercio.

8) Con el Derecho Ambiental: Este Derecho se encarga generalmente de establecer los principios e instituciones (orgánica y normativamente hablando) referidas a la protección del ambiente y los recursos naturales; por Ej. La ley de minería establece que la propiedad originaria de las minas es del Estado, consecuencia del Art. 103 inciso 3º. Cn., quien le que otorga a los particulares por medio de la Dirección General de Minas e Hidrocarburos (dependencia del Ministerio de Economía, parte del órgano ejecutivo, y este de la administración publica) su exploración o explotación por medio de concesiones o permisos.- Incluso como parte del órgano ejecutivo esta el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, que en el ejercicio de sus funciones aplica el Derecho Ambiental.

9) Con el Derecho Internacional: Ante la creciente actividad comercial entre estados, se hace necesario que las administraciones de cada una de ellos, se vean obligadas a tener en cuenta las normas del Derecho Internacional, ya sea para la resolución de controversias, o para la regulación particular de la actividad de intercambio.

Lo anterior es solo para ilustrar algunas de las disciplinas normativas publicas o privadas con las que se relaciona el derecho administrativo, pero no son solo estas con las que se vincula.- Además se relacionas con otras ramas del saber no normativas, como con la economía, la política, la sociología, filosofía, etc.

Con la Economía: Si la economía es (en su clásica concepción) la ciencia que estudia la producción, distribución y consumo; aporta importante información a la administración para que regule e incentive ciertas áreas o sectores de la economía; si la economía de una nación es saludable; la economía o presupuesto de la administración también lo será. **Con la política:** Entendiendo la política como la ciencia que estudia el ascenso y mantenimiento en el poder político; el derecho administrativo se apoya en esta, para organizar su ejercicio. O si entendemos a la política como el arte de servir, aplicada por la administración seria; sirviendo al bien común. **Con la Sociología:** Considerando que esta ciencia estudia al hombre

en sociedad, las relaciones de este en las distintas estructuras sociales; la administración debe de tenerla como referente para orientar el ejercicio de determinadas funciones o políticas a favor o hacia ciertos grupos o sectores sociales. Relaciones que la doctrina llama de subordinación, colaboración, de protección, etc.

Este derecho tiene una diversidad de fuentes, tema que es común al estudio de cualquier rama del derecho, salvo que en este caso particular, la relevancia o preferencia normativa de unas no es la misma en todas las disciplinas; veamos algunas de estas.

J) CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES

1) Reales o formales:

Reales o materiales: Atienden a la naturaleza de la fuente, sin necesidad de que sea una norma jurídica; como los hechos o acontecimientos que motivan su aparición. **Formales:** Normas jurídicas generales y abstractas, de indistinta jerarquía o autoridad; como la misma CN., la, ley, los reglamentos, ordenanzas, etc., que generan el apareamiento de otras normas.

2) Directas o indirectas:

Directas: Las que sin el auxilio de otros hechos o normas, motivan el apareamiento de doctrinas, principios o normas jurídicas administrativas.

Indirectas: Las que requieren del auxilio o concurrencia de otras normas o hechos, para producir una doctrina, principio o norma administrativa; como la jurisprudencia, los dictámenes de comisiones, etc.

3) Mediatas o inmediatas:

Mediatas: Doctrina, jurisprudencia, costumbre, principios generales del derecho, tratados internacionales. **Inmediatas:** Leyes y demás normas jurídicas administrativas.

Lo anterior, hace necesario que plantee la jerarquía u orden de preferencia de las normas administrativas, lo que en la doctrina kelseniana se denominaría la pirámide de Hans Kelsen, misma que puede tener como base a la más general y abstracta, y en su cúspide a la más particular o específica; o puede plantearse

esta pirámide de forma invertida; teniendo en la cúspide a la norma mas general y abstracta, y en la base a la mas especifica o particular, veamos:

ORDEN O PRELACIÓN DE LAS FUENTES:

- 1) Constitución de la Republica, Art. 246 Cn.,
- 2) Tratados internacionales, definidos en el art. 144 Cn. y Art. 2 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969³⁷; debemos de prestar especial atención, sobre todo en cuanto a la jerarquía a los tratados del derecho comunitario o de integración;
- 3) Leyes (en su sentido formal), Art. 144 Cn., y arts. 1 al 51 del Código Civil; las que pueden ser auto aplicativas o hetero aplicativas, orgánicas, y demás;
- 4) Decretos-leyes, los que formalmente son decretos, y materialmente leyes; dictadas por órganos que no tienen competencia legislativa; pero que sobre la base de la emergencia o la urgencia, y con el propósito de salvaguardar el orden jurídico y social (por encima del orden normal del competencias legislativas);³⁸ los que suelen ser transitorios o provisionales y sujetos a revisión parlamentaria al normalizarse la situación que los habilito;
- 5) Reglamentos, expresión de la potestad reglamentaria conferida por razones prácticas a la administración publica; Art. 168 Ord. 14 Cn. (debiendo de tener especial cuidado de estar hablando de los llamados reglamentos de ejecución o ejecutivos, puesto que hay autónomos o independientes, que tienen igual jerarquía que la ley, Art. 131 Ord. 1º, y 167 Ord. 1º. Cn.); también los hay de urgencia o necesidad, y delegados; internos y externos; locales y nacionales;
- 6) Ordenanzas municipales, Art. 204 Ord. 5º. y 32 C. Municipal;
- 7) Reglamentos locales, instructivos y circulares; Art. 204 Ord., 5º. Cn., y 33 C. Municipal;
- 8) Contratos, actos y hechos administrativos, sobre los cuales volveré más adelante.

³⁷ Aun no ratificada por el Estado y Gobierno de El Salvador.

³⁸ García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomas-Ramón; Curso de Derecho Administrativo Tomo I, reimpresión de 8ª. Edición, Editorial Civitas, Madrid, España; 1998, pág. 131.

Lo anterior responde a una visión positivista del Derecho Administrativo, que en la practica actual ha sido superada.

No se debe de dejar de lado la jurisprudencia, misma que no hay que confundir con la llamada doctrina legal (Art. 3 Ord. 1º. de la Ley de Casación –ya derogada por el Código Procesal Civil y Mercantil-); la que estará relacionada con la jerarquía del órgano que la dicta, así será su jerarquía; por Ej. Si la sala de lo constitucional declara inconstitucional una ley relativa a la administración publica, claro esta que se deberá de atender la jurisprudencia o resolución antes que la ley; se vuelve interesante cuando la resolución jurisprudencial procede de tribunales internacionales, ya sean universales o regionales de los que El Salvador forme parte, puesto que se torna contradictorio su análisis, unos dirán que incluso la jurisprudencia podría estar por encima de la constitución nacional (Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), otros dirán que solo sobre las leyes; un ejemplo de esto es la sentencia que la Corte Inter Americana de Derechos Humanos dictara en el caso hermanitas Serrano Cruz versus el Estado de El Salvador, que obligo entre otras instituciones de la administración pública a realizar ciertas acciones orientadas a resarcir los derechos violados.³⁹ También en mataría de fomento o protección a la inversión extranjera, aparece el arbitraje internacional, y ahí los tratados se vuelven la principal fuente normativa que deben observar para dirimir controversias comerciales.

También se debe de tener en cuenta la costumbre administrativa como fuente de esta disciplina, misma que obviamente será supletoria a las normas administrativas, y no faltara quien sostenga que esta no es fuente de este derecho; pero que si una norma existe y no es acatada por los administrados, y estos se comportan en sentido contrario a la norma, estaríamos en presencia de una norma vigente pero no positiva. Además se debe de considerar la doctrina

³⁹ Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, 23 de noviembre de 2004; Corte Inter Americana de Derechos Humanos.

legal como fuente de este derecho, a ella se refiere el art. 5 del Código Tributario.⁴⁰

Una vez identificadas las fuentes del derecho administrativo, debemos decir que estas tienen una marcada estructura piramidal jerárquica, según el tipo de norma de la que estemos hablando; que la aplicación de estas además debe obedecer a criterios de territorialidad, tiempo, y materia o especialidad; y en todo caso, procurando armonizar estas con la constitución, según el principio de interpretación conforme a esta (la constitución) que rige a todo el sistema de fuentes; puesto que además, todo el sistema normativo jurídico administrativo, está sometido al control de constitucionalidad.

Habiendo planteado ya el orden normativo que se debe de observar en el derecho administrativo, pasamos a plantear en breve lo concerniente a los sujetos que se relacionan con la administración pública; veamos:

K) SUJETOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

1) Persona: Todo ente o sujeto capaz o susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Hay personas de existencia visible y personas de existencia ideal; lo que genera la clásica clasificación de personas naturales y personas jurídicas; véanse los arts. 52 y siguientes del código civil.

2) Persona jurídica: Es una creación artificial; es el sujeto de derechos y obligaciones que no es persona física; es distinta a la persona de cada uno de sus componentes. Las personas jurídicas pueden ser: Públicas o Privadas; existen entonces diversas normas que desarrollan su constitución y funcionamiento, es ilustrativa la definición que de comerciante social da el Art. 17 Inc. 2º. del Código de Comercio; y los arts. 540 y siguientes del Código civil, que presentan una interesante clasificación.

⁴⁰ Merece la pena leer, sobre el tema fuentes del Derecho Administrativo, la obra del Dr. Ricardo Mena Guerra, titulada "Una aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo", en el que aborda magistralmente el mismo.

3) Criterios de diferenciación: Las personas jurídicas privadas se rigen por el derecho privado. Las personas jurídicas públicas por el derecho público. También se diferencian por sus fines. Art. 542 C.C.

Las personas jurídicas públicas están compuestas por funcionarios y empleados públicos, el patrimonio que les sirve para el logro de sus fines, son los fondos públicos, que bien pueden estar afectados al fondo general de la nación, o al de los municipios, etc., la actividad o actividades que realizan se llevan a cabo por medio de hechos y actos administrativos, las cuestiones que los involucren y sean llevadas a la justicia lo serán por ante el fuero contencioso administrativo. Además poseen prerrogativas que les devienen del poder público, sin perjuicio a que siempre están sujetas a fiscalización estatal.

Personas jurídicas públicas

Éstas pueden ser:

- 1) **No estatales:** Municipales, instituciones autónomas, Sociedades de economía mixta.
- 2) **Estatales:** Integrada por la Administración Pública central. Las personas jurídicas públicas estatales se caracterizan por:
 - a) Tener un *patrimonio* mayoritaria o íntegramente estatal, e integrado a la llamada hacienda pública, Art. 223 Cn.
 - b) Por ser de *creación estatal*, por medio de:
 - Norma constitucional (universidad), o
 - Decreto (parques nacionales).
 - c) Necesitan la *asignación de recursos* para poder funcionar.
 - d) Están sujetas al *control del Estado*, control restringido llamado tutela administrativa.

Tema que obviamente está relacionado con los sistemas de organización administrativos, en donde lo retomaremos para una mejor ilustración.

Se hace también necesario, precisar el significado o alcance de algunos términos o conceptos de uso frecuente en esta disciplina, tanto en la doctrina, la jurisprudencia y las normas jurídicas que lo desarrollan; veamos algunos:

L) SOBERANÍA. AUTONOMÍA. AUTARQUÍA. AUTARCÍA.

La soberanía y la autonomía son conceptos políticos. La autarquía y autarcía son conceptos administrativos. Estos términos son más comunes en los estados federales o compuestos. En el marco de la autonomía, se les da a los entes autónomos potestad normativa, a nivel Infra legal; es decir, por debajo de la ley.

Soberanía: El Estado Nacional o federal, no reconoce ningún otro poder superior a sí mismo. Admite excepciones, ya que por ejemplo el Estado Salvadoreño reconoce que dentro del Sistema de Integración Centro Americana (SICA) hay un tribunal (Corte Centro Americana de Justicia) más alto que la Corte Suprema. la soberanía pertenece al Estado Nacional; y además somos parte de una serie importante de organizaciones internacionales de naturaleza supranacional, y/o tribunales internacionales; en el seno de las cuales, debemos de acatar decisiones que muy posiblemente vayan en contra de la llamada soberanía, por lo que ya no es raro hablar de crisis de la soberanía del Estado.

Autonomía: La entidad autónoma es la que se da sus propias normas y se rige por ellas; estas normas deben dictarse dentro del marco normativo general dado por un ente superior, en este caso el Estado. Suelen ser autónomos en algunos aspectos, como en lo técnico, lo económico, lo administrativo, etc. Así los municipios, de acuerdo al Art. 204 de la Constitución de la Republica, son entes autónomos porque se dictan sus propias normas, ya sean ordenanzas o reglamentos; siempre con el afán de que aseguren la buena marcha de la administración pública municipal; en cuyo caso el Gobierno nacional garantizará a cada municipio el goce y ejercicio pleno de esta autonomía. La autonomía implica autarquía.

Autarquía: Es la capacidad de administrarse a sí mismo. La entidad autárquica recibe la ley de afuera, no se da sus propias normas. Los entes autárquicos nacen por ley o por decreto y dependen del Estado Nacional (en los estados federales).

Se ubica en la descentralización territorial o funcional; confundiendo incluso con este último sistema. La autarquía puede ser:

- a) *territorial*: supone una base geográfica en la cual el ente desarrolla su actividad (municipios).
- b) *funcional o por servicios*: supone una diferencia con base técnica (BCR, LBN, FSV).
- c) *Administración Pública descentralizada*. (autoridades autárquicas).

Autarcía: Es la autosuficiencia económica dada a las provincias. Es la que menos atribuciones tiene. Es común en los estados federales, dentro de las llamadas provincias.

En el ejercicio de estos niveles de descentralización, surge la llamada potestad reglamentaria. Es una herramienta del ordenamiento jurídico existente en todos los países. En nuestro país compete a la Asamblea Legislativa dictar su propio reglamento, al consejo de ministros dictar el suyo y del consejo de ministros,⁴¹ a los municipios,⁴² dictar los reglamentos locales, al presidente de la república dictar los de ejecución, etc.; según el Art. 168 ordinal 8º de la CN, el Presidente de la República actúa como colegislador, al ser el responsable de la promulgación y publicación de las leyes. Los primeros son reglamentos autónomos, y los segundos de ejecución. A los autónomos, que se les llama así por estar originados en una norma de rango o naturaleza constitucional, cuyo rango o jerarquía es igual al de una ley; a los de ejecución, porque su propósito es desarrollar una disposición, título o capítulo de una ley; y los dicta en nuestro caso el presidente de la república, según señala el Art. 168 Ord. 14 de nuestra Constitución; y como consecuencia están jerárquicamente debajo de la ley que desarrollan. También existen los llamados reglamentos internos, por sus efectos, que no trasciende de la institución que los dicta, y porque generalmente desarrollan la estructura orgánica y funcional de alguna institución pública; además en el seno de estos

⁴¹ Constitución de la República de El Salvador, reformada, 1983; Art. 131 Ord. 1º y 167 Ord. 1º.

⁴² Art. 33, Código Municipal de El Salvador, Decreto Legislativo número 274, D.O. 23, tomo 290; publicado el 5 de Febrero de 1986.

reglamentos, surgen los que tienen por propósito regular las relaciones laborales de los servidores públicos con determinada institución.

La doctrina también contempla los llamados reglamentos de urgencia y necesidad, y los reglamentos delegados.- Los primeros son los que dicta una institución que ordinariamente no es competente, pero que se vuelve tal ante la imposibilidad material de la institución formalmente competente; los segundos son los que se dictan mediando delegación funcional e institucional. En nuestro caso, los reglamentos delegados ínter institucionalmente hablando, están prohibidos por expresa disposición constitucional;⁴³ y los de urgencia y necesidad, podrían ser los que a vía de excepción se puedan dictar al amparo del Art. 29 de nuestra Constitución.-

M) ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:⁴⁴

Se refiere a las personas o funcionarios, y estructuras gubernamentales nacionales, municipales, departamentales e institucionales; que actúan en nombre de las entidades que integran a la Administración Pública; pueden ser: Órgano Persona u Órgano Institución.

Institución: Órgano Ejecutivo y sus dependencias⁴⁵, Consejo Municipal⁴⁶, Consejo Superior Universitario⁴⁷, Consejo de Ministros,⁴⁸ etc.

Personas: aquellos seres humanos, llamados servidores públicos, dentro de los que están los funcionarios y empleados, atribuyéndoles a los primeros poderes de decisión y de representación, debiendo como consecuencia responder tanto al ente que representan como a los administrados sobre quienes ejercen sus funciones. Volveremos mas adelante con esta idea. “Los entes descentralizados (de la administración) como toda persona jurídica necesitan para manifestarse de la concurrencia de órganos institución u órganos persona, en todo caso, las

⁴³ Constitución de República de El Salvador, 1983, reformada; art. 86.

⁴⁴ Para efectos de una definición legal, ver Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República de El Salvador.

⁴⁵ Art. 150 Cn. y RIOE.

⁴⁶ Art. 24 Código Municipal.

⁴⁷ Arts. 12 y 20 de la Ley Orgánica de la UES.

⁴⁸ Arts. 166 y 167 Cn.

acciones que estos realicen serán imputables a la persona jurídica de la cual forman parte.”⁴⁹ En el juicio contencioso administrativo no son demandadas las personas individualmente consideradas, sino como órgano institución. En ese sentido, Miguel Marienhoff hace la distinción entre el órgano persona y el órgano institución, señalando que la persona física forma parte del órgano institución, y es la encargada de actuar y expresar su voluntad por el ente; no es así posible ni debido confundir al órgano con su titular, y que en el proceso contencioso como se expreso, la legitimación pasiva no corresponde al funcionario de turno, sino al cargo u órgano institución. Es así que los funcionarios no han sido demandados en su carácter personal, sino precisamente como funcionarios de la institución.⁵⁰

Los órganos se clasifican por su:

1) ORIGEN:

- a) Constitucional; los constituye y atribuye competencias, una norma constitucional; Art. 86 Cn.
- b) Legal: Los crea y atribuye competencias una ley secundaria, dictada por la asamblea legislativa; normalmente llamadas leyes orgánicas.

2) ESTRUCTURA:

- a) Unipersonal: Coordinado o dirigido por una sola persona. Ej. El organo ejecutivo;
 - b) Colegiado: Compuesto por una pluralidad de personas que puede funcionar cuando se reúne un número determinado de miembros (quórum). Ej.: Corte Suprema de Justicia, Asamblea Legislativa, consejo de ministros, etc.
- 3) Según estén o no integrados por una o mas instituciones pueden ser Simples y complejos.
- 4) Según si la dirección o coordinación esta en manos de una o varias personas, son Unipersonales o pluripersonales.
- 5) Según funcionen o actúen en la personalidad del Estado, son Centrales, descentralizados, y desconcentrados.

⁴⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ de El Salvador, sentencia dictada el 11 de Noviembre de 1998, ref. 120-C-96.

⁵⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ de El Salvador, sentencia del 31 de Octubre de 1997, Ref. 45-V-96

FUNCIONES DE LOS ORGANOS:

- a) Administrativas: Los que tienen por función principal la actividad administrativa del estado, actividad que se refleja de forma típica por medio del acto administrativo; Art. 150 y siguientes de la Cn.;
- b) Jurisdiccional: Actúa como juzgado o tribunal, aplica el derecho administrativo sancionador; Art. 14 Cn.;
- c) Legislativas: Crea directamente e indirectamente normas generales y abstractas, Art. 32 C. Mpal., 168 Ord. 8º. Y 14º. Cn. por Ej.
- d) Política o gubernativa: Cuando se expresa en asuntos de trascendencia gubernamental, social o política; Ej. Art. 29 Cn.

La llamada administración pública⁵¹, para el logro de sus fines o ejercicio de sus competencias, adopta varios sistemas de organización, ninguno con pureza plena, veamos algunos de ellos.

III) SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:

La administración del Estado es el centro de la organización administrativa, pero esta se diversifica en una pluralidad de entes dotados o no de personalidad jurídica propia y distinta de la del estado; debido a las necesidades técnicas de la gestión pública y de la oportunidad de insertar ciertos centros de decisión perfectamente determinados, a los que se les confía la administración de determinados asuntos. Ante la heterogeneidad funcional de las diversas instituciones, la norma jurídica administrativa distribuye el trabajo o competencias de estas, sobre la base de los principios de congruencia, de unidad, de eficiencia y eficacia; garantiza a los administrados las condiciones materiales y legales de la actividad administrativa, como principio de certeza, y sanciona la conducta inapropiada de funcionarios y administrados, como consecuencia del principio de responsabilidad. A esto es que la doctrina le llama sistema de organización, veámoslos:

⁵¹ Art. 2 Inc. 2º. de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1) Centralización Administrativa: En este sistema, existe una sola persona jurídica pública: el Estado Nacional o Federal, según sea el caso; en consecuencia, si los administrados demandan a la administración, no se demandará a un órgano sino a aquél por medio de quien lo represente. La expresión centralización significa reunir o concentrar en relación a una persona u órgano el ejercicio de ciertas o determinadas atribuciones; se logra centralizar si se concentra el ejercicio del poder público y de dirección, de las competencias técnicas, y de la potestad de designación de los servidores públicos en un solo órgano o funcionario. La centralización trae aparejada la subordinación jerárquica entre los distintos órganos del ente, y la concentración de funciones o atribuciones. Destacando en este sistema el principio de jerarquía y de concentración. Son órganos de la Administración Pública centralizada los siguientes:

Órgano Ejecutivo Nacional, integrado así:

- 1.- El Presidente, es el Jefe del Gabinete(gobierno) o Consejo de Ministros,
- 2.- Vicepresidente, sustituye al presidente cuando es el caso;
- 3.- Dos designados presidenciales, cuya función principal es sustituir al que haga las veces de presidente, a fin de que este órgano no quede sin director;
- 4.- Ministros, y vice ministros de Estado o de gobierno; titulares de las diferentes carteras o secretarías de estado o ministerios;
- 5.- Secretarios presidenciales particulares o específicos,
- 6.- Dos Comisionados presidenciales,
- 7.- Direcciones generales de administración,
- 8.- Gerencias Generales,
- 10.- Jefaturas de secciones o de divisiones,
- 11.- Demás dependencias del órgano ejecutivo.⁵²

En la Administración Pública centralizada hay dos principios básicos: el de jerarquía y el de competencia. Al interior de ella se dan relaciones ínter orgánicas

⁵² Constitución de la República de El Salvador, 1983, reformada; Arts. 131 Ord. 17º, 150, y 168 Ord.16º.

y mantiene relaciones ínter administrativas con la Administración Pública descentralizada. Como consecuencia de los anteriores principios, se manifiestan en este sistema los siguientes poderes: De nombramiento, de mando, de decisión, de vigilancia, de revisión, disciplinario, Art. 171 relacionado al 245 Cn.; y de dirimir competencias; con los que se pretende desarrollar lo establecido en el Art. 162 de la Cn. Sistema que se resume en una estructura piramidal o de dependencia. Los entes centralizados tienen las siguientes características: 1) Los poderes de decisión se encuentran concentrados en pocas manos, 2) dichas entidades guardan entre ellos una relación de jerarquía debido a que los entes centralizados no poseen personalidad jurídica propia, sino que comparten la del Estado, existiendo, por lo tanto una línea jerárquica que vincula a las dependencias; y 3) estos entes dependen presupuestariamente del gobierno central.

Se le atribuye a este sistema la bondad de consolidar y extender el poder político, la uniformidad de procedimientos, contribuyendo así a la seguridad y certeza jurídica; fortalece la regularidad y moralidad administrativa, asegura la prestación de ciertos servicios públicos generales, etc. También se presentan como desventajas de este sistema, la lentitud de la administración en reaccionar para atender las necesidades públicas, producto de la lejanía que esta mantiene con los administrados, y del exceso de burócratas que intervienen en los procesos administrativos.

Estos entes centralizados, tienen las siguientes características: los poderes de decisión, se encuentran concentrados en pocas manos; las entidades que se integran en este sistema, guardan entre ellas una relación de jerarquía, ya estos no poseen personalidad jurídica propia, sino que comparten la del Estado; y además dependen presupuestariamente del gobierno central.⁵³

2) Descentralización Administrativa: Con el afán de acercar la administración a los administrados, surge la descentralización; misma que puede ser institucional, por servicios o colaboración, y territorial. Compuesta por diferentes personas

⁵³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; sentencia de amparo, ref. 539/2005, pág. 3, del día 3 de Noviembre de 2005.

jurídicas públicas, a quienes el Estado ha dotada de personalidad jurídica propia, de una estructura orgánica independiente, con patrimonio propio, con competencias específicas; en virtud de la particular actividad que desarrollan. Ósea que el Estado, ante la multiplicidad y heterogeneidad de funciones, les transfiere ciertas atribuciones, a fin de que las ejerzan con cierta libertad o independencia de él. El fundamento de este sistema es la especialización de funciones. “La descentralización es una situación de autonomía administrativa y financiera en que se encuentran algunos entes de derecho público creados por la ley, en el sentido de que gozan de independencia respecto de la administración central, pero deben su existencia a un acto de autoridad del Estado, y se hallan sujetos en diversos aspectos a su fiscalización y dirección”. Consiste en los poderes de decisión que se atribuyen a órganos distintos del poder central, con la nota característica de no encontrarse sometidos a una relación de jerarquía. Los entes descentralizados no penden del control de un sujeto superior, tienen personalidad jurídica propia diferente a la estatal, autonomía financiera y poseen un fin público.⁵⁴ “Es el régimen administrativo de un ente que parcialmente administra asuntos específicos, con determinada autonomía e independencia y sin dejar de formar parte del Estado, el cual no prescinde de su poder público regulador y de la tutela administrativa.”⁵⁵ El tema de la descentralización está íntimamente vinculada con la idea de autonomía, puesto que se les reconoce cierto margen de libertades a fin de que se gobiernen libremente, sin perjuicio claro está, del poder de fiscalización que sobre ellas puede el Estado seguir ejerciendo. Autonomía que puede ser en lo técnico, administrativo, económico y/o normativo; expresiones que obviamente no las tienen todos los entes autónomos, ni en la misma dimensión o amplitud del aspecto autónomo de que se trata. Le da al Estado un carácter más dinámico y más técnico, con lo que se cree satisface de mejor manera las necesidades de la colectividad. En este tipo de administración encontramos a los entes autónomos reforzados, (Ej.: La UES), autónomos

⁵⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, CSJ; sentencia dictada el 11 de Septiembre de 1998, ref. 26-I-96.

⁵⁵ Olivera Toro, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, Pág. 289, séptima edición, editorial Porrúa, México, 1997.

tradicionales, y las sociedades o empresas estatales, sociedades del estado y sociedades con participación estatal y/o municipal. Los demás órganos del gobierno, ejercen sobre este tipo de administración facultades de control o de fiscalización, aunque no tan intenso como en la Administración Pública centralizada; fiscalización que puede ser sobre asuntos de merito, relacionados a la calidad y/o eficacia de la prestación descentralizada o concesionada (sobre todo en la concesión por colaboración); o de legalidad, es decir, si los entes en la prestación de la actividad están o no cumpliendo la ley y demás normas que le regulan.

La Administración Pública descentralizada mantiene hacia el interior relaciones intra orgánicas y mantiene relaciones ínter administrativas con la centralizada, y demás entes descentralizados. **Como ya expresamos, esta descentralización puede ser territorial o provincial,⁵⁶ e institucional o por servicios**, en el primer caso puedo citar a los municipios como uno de los mejores referentes; y a la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, como ejemplo de la segunda. También existe la llamada **descentralización por colaboración o corporativa**, en la que el ente público, central o descentralizado, concede o autoriza a uno o varios particulares a realizar actividades que inicialmente le correspondían a ella, sin que por esto, estas sean entes públicos, sobre los que además el que concede, conserva la potestad de fiscalización y/o de ente regulador; Ej. Sertracen. extendiendo a la ciudadanía, licencias y tarjetas de circulación de vehículos, en nombre y representación del Registro Publico de Vehículos Automotores del Vice Ministerio de Transporte del Ministerio de Obras Publicas, Transporte, vivienda y Desarrollo Urbano, que es una institución centralizada. Misma que requiere de una definición estratégica de las políticas que regirán la concesión, una planificación y programación del servicio ha concesionar; a fin de y sobre la base de estos ejercer el control o la fiscalización a que haya lugar. Uno de los elementos esenciales de este tipo de descentralización, son los particulares que mediante concesión, permiso o

⁵⁶Pérez, Pedro Antonio Martín; Manual del Concejal de Madrid, pág. 26 y sgtes.; editorial la comunidad de Madrid, España; año 1995.

autorización ejecutan o realizan funciones publicas que le corresponde prestar a la administración que lo concesión, pero sin formar parte de esta; están entonces los particulares concesionados colocados en el límite del derecho privado con el público. Debe de considerarse que el contrato de concesión de servicio público⁵⁷ es de atribución, esto significa que el ente público que contrata, transfiere atribuciones al particular con quien contrata, y los efectos jurídicos del contrato se extienden a terceros que no lo han suscrito. Ente que como dije, se queda controlando el buen desempeño de la concesión, o crea entes autónomos que regulen el servicio concesionado; ente que lo define el profesor Agustín Gordillo como “una oficina publica estatal (o municipal diría yo) independiente (y autónoma le agregaría) encargada de la vigilancia y supervisión de una actividad de interés estatal (o municipal), aunque ejercida por los particulares, y con la capacidad de emitir la regulación que rige dicha actividad.”⁵⁸ Además, esta la llamada descentralización originaria o de primer grado, y la derivada o de segundo grado; la primera es cuando el ente descentralizado ha sido creado directamente del poder central, y la segunda, es cuando el ente descentralizado es creado por otro ente descentralizado, por Ej. Los municipios, pueden crear a otros entes descentralizados, Arts. 11 y siguientes del Código Municipal; a lo que la doctrina llama mancomunidades municipales, o consorcios municipales;⁵⁹ las primeras las constituyen municipalidades vecinas, y las segundas municipalidades sin importar si son o no vecinas, en cooperación de particulares, para la gestión de servicios o actividades de interés local.

Ante la pluralidad de entes descentralizados o autónomos, se dan entre estos necesariamente relaciones, mismas que pueden ser de coordinación, de subordinación, tutela o vigilancia; y/o de conflicto o colisión, por ello es que el Código Municipal en sus Arts. 15 y 156 impone al Estado y demás instituciones públicas, y en beneficio del municipio y demás entes municipales, la obligación de

⁵⁷ Art. 130 lit. b, y 131 bis de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

⁵⁸ Gordillo, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cap. XV; 8ª. Edición; Buenos Aires, Argentina; 2003.

⁵⁹ Pérez, Pedro Antonio Martin; ob. Cit. Pág. 49 .

colaborar, a fin de ser más eficaz en los asuntos o negocios públicos de su competencia.

3) Desconcentración Administrativa: Etimológicamente significa desligar del centro, aplicado el tema sería “desligar de un órgano central a favor de otro, atribuciones o competencias”. Más que un sistema, es una mixtura de los anteriores; o un procedimiento para agilizar la actividad administrativa de la Administración Pública. Existe desconcentración cuando un órgano central o descentralizado, sin adquirir personería jurídica, es dotado (por su especialidad) de independencia operativa, y del manejo de sus propios recursos; pero no tiene personalidad jurídica diferente a la del ente que le delega las atribuciones. La desconcentración consiste en delegar importantes poderes de decisión a agentes de poder central que se encuentran a la cabeza de diferentes circunscripciones administrativas o de los diferentes servicios.⁶⁰ “Los órganos desconcentrados son entes a los que se les designa competencias de forma permanente que originariamente son de un órgano central o de un organismo descentralizado, permaneciendo adscritos a estos. En consecuencia, carecen de personalidad jurídica, es decir, que solamente realizaran actos administrativos validos a través de la entidad administrativa a la que están adscritos.”⁶¹ Un ejemplo de estos órganos desconcentrados, fue el Comité Organizador de los XIX Juegos Deportivos Centro Americanos y del Caribe, que se desconcentrado del Instituto Nacional de los Deportes (INDES).⁶² Es entonces, en expresión de Jaime Ponce Cumplido, “un fenómeno jurídico administrativo de carácter general que se produce cuando una norma objetiva atribuye a un órgano inserto en una estructura jerárquica, una competencia exclusiva parcial sobre determinadas materias, debilitándose, en consecuencia los poderes de atribuciones del órgano superior al distorsionar el vínculo que los une.”⁶³ Existe la desconcentración propia u

⁶⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, CSJ, sentencia del 11 de Septiembre de 1998, Ref. 26-I-96.

⁶¹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva del doce de mayo de 2005, ref. 354-C-2004.

⁶² Ídem.

⁶³ Ponce Cumplido, Jaime; La desconcentración administrativa, Pág. 57; editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile; año1965.

orgánica, e impropia o por delegación; central o interna, externa o periférica⁶⁴; horizontal y vertical,⁶⁵ dinámica y estática; etc. ⁶⁶ Podemos decir entonces, que la desconcentración debe de ser establecida por la ley, y la norma jurídica que la establece debe de tener el mismo rango jerárquico que la que le otorga competencia al órgano que pretende desconcentrar. Se caracteriza este sistema por el otorgamiento al órgano desconcentrado de determinadas competencias o facultades, que exista un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, que subsista el nexo de jerarquía, y que el órgano desconcentrado dependa del órgano central superior jerárquico.

En nuestro país, este sistema de organización encuentra asidero legal en diversos cuerpos normativos, por Ej. En el Art. 18 de la Ley del Sistema Básico de Salud Integral, Art. 66 de la Ley General de Educación; y en Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestra Corte. ⁶⁷ Consiste en la delegación de funciones o facultades de la organización central en beneficio de órganos internos de la misma, o de órganos externos, pero que en todos los casos quedan sujetos al poder jerárquico de la autoridad central. Recientemente nuestra sala de lo contencioso ha dicho que existe la desconcentración horizontal y la vertical. La primera es cuando las facultades exclusivas se atribuyen a un órgano administrativo periférico, como las comisiones fiscales, que comprenden una extensión territorial limitada; y es vertical, cuando el órgano central superior cede su competencia, en forma limitada y exclusiva a un órgano inferior que forma parte de la misma organización centralizada.⁶⁸

⁶⁴ Ballbé, Manuel; y Franch Marta; Manual de Derecho Administrativo (Una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España), Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2002, pág. 114.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativa, sentencia numero 120-C-96.

⁶⁶ Castejon Paz, Benito; Derecho Administrativo y ciencia de la administración, tomo I, parte general, Pág. 507 y 508, tercera edición.

⁶⁷ Ejps. Sentencias números 262-C-2002, y 354-C-2004; Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

⁶⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo CSJ de El Salvador, sentencia del día 13 de Junio de 2007, Ref. 262-C-2007.

4) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:

a) Jerarquía

Significa que los superiores imparten órdenes a los inferiores a efectos de cumplir con las funciones que les han sido encomendadas. Existe una excepción vertical que reina en toda la organización administrativa: el Presidente de la Nación está exento de la subordinación jerárquica, porque es el jerarca máximo y no tiene sobre él ningún superior; salvo los controles político jurídico que sobre él se pueden ejercer. Todos aquellos funcionarios que se encuentran en el mismo nivel tienen la misma jerarquía. En sentido horizontal, los ministros tienen la misma jerarquía. El principio de la jerarquía sirve para la atribución de tareas y para ejercer el control sobre el cumplimiento de lo ordenado. Esto permite orgánicamente la delegación funcional y el ejercicio de la potestad sancionadora; y excepcionalmente en la doctrina, la avocación; no obstante en nuestra constitución en el Art. 17 está prohibida.

b) Competencia

Aptitud legal que tiene un órgano para actuar. Es el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás; cuando se crea el órgano se establece legalmente qué es lo que tiene que hacer. Competencia no es lo mismo que capacidad. Es la medida de la capacidad de cada órgano, y como el conjunto de funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano, y que unos y otros están autorizados y obligados a ejercer. Es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe de ejercer legítimamente.⁶⁹ Las personas privadas tienen capacidad, las públicas tienen competencia. En el derecho privado, el principio es la presunción de capacidad hasta tanto se demuestre lo contrario; en el derecho público es a la inversa, un órgano no será competente hasta tanto una norma lo habilite para el cumplimiento de una determinada función. Esta, obviamente está relacionada con las potestades que la misma norma otorga a los funcionarios y demás servidores de las instituciones u órganos de la administración. Se pretende con este principio,

⁶⁹ Dromi, Roberto; óp. Cit.

evitar las dualidades o traslapes de competencia. La competencia es un elemento esencial del acto administrativo, y como tal, condiciona su validez.

La competencia administrativa reconoce varios criterios que la determinan, y puede ser en razón de:

a) Materia: Qué es lo que el órgano materialmente puede hacer, Ej. el Ministerio de seguridad y justicia tiene competencia en todo lo que concierne a la administración de los servicios penitenciarios; el Ministerio de Economía tiene competencia en todo lo que concierne a la gestión económica financiera de la Administración Pública. Materia que puede ser la educación, salud, recaudación de impuestos, manejo de aduanas; etc.

b) Grado: Los órganos que se encuentran en un mismo nivel, como los ministros, son competentes para designar, cada uno de ellos, a los empleados de su ministerio, debiendo refrendar con su firma los decretos emanados de su ministerio. El reglamento interno del órgano ejecutivo, es la norma que regula la cantidad de ministerios que puede haber, su estructura, y competencias. Ósea que las competencias la da el estatus o posición que tiene el servidor público dentro de la estructura administrativa de que se trate, así el ministro por su condición tiene determinadas atribuciones, un director general tiene otras, y un jefe de unidad tiene otras.

c) Territorio: Determinada por el ámbito territorial en el cual el órgano tiene aptitud legal para actuar, lo que esta relacionado con el tipo de sistema de administración que se haya adoptado, teniendo entonces en cuenta la división territorial de nuestro país, en zonas, departamentos, municipios, cantones, colonias, etc. Así por Ej. Los municipios solo ejercen sus atribuciones en su territorio, las oficinas regionales de determinado ministerio, ejercen sus competencias en los ámbitos territoriales que le son demarcados, etc.

d) Tiempo: La gran mayoría de órganos e instituciones de la administración, son permanentes, pero los hay transitorios, y es en estos últimos en donde el tiempo es mas importante como criterio de competencia.- También se debe de considerar que los funcionarios que presiden las instituciones públicas, lo hacen

para un periodo determinado de tiempo, y por tanto lo actuado antes o después de estar investido por el cargo, no sería válido ni eficaz; Ej.: un ministro que tiene que asumir mañana no tiene competencia, la podrá tener a partir de mañana y una vez que renuncie o sea removido del cargo, habrá cesado la competencia.

e) Cuantía: cuando el monto de la transacción determina el órgano o al funcionario competente, o el mecanismo de aplicación escogitación de un co contratante; Arts. 39 y 40 de la Lacap.

Los caracteres de la competencia son:

- 1) **De origen legal:** resulta de la CN, de la ley, de los reglamentos dictados en su consecuencia, y demás normas jurídicas aplicables.
- 2) **De ejercicio obligatorio:** la competencia es una carga y no un derecho subjetivo, como consecuencia, el órgano e institución la deben de ejercer, carga que se traslada a los que la presiden, y por ello incluso se sanciona penal o administrativamente su no ejercicio por el incumplimiento de deberes.
- 3) **Improrrogable:** es decir que no se puede diferir o desplazar, pero acepta dos excepciones, en las cuales la competencia se desplaza: la *delegación*: Cuando un superior la transfiere a un inferior de dentro de la misma institución u órgano, como por ejemplo la delegación que hace el Presidente de la República de las funciones administrativas en el Jefe de gabinete de ministros. La delegación debe ser expresamente autorizada, en caso contrario no es procedente. *Avocación*: Es la inversa de la anterior: la competencia de un inferior es asumida por un superior. La avocación es procedente a menos que una norma la prohíba expresamente, tal y como sucede en nuestro medio, Art. 15 Cn.
- 4) **Irrenunciable**, el funcionario público que ejerza las competencias de la institución para la cual trabaja, no puede renunciar de ellas, pues no le han sido atribuidas en su favor, sino para que con ellas favorezca a la misma institución y/o administrados.⁷⁰

⁷⁰ Art. 30 del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, Ministerio de Justicia, enero de 1994.

Legal y jurisprudencialmente también se afirma que es indelegable, salvo norma expresa que lo permita; en cuyo caso, el funcionario sobre quien recaiga la delegación, asumirá todas las responsabilidades que se deriven de los actos que autorice, en el ejercicio de las funciones delegadas, ejemplo de esto es lo que dispone el Art. 22 del Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduana, que permitía la delegación de competencias. Se sabe que la delegación es una modalidad de transferencia de competencias, en virtud de la cual un órgano o funcionario superior puede delegar a uno inferior el ejercicio de las funciones que el orden jurídico (reservado a la ley) le atribuye al primero; pero debo de advertir que la delegación de competencias solo es posible si una norma constitucional, legal, o un reglamento autónomo lo permite; en este último sentido se ha expresado la sala de contencioso administrativo.⁷¹

En relación a los anteriores sistemas de gestión de la administración pública, deben de considerarse las llamadas sociedades economía mixta, que ni son descentralización o desconcentración propiamente, ni tampoco son centralización administrativa; sociedades que se rigen por la ley de constituciones de sociedades de economía mixta, y por el código de comercio en lo relativo a las sociedades anónimas; de las que en nuestro caso hay varios ejemplos.

La administración pública, ejerce sus funciones o actividades de forma reglada, o de forma discrecional; en el ejercicio de ambas, puede haber arbitrariedad, por lo que es necesario conocer bien cada una de ellas, veámoslas:

Actividad Reglada: Las facultades de una institución, órgano, o servidor público están regladas o establecidas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el órgano debe seguir o ejecutar. Es consecuencia del principio de legalidad administrativa, que establece el Art. 86 Cn. Esta conducta puede ser predeterminada de distintas maneras:

⁷¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, CSJ de El Salvador, sentencia dictada el día 7 de Marzo de 2007, ref. 96-D-2003.

Regulación directa: La norma prevé en forma expresa o razonablemente implícita la conducta que debe seguir la Administración.

Regulación indirecta: Es la que regula el derecho de los particulares a que la Administración Pública no interfiera su esfera de acción.

Regulación residual: La que está implícita por no pertenecer a la regulación directa o indirecta.

Actividad Discrecional: La que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen; puesto que la norma no puede ni debe prever cada conducta o comportamiento de la administración en particular, la misma norma jurídica administrativa la habilita. Esta discrecionalidad es orientada o determinada por la moralidad con que debe actuar la administración, la búsqueda del bien común, y una debida motivación a fin de que el administrado conozca las razones que la llevaron a decidir de tal o cual manera. Ello no implica arbitrariedad, puesto que la arbitrariedad se puede dar incluso en la potestad reglada, ya que esta consiste en la inobservancia de los principios y normas jurídicas administrativas. Las facultades discrecionales le permiten al órgano o funcionario cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma. La necesidad de dejar a la Administración Pública cierta actividad discrecional deriva de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de la decisión administrativa. Las facultades discrecionales pueden derivar de:

- Fórmulas elásticas: Son las fórmulas jurídicas indeterminadas (bienestar general, interés público, etc.)

- Normas insuficientes: Al no haber un criterio preexistente, la resolución depende del criterio del agente administrativo.

No obstante lo anterior, es común encontrar la determinación de las competencias o funciones, haciendo un combinado de ambas potestades, como cuando en el derecho administrativo sancionador se establece una sanción por la infracción de una norma, pero se deja a criterio de la autoridad graduar la pena en relación a la

gravedad, reiteración, perjuicio, u otros criterios; Art. 49 de la Ley de Protección al Consumidor.

La discrecionalidad no constituye un círculo de inmunidad, sino el ejercicio de una potestad previa atribuida por el mismo ordenamiento jurídico. Las atribuciones regladas o discrecionales dependen de la mayor o menor exhaustividad determinada por la ley en los supuestos que rige la administración.- El ejercicio de la potestad discrecional se ve complementada por la realización de una operación apreciativa de la administración, sobre la base de la justicia o equidad. Es discrecional una potestad, cuando la ley le permite a la administración ciertos parámetros de apreciación, que pueden arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad; y sobre todo entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada en la ley, y en todo caso la finalidad publica de la utilidad o interés general.⁷² Los actos que estas dictan, el destinatario de los mismos los puede controlar, ejerciendo contra ellos los recursos que se le franqueen, por lo que es importante que la administración motive los actos, sobre todo los desfavorables y discrecionales, a fin de facilitarle al ciudadano, su control.

Toda la administración pública y sus funcionarios, son fiscalizados, ya sea de forma interna o externa, antes, durante o después de ciertos ejercicios fiscales; a fin de deducirles responsabilidades, mismas que podrán ser administrativas, civiles, penales, éticas o políticas; por lo que es importante referirnos un poco a este control, veamos algunos de ellos.

5) ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Los órganos de control a la actividad administrativa del estado, entre otros son:

a) Corte de Cuentas de la Republica: Es una entidad desconcentrada o autárquica, independiente de los demás órganos del gobierno; se ocupa a priori o

⁷² Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, Sentencia definitiva, numero 99-P-2000, dictada el 19 de diciembre de 2001.

⁷² Arts. 1,2,y 3 de la Ley de la Corte de Cuentas de la Republica; D.L. No. 438, del 31 de Agosto de 1995; publicado en el D.O. No. 176, tomo 328, publicado el 25 de Septiembre de 1995.

a posteriori de la auditoría contable y financiera, en lo administrativo y jurisdiccional; del sector público; y ejerce esta función en apego a su ley, reglamentos y manuales; tiene juzgados y cámaras de cuentas.⁷³

b) Entes reguladores: Oficinas estatales o municipales independientes encargadas de la regulación, vigilancia, supervisión, y sanción de una actividad de interés estatal, aunque ejercidas por particulares.- Monitorean el cumplimiento de los contratos de concesión de los servicios públicos, derechos de usuarios y consumidores. Son entidades autónomas o desconcentradas, que además reciben las quejas y sugerencias de los usuarios o consumidores en audiencias públicas; y en algunos casos imponen sanciones por violación a las normas que regulan el servicio.

c) Fiscalía General de la Republica, división de intereses del Estado: Es una dependencia del Ministerio Público que sustancia sus investigaciones mediante sumarios administrativos, civiles o penales. Su titular representa legal e internamente al Estado, dirige la investigación del delito. Es un organismo híbrido ya que, además de estos sumarios administrativos, lleva a la justicia a las personas acusadas de defraudar al fisco por Ej.⁷⁴

d) Defensor del Pueblo o Procurador de Derechos Humanos: Organismo independiente, contemplado en el art. 191 de nuestra Constitución; cuyo titular es designado y removido por la Asamblea con el voto de las 2/3 de los diputados, Art. 192 Cn., siendo reelegible una sola vez, y que tiene legitimación procesal, es decir que puede iniciar juicios; Art. 194 Cn. Son sus funciones, la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías ante hechos, actos u omisiones de la Administración Pública, así como el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

e) La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ. Que conoce y decide de las demandas de ilegalidad de los actos administrativos dictados generalmente en procesos administrativos sancionadores, o dentro de lo que la doctrina le da en

⁷⁴ Art. 193 Constitución de la Republica de El Salvador, 1983, reformada; y Art. 2 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica, D.L. No. 1037 del 27 de Abril de 2006, publicado en D.O. No. 95, tomo 371, del día 25 de Mayo de 2006.

llamar derecho penal administrativo; y que aplica principalmente la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y las leyes sectoriales que habilitan a la institución, órgano o funcionario a dictar el acto impugnado.⁷⁵

f) Tribunal y comisiones de Ética Gubernamental: Que conocen de las denuncias que en contra de cualquier funcionario se presente, y tramitan administrativos a fin de determinar la veracidad de los hechos denunciados, y si fuere el caso, deducir responsabilidad a quien corresponda.⁷⁶

Conviene entonces, referirnos en este momento a las personas que trabajan para y bajo las órdenes de la administración, veámoslos.

IV) SERVIDORES PUBLICOS:

Introducción: Desde la antigüedad, en el Estado Absolutista, el rey con el fin de no tener que lidiar con los burgueses, que normalmente le compraban títulos de burócratas (con los que solía financiar sus campañas militares); designa comisionados, a quienes les encarga la realización de una específica comisión, la que una vez concluida, ya no laboraban mas para el rey, los removía con facilidad; por ello estos le mostraban incondicional obediencia y lealtad.⁷⁷ El Estado y demás entes públicos descentralizados o desconcentrados, para la consecución de sus fines y por la naturaleza de éstos, necesita al igual que cualquiera otra persona jurídica, la concurrencia de personas naturales que actúen en su nombre o que ejerzan las funciones o competencias que les corresponden, a las que en este caso, se les denomina servidores públicos; y la relación entre estos y el Estado o ente público, se origina ya sea a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien de un contrato de servicios profesionales o técnicos,⁷⁸ de los que menciona el Art. 83 de las Disposiciones Generales del Presupuesto, de una elección popular o directa, o

⁷⁵ Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁷⁶ Arts. 18 y 21 de la Ley de Ética Gubernamental.

⁷⁷ Santamaría Pastor, Juan. Alfonso, Principios de Derecho administrativo, vol. I, Segunda Edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A, Madrid, España, pág. 56, año 2002.

⁷⁸ Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia; Sentencia Definitiva, ref. número 63-2006, dictada el 26 de Octubre de dos mil nueve.

una indirecta o de segundo grado. Tales personas son seleccionadas de diferente manera, ya sea por medio de un concurso por oposición, de un sorteo, de una terna, u otro mecanismo de escogitación.⁷⁹ La doctrina aborda este tema bajo el nombre de función pública, término que nosotros abandonamos por ser confuso, en tanto hace pensar en la actividad o función, y no en las personas que la realizan.

Es evidente que estamos en presencia de una relación laboral, en la que una persona física le presta sus servicios al Estado, que funge como empleador; y como este ultimo cumple una función pública, la relación laboral se ve afectada puesto que el régimen jurídico que la regula, es diferente al que regula las relaciones laborales privadas. Varias son las formas de ingreso a laborar para la administración pública central, y varias son también las teorías que procuran explicar la naturaleza jurídica de los actos por medio de los cuales se ingresa⁸⁰; desde la teoría civilista, que señala que es un contrato civil; la del acto unilateral, que establece que esta relación es el resultado de la decisión unilateral del Estado; la teoría del contrato administrativo, que establece que esta relación laboral surge de un verdadero contrato administrativo de prestación de servicios personales, profesionales o no.

Esta relación laboral, en palabras del profesor Martínez Morales, se caracteriza por la profesionalidad, la continuidad, por la existencia de una carrera, y por un acto de designación en virtud del cual el servidor asume una serie de derechos y obligaciones que son correlativos.⁸¹ Y es esa existencia de obligaciones, que motiva en caso de incumplimiento, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora interna, la que debe indudablemente tramitarse de conformidad a la ley que la regule.

⁷⁹ Sala de lo contencioso administrativo, CSJ, sentencias del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho, y once de diciembre del mismo año, dictadas en juicios número 25-E-97 y 45-D-97, respectivamente; las que desarrollan de forma interesante y de forma introductoria este tema.

⁸⁰ Martínez Morales, Rafael I, Derecho Administrativo, Segundo Curso, Editorial Harla, México, 1994, pág. 335.

⁸¹ Martínez Morales, Rafael I, óp. Cit. pág. 356.

A diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está unilateralmente determinada por este último, quien –de forma general e impersonal- establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide, por complejos mecanismos, a quien se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual, el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado, es de Derecho Público Administrativo. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que: “En el sistema constitucional salvadoreño aparece evidente que, en cuanto la organización administrativa en abstracto es conformada por un acto material y formalmente legislativo, se trata de de la configuración de un régimen jurídico general, impersonal, unilateralmente determinado por el Estado. Lo anterior significa que el acto jurídico que estipula en abstracto la organización administrativa, y que incluye –claro está- el número y distribución de plazas, es una ley; en consecuencia, la determinación de los derechos y deberes de los servidores públicos –ingreso, estabilidad, ascenso, etc.- derivan de una situación general e impersonal, no de una situación contractual. Esto determina la situación jurídica general de cada servidor público –en atención al principio de conveniencia pública, derivación de la preeminencia del interés público sobre el particular que regula el art. 246 inc. 2º. Cn. El servidor público, desde que asume su función y en ciertos casos desde que jura desempeñar fielmente el cargo, contrae múltiples deberes que son propios de su labor, es decir, obligaciones que imperativamente debe cumplir y que se vinculan en mayor o menor medida, al correcto desempeño de su cometido, al máximo grado de dedicación y eficacia que debe poner al realizarlo.

Lo anterior implica, que el servidor público que ingresa al servicio de la administración, se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legalmente, y por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de constitucionalidad y legalidad, sin que, consecuentemente, este pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo del ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando, porque ello se integra en las determinación

unilateral lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria del empleado público.

El servidor público efectúa una actividad de orden y naturaleza pública, a través de la cual el Estado cumple, por mandato constitucional, con un servicio a desarrollar en bien de la población en general y sin fines de lucro. En el caso del servidor público, el interés que determina su labor, se vincula estrictamente con las necesidades y conveniencias generales, delimitadas por el ordenamiento jurídico, y desarrolladas por entes públicos. Así, las normas que regulan la relación laboral, no ponen su principal interés en la tutela del trabajador ni en el interés económico de la administración, sino en el ejercicio permanente, continuo y eficaz de la función administrativa como medio para la obtención del bien común. En consecuencia, este ordenamiento jurídico regulador de la relación laboral pública, debe de tener en cuenta un carácter instrumental, supletorio, analógico y condicionado que exige, en todos los supuestos, un juicio previo de compatibilidad con el interés general.⁸² Los trabajadores públicos, a diferencia de los privados, tienen una serie de prerrogativas originadas en el hecho de que el Estado y los servicios públicos que presta, son permanentes, no pueden sufrir interrupciones. Así, el derecho a la estabilidad laboral, no está concebido en beneficio exclusivo de la persona física que ocupa el cargo o empleo, sino que el mismo actúa como garantía para que las actuaciones de los servidores públicos se ajusten a la constitución y a las leyes. Y es que la estructura orgánica del Estado no responde a intereses particulares, sino que debe considerarse portadora de un interés público, por lo que el elemento garantizador de la situación del servidor - estabilidad laboral- es, en puridad garantía de la realización del interés público, a fin de que aquel, protegiendo al el servidor de una política de despojo, que en su contra podría llevar a cabo los intereses partidarios al frente de las instituciones; y

⁸² Sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, Ref. 63-2007, dictada el día 10 de Octubre de 2007.

la segunda, razón, es técnica meramente, pues con la estabilidad se alcanza la especialización de las funciones a través de la experiencia en el cargo.⁸³

La jurisprudencia es conforme a lo anterior, cuando dice: “El Estado o sus instituciones requieren de un elemento humano que desarrolle ciertas actividades a en el marco de las normas jurídicas que les rigen, son personas naturales a las que se les denomina trabajadores y servidores públicos, quienes pueden estar vinculadas al Estado o a sus instituciones por diferentes medios legales -entre estos-: (a) por haber optado a un cargo público y ser electas por votación popular directa para un período determinado; (b) a partir de elecciones de segundo grado; (c) ingreso bajo el régimen de carrera administrativa entendida como el género -, o como parte de aquellas otras carreras establecidas en la Constitución o por la ley -especies del género carrera administrativa -; y (d) acuerdos de voluntad o contratos, ya sea mediante relaciones de coordinación o de supra subordinación”.⁸⁴ La sala de lo Civil de nuestra corte, ha dicho que las características del contrato de naturaleza administrativa, son las siguientes: Excepcional, solo puede tener por objeto la realización de servicios técnicos o profesionales y de carácter eventual, que su objeto es un producto delimitado de la actividad humana, y no una prestación de trabajo; no sugiere relación de dependencia o supra subordinación, sino que el contratado tiene cierta autonomía; y que lo fundamental es el resultado que se ha de lograr o producir.⁸⁵ Significa que si el contrato otorgado no tiene una norma administrativa de apoyo, es laboral, y como consecuencia se le aplicara el código de trabajo.

a) Denominaciones. A estos servidores públicos, se les denomina indistintamente empleados públicos, funcionarios públicos, trabajadores públicos, funcionarios municipales, trabajadores municipales, agentes de autoridad;⁸⁶ pero en el fondo se están refiriendo al grupo de personas naturales que trabajan para el Estado, los

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Sala de lo Constitucional de la CSJ, sentencia definitiva de amparo de fecha 27-01-2004, ref. 985-2002.)

⁸⁵ Sala de lo Civil de la CSJ de El Salvador, sentencia dictada el 21 de diciembre de 2007, ref. 208-C-2006.

⁸⁶ Art. 39 Código Penal Salvadoreño, Art. 3 de la Ley de Ética Gubernamental, y Art. 6 de la ley de INPEP.

municipios, u otro ente público, en su forma centralizada de expresión, o considerando este de manera descentralizada, ya sea por servicios o región. Se puede definir el término servidores públicos, como el conjunto de personas que desempeñan sus labores al servicio del Estado, o que prestan sus servicios a este, es decir, dentro del sector publico. El termino servidor publico es el genero, y de el se derivan diferentes tipos de servidores públicos, atendiendo al régimen jurídico al que están sujetos y a las características propias de cada uno.

El Derecho Administrativo, y refiriéndose a los servidores públicos, crea una expresión llamada carrera administrativa, la que para referirnos con mayor claridad es necesario que se considere su fundamento constitucional y legal, Art. 218 y siguientes en la constitución, Ley del Servicio Civil, Ley de la Carrera Administrativa Municipal, entre otras; esta abarca a los servidores públicos vinculados con el Estado o ente público en razón de acto administrativo, ya sea un nombramiento con cargo al fondo general de la nación o a fondos especiales de instituciones especificas, y que realice labores permanentes en la citada institución; esta entonces se ve manifestada en la protección que al servidor le proporciona, pues le hace gozar plenamente de sus derechos que como tal tiene, y le protege de una separación arbitraria o discrecional del cargo; esto es porque los servidores públicos no están al servicio de una fracción política sino del Estado, buscándose así garantizar la estabilidad laboral del servidor público. Tal carrera se apoya en el precepto constitucional, de que toda persona tiene derecho al trabajo, y que a nadie se le puede privar de sus derechos (el trabajo, en este caso) sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.⁸⁷

b) Clasificaciones de los servidores públicos: Para clasificarlos, es necesario recurrir a una serie de criterios, las cuales en muchos casos solo son válidas para fines académicos, por Ej. Se habla de servidores públicos civiles y militares, de servidores públicos nacionales, municipales e institucionales, de funcionarios y empleados públicos, de servidores públicos permanentes, temporales o a plazo y eventuales, de servidores públicos hecho y de derecho, etc. Es importante decir

⁸⁷ Para una mejor ilustración, puede verse lo dicho por la sala de lo constitucional de la CSJ en los amparos números 15-R-84, 9-V-84.

que jurisprudencialmente, y tomando como criterio la titularidad de la estabilidad laboral, los servidores públicos se clasifican en empleados y funcionarios comprendidos en la carrera administrativa, empleados y funcionarios excluidos de la carrera administrativa, pero protegidos por la ley reguladora de la garantía de audiencia de los empleados no comprendidos en la carrera administrativa; empleados públicos que no gozan de estabilidad laboral, por ejercer cargos de confianza personal o política; y funcionarios públicos que no gozan de estabilidad laboral por ejercer cargos públicos.⁸⁸ Se vuelve importante acá, dejar planteados los elementos que deben concurrir para saber si se está o no ante un cargo de confianza; debemos decir que el término cargo de confianza no comprende aquella mínima confianza que se debe tener en la persona a quien se la habrá de encomendar la realización de determinada labor, sino que se debe considerar la naturaleza de las funciones que se realizan, ósea las actividades y responsabilidades que se desempeñan y tienen en la institución para la cual se trabaja; aunado al cargo de dirección o de gerencia que le une con la institución; se relaciona entonces con la gestión que realiza el funcionario público que lo nombra o contrata. También es importante considerar la clasificación que presenta el Art. 2 de la Ley de Ética Gubernamental, cuando dice: Art. 2- Esta Ley se aplica a todos los servidores públicos, **permanentes o temporales, remunerados o ad-honorem**, que ejerzan su cargo por elección, nombramiento o contrato emanado de la autoridad competente, que presten servicio en cualquier entidad **estatal o municipal**, dentro o fuera del territorio de la República.

c) Derechos, deberes y prohibiciones. Por ser los empleados públicos, el más grande grupo de servidores públicos, nos referiremos a ellos con más amplitud, procurando cubrir los principales derechos de estos, los cuales se pueden también clasificar en económicos, sociales, y laborales; entre los que sobresalen el derecho a recibir su salario y demás prestaciones que de este se derivan, derecho a descansar, licencias o permisos, ascensos, estabilidad laboral, a recurrir resoluciones que les sean adversas, al goce de prestaciones sociales y laborales,

⁸⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 1080-2008; sentencia dictada el día cinco de Noviembre de 2010.

a honras fúnebres, etc. Nos referiremos a tres de estos derechos, por considerarlos los más importantes; el salario, y este está integrado por la suma de dinero que habitualmente recibe el servidor público en este concepto, pero en el caso de tener bonificaciones habituales y sobresueldos; estos deben de considerarse parte del mismo salario.⁸⁹ El derecho a la estabilidad laboral, sobre la cual diremos que no puede ser absoluta, puesto que a nadie se le puede garantizar a perpetuidad la permanencia en el cargo o empleo; y que además para tenerla se requiere que subsista el puesto de trabajo, que el servidor público no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, que el cargo se desempeñe con eficiencia y que las labores que en este realiza se entiendan permanentes para la institución para la cual se trabaja, que no se cometa infracción o falta que la ley sancione con despido, destitución, o remoción del cargo o empleo; que subsista la institución para la cual se presta el servicio, que el vínculo laboral con la institución sea de carácter público, que se encuentre en una posición de supra subordinación, que reciba un salario por el servicio que presta, y que además el puesto que se desempeña no sea de aquellos cargos o empleos de confianza,⁹⁰ por motivos personales o políticos.⁹¹ Derecho que surte sus efectos ante remociones arbitrarias, ilegales e inconstitucionales; se exige de un juicio previo a privar al servidor de la estabilidad laboral. La estabilidad entonces puede ser propia o impropia, o absoluta o relativa. Hay ciertos servidores que no gozan de este beneficio. Otro derecho al que nos referiremos brevemente es al de ascenso o promoción, mismo que suele incluso estar condicionado a ciertos requisitos formales como la permanencia durante ciertos años en cargos de menor jerarquía, el tiempo de servicio para la administración, participar en concursos de promoción y obviamente salir mejor evaluados que los demás; evaluaciones del jefe de quien se dependa, etc.; con el ascenso van inmersas mas o nuevas y

⁸⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo, Sobreseimiento dictado el día 30 de Septiembre de 2005; caso numero 524-2004

⁹⁰ Parfraseando a Rafael Martínez Morales, Óp. Cit. Pág. 367; diremos que trabajador de confianza es aquel que en razón de su cargo, presta un trabajo subordinado con caracteres especiales de fidelidad, lealtad, seguridad; las cuales le confieren un trato directo de familiaridad con el superior jerárquico y de vigilancia con el inferior.

⁹¹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia; amparo numero 847-2002; dictado El día 19 de mayo de dos mil cuatro; y el numero 1080-2008, dictado el 5 de Noviembre de 2010.

diferentes responsabilidades, y por supuesto, un mayor salario.- Este derecho está relacionado con el derecho a capacitaciones, con las que se acreditan los puntos o meritos que en casos de promoción se piden.⁹² En el caso de las licencias o permisos, estos tienen una serie de causas o motivos, por. Ej. Si es para perfeccionar una ciencia, arte u oficio; ha dicho la sala de lo contencioso administrativo, que las instituciones públicas deben de ser fomentados,⁹³ puesto que se traducen normalmente en mejores servidores públicos, favoreciendo así directamente a la institución para la cual trabaja. El descanso comprende las licencias y las vacaciones, las primeras son de carácter personal y se conceden por diversas razones; las segundas, son de orden público y de carácter general.

Por supuesto que también tiene deberes y o prohibiciones, las cuales pueden ser generales o especiales, en atención al cargo o empleo que desempeñen, por Ej. El deber de obediencia, conducta decorosa, ética pública, reserva y discreción (el no revelar ningún tipo de información que en razón de su cargo conozcan), promoción oficiosa de acciones judiciales; de presentarse puntualmente a realizar sus labores, y el de realizarlas con esmero o diligencia; no hacer política partidista, etc.; entre las prohibiciones podemos citar, patrocinar tramites o gestiones de terceros vinculados con su gestión, recibir directa o indirectamente dadas o beneficios, usar con fines particulares los bienes de la institución destinados al servicio oficial o pública, etc..

En el caso de no cumplir sus deberes o prohibiciones, le son aplicables el régimen disciplinario que corresponda, en el que se pueden hacer acreedor, según la naturaleza y gravedad de la infracción (principio de proporcionalidad) a una sanción penal o administrativa, que puede ir, desde una simple amonestación, hasta la separación del cargo por despido o destitución; y/o su encarcelamiento.

El ejercicio de esta potestad administrativa sancionadora interna está fundada en el supuesto de que los servidores públicos incumplan sus deberes u obligaciones,

⁹² Arts. 34 y 35 de la Ley de Servicio Civil, Decreto Ley No. 507, del 24 de Noviembre de 1961, publicado en el D.O. No. 239, tomo 193, del día 27 de Diciembre de 1961.

⁹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia; sentencia definitiva dictada el día 19 de Diciembre de 2001, caso numero 99-P-2000

e irrespeten sus prohibiciones; lo que supone deducción de responsabilidades⁹⁴, entre las que se encuentra la administrativa (además de la penal, civil, política, ética); en virtud de la cual se aplicaran sanciones administrativas a los servidores públicos por actos u omisiones que vayan en contra de la legalidad, la honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia con las que deben de desempeñar sus empleos, comisiones o cargos; la que se deducirá por los funcionarios u órganos a quienes el ordenamiento jurídico les de competencia.

Además debemos de considerar, que en el marco del proceso administrativo sancionador, se pueden dictar medidas cautelares, como la suspensión laboral; con las que se busca asegurar la eficacia de la decisión definitiva a dictarse; la que obviamente debe de ser excepcional, temporal, y debidamente motivada; esta ultima para posibilitar una adecuada defensa, robustece la seguridad jurídica, pues elimina la arbitrariedad; o simplemente para darle respuesta al derecho de petición y cumplir así con el deber de respuesta. Al servidor público se le puede deducir, como ya hemos dicho, responsabilidad administrativa disciplinaria, patrimonial, penal, civil, o política.⁹⁵

d) Es también preciso hablar de los funcionarios públicos, los cuales se distinguen de los empleados, en tanto que estos tienen poder de decisión, y actúan en representación de la institución para la cual trabaja, su capacidad de decisión procede de la constitución o de una ley, no actúan por delegación, lo que los distingue de los empleados de alto nivel. Estos indudablemente que gozan de ciertos derechos de los cuales no participan los empleados, Ej. Gastos de representación, honras fúnebres, etc. Pero a la vez, participan de la mayoría de derechos de los empleados, no así el de estabilidad, el cual les está restringido al periodo o plazo que la ley les señala para su ejercicio, es decir que están

⁹⁴ Así lo establece el art. 235 de nuestra Cn. cuando dice: *“Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes.”*

⁹⁵ Silva Cimma Enrique, óp. Cit. Pág. 438.

excluidos de la carrera administrativa.⁹⁶ En este grupo de servidores públicos, es donde cabe la posibilidad de que se dé uno de hecho o de derecho, en el segundo caso es cuando este ha sido nombrado en respeto al ordenamiento jurídico respectivo y cumple además con los requisitos que el cargo le impone; en el primer caso, es cuando se designa a una persona para que ocupe un cargo público, y este o no cumple con los requisitos que el cargo le impone, o no se respeta el ordenamiento jurídico que regule su designación, o habiéndose respetado y cumplido con los requisitos, posteriormente, este pierde uno o más requisitos, o la ley en base a la cual se le designo, se deroga o es declarada inconstitucional.

Además, es de suma importancia, referirnos al **régimen disciplinario** que regula a estos servidores públicos, el cual se refiere a las sanciones que en virtud del incumplimiento a deberes o irrespeto a prohibiciones, los hace acreedores a una sanción, las cuales pueden ser leves, graves, o muy graves; administrativas, civiles, éticas, o penales; principales y accesorias, pero que no se pueden imponer sino se sigue antes un proceso en el que se les garanticen sus derechos de defensa y de audiencia; el cual se puede seguir en sede administrativa o judicial, según sea el servidor público de quien se trate, o de la naturaleza de la infracción atribuida; y en atención a ciertos principios como el de legalidad de la infracción y de la pena, el de proporcionalidad, publicidad, congruencia, audiencia, defensa, etc.⁹⁷ Según el primer principio, en materia administrativa sancionadora, es aplicable lo prescrito en relación al principio de legalidad penal, en el sentido de ser *lex stricta*, es decir, exige que la ley establezca en forma precisa, las diversas conductas punibles y las respectivas sanciones, lo que significa someterse en todo momento al ordenamiento jurídico vigente. Por lo dicho, cualquier normativa en que se establezca un régimen sancionatorio, debe contener claramente definidas las infracciones y las correspondientes sanciones, así como un procedimiento

⁹⁶ A los excluidos de la carrera administrativa no se les aplica la Ley del Servicio Civil, pero en la parte procedimental, puesto que en lo relativo a la parte sustantiva – deberes, obligaciones por ejemplo – si están vinculados por ella (Art. 5 LSC). Sobre esta consideración véase sentencia definitiva de amparo de fecha 3-01-2002.

⁹⁷ Arts. 41 y siguientes de la Ley del Servicio Civil, Arts. 62 y siguientes de la Ley de la Carrera Administrativa municipal.

reglado para aplicarlas, a fin de respetar los principios constitucionales antes mencionados, y los derechos de las personas a quienes deba aplicarse tal régimen. Es importante que consideremos además, que en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora interna, la administración puede hacer uso de medidas cautelares, las que deben de regirse por el carácter mismo de estas, como son la instrumentalidad, la excepcionabilidad, la urgencia, susceptible de modificación, y la temporalidad. Estas medidas están dispersas en el ordenamiento jurídico administrativo sancionador; sobre las cuales debemos de saber que la dilación injustificada de la medida cautelar, se traduce en una vulneración a los derechos constitucionales que provoca que el trabajador deje de gozar de los derechos y prestaciones que le corresponden, derivados de la relación jurídica creada por la prestación del trabajo..

e) Un aspecto relevante también es, considerar lo que se denomina **carrera administrativa**, esta es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.⁹⁸ El derecho a la carrera comprende el nivel escalafonario, o jerarquía alcanzada, el ascenso y la jubilación.⁹⁹ Es decir que ella desarrolla los mecanismos de selección, los modos de ingreso, los principales derechos y deberes de los servidores públicos; y lo relativo al régimen disciplinario; procurando sobre todo proteger el derecho a la estabilidad laboral y el de promoción o ascenso(que obedece a la antigüedad y el merito). Son principios básicos de la carrera administrativa, el de idoneidad, transparencia, moralidad, publicidad, etc. Tiene la carrera administrativa, al igual que las demás carreras, expresiones de estas; la finalidad la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta sus servicios al Estados o demás entes públicos, bajo un régimen de supra subordinación; independientemente del mecanismo de ingreso de estos.

⁹⁸ Sentencia definitiva de amparo de fecha 18-12-2001, ref. 510-2000, Sentencia 9-03-2006, ref. 160-R-2001. SOBRE ART. 83 DGP.

⁹⁹ Silva Cimma, Enrique, óp. Cit. Pág. 433.

La ley de ética gubernamental y su reglamento, pretenden establecer normas de conducta que deben de ser observadas por todos los servidores públicos de la administración; normando y promoviendo el desempeño ético de la función pública.¹⁰⁰ Con tal fin enuncia una cantidad importante de principios que deben de regir el desempeño de la función pública, así: Supremacía del interés público, probidad, no discriminación, imparcialidad, justicia, transparencia, confidencialidad, responsabilidad, disciplina, legalidad, lealtad, decoro, eficiencia y eficacia, y rendición de cuentas;¹⁰¹ principios que son debidamente desarrollados en la citada ley. Mismos que relacionamos con las normas de conducta en la función pública de la Republica Oriental del Uruguay (por ser el Estado menos corrupto en América latina, según transparencia internacional), dictadas por el presidente de la Republica Uruguaya; de las que solo mencionaremos las que no recoge nuestra ley de ética, así: Preeminencia del interés funcional, buena fe, obediencia, respeto, implicancias, publicidad, eficiencia en la contratación, motivación de las decisiones, capacitación e idoneidad, buena administración financiera, rotación de funcionarios en tareas financieras.¹⁰² Principios que no definimos, porque creemos se explican solos, mismos que nos parecen convenientes agregar como eje transversal a nuestra función pública.

La relación funcional podrá terminar por diversas razones, tales como: fallecimiento o muerte del servidor público, renuncia aceptada, despido, destitución, vencimiento del plazo para el cual fue designado, etc. Algunas de ellas podrán generar o no responsabilidad para las partes.

¹⁰⁰ Art. 1 de la Ley de Ética Gubernamental, decreto legislativo 1038, publicado en el Diario Oficial numero 90, tomo 371 del 18 de mayo de 2006; y art. 2 del Reglamento de la misma, decreto numero 1 publicado en el diario oficial numero 109, tomo 379, del 12 de Junio de 2008.

¹⁰¹ Art. 4 Ley de Ética Gubernamental, decreto legislativo 1038, publicado en el Diario Oficial numero 90, tomo 371 del 18 de mayo de 2006.

¹⁰² Normas de conducta en la función pública, decreto ejecutivo número 30 del 23 de enero de 2003; Republica Oriental del Uruguay.

Veamos ahora, una de las más variadas formas por medio de las cuales la administración pública, a través del servidor público competente, dicta o da a conocer su voluntad, deseo, o juicio: el acto administrativo.

V) EL ACTO ADMINISTRATIVO.

1) Generalidades:

Con el propósito de incursionar en la noción conceptual del acto administrativo, pretendemos continuar con esta breve monografía, hacer un bosquejo acerca de las generalidades del acto Administrativo, desde sus diversas definiciones, sus elementos, sus características, clasificaciones, y sus diversos modos de extinción; refiriéndonos en algunos casos a determinadas normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Escribir sobre el acto administrativo, es referirse a una de las formas en cómo la administración pública, sea esta central, municipal o institucional, manifiesta o da a conocer su voluntad, deseo o juicio; la cual claro está, debe de reunir ciertos elementos y cumplir determinados requisitos; y dictarse en apego estricto a sus atribuciones previamente establecidas en la Ley, o haciendo uso de cierta liberalidad que la misma les concede; y en caso de no respetarse el ordenamiento jurídico que los regula, el administrado o particular, hacia quienes normalmente van dirigidos los efectos jurídicos de estos, pueden y deben controlar la legalidad de tales actos, ya sea por medio de mecanismos dentro de la misma administración, o fuera de esta.

2) NOCION CONCEPTUAL:

Referirse al Acto Administrativo, es hablar de como la Administración Pública (centralizada, descentralizada o desconcentrada) se manifiesta; nótese que decimos Administración Pública y no Estado, ya que este se expresa de diversas formas según sea la función que realiza; así; sí es la Función Jurisdiccional, lo hace básicamente por medio de Actos Judiciales, a los que antes se les llamaba actos condición; si es Función Legislativa, lo hace por medio de Actos Regla o normativos; y en nuestro caso, si realiza la Función Administrativa (Que es realizada por la

Administración Pública) se expresa por medio de los Actos Administrativos. Lo anterior no significa que estos sean los únicos modos de expresión del Estado, ya que existen otras funciones, como la Gubernativa o Política, que ejercen indistintamente los órganos fundamentales del gobierno, y que se expresa por medio de Actos Políticos o Gubernativos, conocidos como Actos de Gobierno, que pueden ser internos o externos; con los cuales el acto Administrativo, tiene mucha semejanza, pues estos son el género y aquellos la especie. No debe el lector olvidar, que las funciones esenciales arriba citadas, nuestra Constitución se las atribuye fundamentalmente a los principales Órganos del Gobierno, así: al Órgano Ejecutivo, la Función Administrativa; al Órgano Legislativo, la Función Legislativa; al Órgano Judicial, la Función Jurisdiccional; véanse para el caso los Arts. 150, 167, 168, 121, 130, 172, 182 de nuestra Constitución. Lo anterior no implica, que a cada Órgano le asista exclusivamente tal o cual función, es decir que uno de esos Órganos podrá, y así sucede en casos concretos, realizar las tres Funciones, por lo que un Órgano emitirá Actos Administrativos, Actos Regla o Jurisdiccionales, según la función que realice; véase a manera de ejemplo el Art. 167 Ord. 1o. de la Constitución de la República, que señala una atribución o función Legislativa a la máxima Autoridad del Órgano Ejecutivo, o sea que este ahí emite un Acto Regla; y el 168 Ord. 10, que atribuye al Presidente de la República un acto Jurisdiccional, y por lo tanto al realizar tal competencia, este dicta un Acto Condición o Jurisdiccional, por lo que no es el criterio Orgánico el que sirve para distinguir los tipos de Actos, sino el criterio sustancial o material, que toma en cuenta la naturaleza intrínseca de la función, y no el Órgano emisor de la voluntad.

Decimos entonces, que el Acto Administrativo no es más que la manifestación expresa, tácita, genomenica o automatizada de la voluntad de la Administración Pública en el ejercicio de la función o potestad administrativa, reglada o discrecional, generadora de efectos jurídicos en los administrados o entre las instituciones que la integran; con el ánimo directo o indirecto de satisfacer necesidades públicas; debemos de agregar que tal voluntad debe de ser susceptible de control, tanto interno (administrativo) como externo (jurisdiccional). El primer control se ejerce en

el seno de los recursos administrativo, y el segundo, por medio del control judicial al que están sometidos.

El acto administrativo es un acto jurídico, de voluntad o de juicio; de carácter unilateral, procedente de una administración pública, que dispone de presunción de validez y de fuerza para obligar en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa¹⁰³.

Dicho lo anterior, trataremos de definir lo que habrá de entenderse para nosotros por Acto Administrativo, y diremos que: Es la manifestación unilateral de voluntad, deseo o juicio; expresa, tácita o presunta, genomenica o automatizada de la Administración Pública Central, Municipal o Institucional, en el ejercicio de la Función Administrativa, con el ánimo de satisfacer directa o indirectamente necesidades de los Administrados, generadora de efectos jurídicos en estos y susceptible de control administrativo y jurisdiccional.

Sobre la anterior definición, es necesario hacer las siguientes consideraciones: a) Que es una manifestación de voluntad, deseo o juicio; quiere decir, que debe de ser una expresión de voluntad, y esa exteriorización podrá ser expresa y generalmente por escrito, como en el caso de la imposición de una Multa de tránsito; Genomenica cuando es una señal de tránsito hecha por un Agente Policial de la división de transito; Presunta, cuando ha mediado una petición de un Administrado, y transcurre el tiempo señalado por la Ley, y la Administración no se pronuncia sobre ella; se da en este caso concreto lo que se conoce como Silencio Administrativo, el que puede ser según sus efectos, positivo o negativo, véase el Art. 3 Literal B Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, y Art. 22 inciso cuarto de la Ley de protección al consumidor, como un ejemplo de silencio positivo; y Automatizada, como el caso de las señales de tránsito semaforizadas. b) Que quien se manifiesta es la Administración Pública, ella hay que entenderla Orgánicamente, es decir aquel grupo de Instituciones Públicas ejerciendo actividad Administrativa; véase el Art. 2 Inc. 2o. Letras a, b, y c de la Ley arriba citada. c) Que es en el ejercicio de la Función

¹⁰³ Ayala, José María y otros, Manual de Justicia Administrativa, Pág. 45, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador; 2003.

Administrativa reglada o discrecional; esta es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, por medio de la cual se dictan y ejecutan las manifestaciones de voluntad de la Administración Pública en apego estricto a la ley, o haciendo uso de cierta liberalidad por ella permitida, a fin de satisfacer en forma mediata o inmediata las necesidades del Grupo Social y de los individuos que lo integran. d) Que además es susceptible de control Jurisdiccional, es decir que tal manifestación de Voluntad puede ser controlada por los Administrados a quienes dicha manifestación afecte, sea directa o indirectamente. Control quiere decir, verificar que la Administración realice su función en apego estricto a la Ley, respetando el Principio de Legalidad, Art. 86 Cn.; y en caso contrario, el Administrado tiene abiertas las posibilidades de atacar la mencionada Administración por medio de los recursos que la misma Ley le proporciona, recursos que son internos o externos; internos cuando dentro de la misma Administración y en base al Principio de Jerarquía la Ley reconoce mecanismos de impugnación, tales como apelación, revisión, revocatoria, o explicación; externos, cuando una vez agotados los internos o no existiendo estos, se puede acudir a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a plantear un Recurso Contencioso Administrativo en contra de la tan mencionada manifestación de voluntad; véase para el caso los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Vale decir, que como control externo también puede funcionar el procedimiento de Amparo, digo procedimiento porque así lo llama la Ley, Art. 1 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, aunque este sea una verdadera acción de toda persona, en virtud de la cual puede defenderse del Estado, cuando este con su actuación le violente un Derecho Constitucional; Art. 247 de Nuestra Constitución. e) Dice además generador de efectos jurídicos en los Administrados, es decir que dicha manifestación produce un impacto positivo o negativo, favorable o desfavorable, temporal o definitivo en el particular; y es a partir de este que el Administrado está vinculado con la Administración. Es decir el acto debe de ser trascendente. El Art. 20 del Código Tributario, da una definición de lo que la Administración Tributaria entiende por acto administrativo, y dice: "Para los efectos de este Código, se entenderá por acto administrativo la declaración unilateral productora de efectos jurídicos singulares, sean de tramite o definitivos, dictada por

la administración tributaria en el ejercicio de su potestad administrativa.”¹⁰⁴ También el Art. 11 del viejo proyecto de ley de procedimientos administrativos presenta una definición, y dice que: acto administrativo es “la declaración unilateral, productora de efectos jurídicos y sujeta a Derecho Administrativo, dictada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.”¹⁰⁵ Definición que no comparto, pues me parece muy genérica. Jurisprudencialmente se ha definido acto administrativo, diciendo que “es una declaración unilateral, de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de derecho publico, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa.”¹⁰⁶

3) ELEMENTOS.

Algunos autores¹⁰⁷, hablan de elementos subjetivos, objetivos y formales; entre los primeros están la administración, el órgano y la competencia del funcionario; dentro de los segundos se mencionan a la causa, al fin, y al motivo; y como formales mencionan al procedimiento, la forma, y la motivación.¹⁰⁸

Referirse a los elementos del Acto Administrativo, es considerar los componentes o ingredientes, que una vez reunidos forman esta figura objeto de estudio. Es decir, que elementos del acto son todos los requisitos que al efecto exige el ordenamiento jurídico que deben de concurrir, o que la administración decide incluir; a fin de que este pueda producir sus efectos, es decir que sea válido y eficaz. Algunos autores, aun discuten cuales son tales ingredientes o componentes, discrepan además en la clasificación de los mismos, no obstante los clásicos del Derecho Administrativo, y en atención a la importancia de estos, los dividen en esenciales y en no esenciales o accidentales. Los esenciales son entonces aquellos que no pueden faltar, y que su

¹⁰⁴ Código tributario de El Salvador, de 1998; decreto legislativo numero 230, publicado en el diario oficial 241, tomo 349, del 22 de Diciembre de 2000

¹⁰⁵ Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador, Ministerio de Justicia, enero de 1994.

¹⁰⁶ Sala de lo contencioso administrativo, sentencia dictada el 28 de Octubre de 1998, Ref. 134-M-97.

¹⁰⁷107

¹⁰⁸ García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomas-Ramón; op. Cit. págs. 540 a 548.

ausencia produciría la ineficacia, invalidez o inexistencia del acto, según sea el elemento que faltare; para una mejor ilustración, conviene citar el Art. 1315 de nuestro Código Civil, sin perjuicio a que la aplicación de este Derecho, en temas de esta disciplina, es cuestionada. Son accesorios aquellos que no siendo esenciales concurren a voluntad de la Administración, y sirven para viabilizar la ejecución del acto, para hacer que surta efectos, o para que deje de surtirlos. Algunos autores sostienen que estos elementos solo pueden existir en los Actos Administrativos Bilaterales, no obstante yo sí creo que pueden concurrir en los Actos Administrativos en estricto sensu o Unilaterales; pero sí he de advertir que estos no pueden ser accidentales en aquellos Actos Administrativos regulados, es decir los dictados en el ejercicio de la potestad reglada. Nuestra sala de lo contencioso administrativo, ha dicho reiteradamente que el acto administrativo se encuentra configurado por una serie de elementos: Subjetivo, objetivos, y formales; los cuales deben de concurrir en debida forma para que el acto se constituya valido.¹⁰⁹ Los elementos formales condicionan su validez, los subjetivos y objetivos, su eficacia.

3.1 ELEMENTOS ESENCIALES:

Básicamente son los siguientes: a) Sujeto, b) Causa o Motivo, c) Objeto o Contenido, d) Forma, y e) Finalidad. En el citado proyecto de ley de procedimientos administrativos, desde el Art. 12 al 14, desarrolla el contenido, la forma y la motivación; como elementos del acto. Veamos cada uno de ellos.

a) **Sujeto o Elemento Subjetivo.** Por elemento subjetivo debe de considerarse tanto a la Institución Pública que lo va a dictar, como al Funcionario competente de la misma que en nombre de aquella lo emite. Dicho de otra manera, para que un Acto sea válido y eficaz, debe de ser emitido por la Institución Pública a quien le corresponda dictarlo, que sea de su competencia; y quien en nombre de la Institución lo haga, este investido para hacerlo, que tenga capacidad. A manera de ejemplo véase el Art. 4 del Código Municipal, que señala las atribuciones o competencias del Municipio, en relación a los Arts. 30 y 48 del mismo cuerpo legal,

¹⁰⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, sentencia dictada el 3 de Octubre de 1997, Ref. 45-V-96.

en los que se puede apreciar que las competencias del Municipio se pueden exteriorizar entre otros funcionarios, por medio de su Concejo Municipal, o de su Alcalde; de tal forma que una atribución del Municipio expresada por un Funcionario Municipal a quien no le corresponda, será inválida o ineficaz, por no estar investido de tal capacidad. Dicho de otra manera, significa, que tendríamos acá "dos" sujetos, por un lado el ente de la Administración Pública, y por otro, el Funcionario del mismo. El ente debe tener competencia orgánica y el Funcionario competencia Funcional.

Debe además considerarse, que para determinar competencia, existen diversos criterios, tales como el material, grado, cuantía, tiempo, y territorio; esto es importante, ya que pueden darse casos en donde una Institución pretenda regular una actividad, y carezca de competencia en razón de alguno de estos criterios. Por ejemplo, un Municipio no puede regular el transporte nacional, pero si puede regular el que circula dentro de su circunscripción territorial (criterio territorial). Es necesario decir, que la cuantía en materia de la Administración Pública no es un criterio importante, y que el criterio temporal, es válido generalmente para el Funcionario y no para la Institución, ya que el primero es generalmente permanente, y el segundo ejerce el cargo durante un período determinado de tiempo.

b) **Causa o Motivo.** Por ella deberán entenderse los presupuestos de hecho y de derecho que motivan al ente Público y/o al Funcionario a pronunciar su voluntad; o sea que son los justificativos del mismo acto. Por ejemplo en el Acto Administrativo de destitución de un empleado público, sería la imputación y comprobación de una conducta ilícita reconocida en la Ley, que para el caso podría ser la Ley del Servicio Civil, el motivo de separación del cargo, así se puede ver en los Arts. 52 y 54 de la mencionada Ley. Es importante la motivación, por que como se ha dicho, se relaciona con el ejercicio de la defensa de los administrados, y su ausencia, se sanciona en algunos casos con nulidad, así lo dispone por Ej. El Art. 106 de la Ley de Protección al Consumidor; disposición que se debe de ver en relación al Art. 1551 del C.C. La causa, elemento objetivo del acto administrativo, es la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita. La causa real

es la determinada por la ley, y el motivo es la intención del funcionario al emitir el acto.¹¹⁰

c) **Objeto o contenido.** Es la disposición, resolución, medida concreta o efecto práctico que el emisor del acto pretende lograr; es decir, es la declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio en qué consiste el Acto Administrativo. Este puede ser positivo o negativo. Dentro de este elemento, algunos autores, especialmente los españoles, distinguen un contenido esencial, y uno accidental; en este último incluyen la condición, término y modo; a los cuales más adelante se les tratará como elementos accidentales. Este contenido para que pueda surtir sus efectos debe de ser cierto, claro, preciso, y posible física y jurídicamente; y responder en función a los principios de proporcionalidad y congruencia con la causa o motivo del Acto. Se suele distinguir de un objeto o contenido natural, un contenido implícito, y uno eventual.

d) **Forma.** Tradicionalmente, se le da una acepción restringida, o sea solo a la exteriorización definitiva y concreta de la voluntad Administrativa constitutiva del Acto; y otra acepción amplia, que además comprende las formalidades, que son los requisitos o procedimientos que la Administración debe de observar en el proceso Volitivo de Formación del Acto. Dicho de otra manera, el elemento Formal, son los requisitos procedimentales que el ordenamiento Jurídico administrativo impone a la Administración para la elaboración y emisión del Acto. Este elemento formal, tiene dos componentes; el primero, son las formalidades, por las cuales hay que entender el proceso de elaboración del Acto; el segundo es la Forma, que es el medio o el modo de expresión del Acto, que podrá ser: escrito, oral, presunto, fenoménico o Mímico, o Automatizado. Hay forma referida a la instrumentación, como la escritura, fecha, firma, etc.; y de publicidad, como la notificación o la publicidad. Las formas de instrumentación pueden ser escritas, orales, o simbólicas. Vale decir que cuando es por escrito, según el Art. 1570 CC. Constituye el Acto un instrumento Auténtico, y por lo tanto se beneficia de la presunción de validez y de legitimidad. Dentro de este elemento, va inmersa la motivación del Acto, es decir que en el deben de constar las

¹¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, CSJ; sentencia del 28 de Octubre de 1998; ref. 134-M-97.

razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. Esto es importante, ya que permite al destinatario del mismo conocer y entender la voluntad de la administración, y en su caso, defenderse de ella. Es decir que con la motivación se pretende, que sirva como un mecanismo de control en favor del administrado, por que precisa con mayor certeza la voluntad de la administración, y así se puede persuadir al administrado; y sirve además como un instrumento de legitimación pública, es decir que se justifica la administración ante los administrados en general. Esta motivación debe de ser clara y sencilla. Se afirma que es inherente a la forma republicana de gobierno. La motivación puede ser¹¹¹ previa, concomitante, y ulterior; según preceda o no al acto; la regla general es que sea concomitante, pues facilita su conocimiento; excepcionalmente podrá ser previa, si se deduce de informes rendidos con anticipación al acto; y ulterior, con solo fines de sanear su ausencia, siempre que sea suficientemente razonada y desarrollada.

e) **Finalidad.** Llamado por otros, elemento teleológico o finalista. Obviamente la finalidad del Acto, estará severamente influenciada por la finalidad genérica de la Administración Pública: Que es la satisfacción del bien común o del interés público; pero no debe ser confundida con ella, ya que la finalidad del Acto, dependerá específicamente de cada uno de ellos, pero en términos generales no es más que lo que la Administración pretende lograr con la emisión del Acto, el cual como ya se dijo, y en base a los Principios de Adecuación y Congruencia, y al de Proporcionalidad; esto es, que la finalidad del Acto debe de estar orientada a hacer cesar la causa o motivo de su emisión, el cual debe de ser adecuado, congruente, y proporcional con ella. Por Ej., si la causa de emisión del acto, es la petición de un administrado, en la que este solicita se le autorice el funcionamiento de una industria; la finalidad, deberá de estar orientada a dar respuesta a la petición, ya sea concediendo la autorización solicitada o denegando la misma.

Algunos autores mencionan la moral como elemento esencial del acto, no la incluimos, porque ésta es un presupuesto básico dentro de la cual debe comportarse

¹¹¹ Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, Pág. 255, séptima edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1998.

toda la Administración Pública; en el marco incluso del principio de buena fe, que se supone rige tanto a la administración como a los administrados..

3.2 ELEMENTOS ACCIDENTALES.

A estos componentes, se les llama accidentales o voluntarios, porque su existencia depende única y exclusivamente de la voluntad o discrecionalidad del Titular del ente Público Emisor, quien en uso de sus facultades discrecionales decide incluirlos; ya sea para facilitar su ejecución, o para restringir sus efectos. (Véase lo que al respecto dice al Art. 1315 del Código Civil.)

Dentro de tales elementos, se encuentran:

La Condición, el Término, y el Modo. Algunos autores incluyen la Reserva de Revocación y la Reserva de Rescate, las cuales a mi manera de ver no son elementos accidentales, sino más bien naturales, ya que aunque no se diga que están incluidos, la Administración tiene siempre la facultad de dar por terminado el Acto, ya sea por Rescate o por Revocación, en los supuestos que para el caso corresponda.

CONDICION: Es un hecho futuro e incierto; por lo que al concurrir en un Acto, sería el sometimiento de los efectos de este, al acaecimiento de un hecho futuro e incierto. Significa que el Acto comenzará o cesará en sus efectos, según acontezca o no la condición; de ahí que se habla de Condición Suspensiva y Resolutiva, la primera es cuando los efectos del Acto comenzarán a ejecutarse, una vez acontezca la misma; y Resolutiva, cuando el Acto cesará en sus efectos una vez acontezca la condicionante. Debe de decirse que el incierto constitutivo de la Condición puede ser obra de la naturaleza o de un ser humano, sea este de la Administración Pública o del mismo Administrado. Vale considerar el Art. 1360 C.C. que podría ser aplicable en los Actos Administrativos Bilaterales (en lo que respecta a obligaciones, no al número de sujetos, pues este es unilateral desde esta perspectiva).

TERMINO. Es el lapso de tiempo que debe de transcurrir para que un Acto comience a producir efectos o cese de producirlos. De lo que se desprende que hay Término

Suspensivo y Término Resolutivo. Este elemento limita en el tiempo los efectos jurídicos del Acto. Debo decir, que este elemento, a mi Juicio, en los Actos Administrativos que tienen vigencia en el tiempo, es natural, y no Accidental; por ejemplo, en las Concesiones o Licencias; creo que su nombre adecuado, sería plazo, el cual puede ser determinado e indeterminado; a criterio de la administración, y considerando el monto de la inversión, la utilidad o rentabilidad proyectada, la utilización prevista, etc.

MODOS. Por ello debe entenderse como las formas o medios por los cuales el Acto debe ejecutarse, así por ejemplo, en un Acto Administrativo llamado Nombramiento, bien puede la Administración decir que el sujeto nombrado deberá presentarse a tales horarios, que deberá vestir de tal o cual manera, que realizara determinadas labores usando tales herramientas, etc.

Luego de comentar los elementos del Acto Administrativo, nos parece oportuno tratar las diversas clases de Actos que existen, sin pretender con ello agotarlas todas.

4) CLASIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Para abordar la Clasificación de los Actos, es necesario usar diversos criterios clasificadores; veamos algunos de ellos:

a) **Según el ente público que los dicta**, son actos administrativos de la Administración Pública Central, Actos Administrativos Municipales, y Actos Administrativos Institucionales. Los primeros son aquellos que dicta el conjunto de entes que integran el Órgano Ejecutivo; los segundos son aquellos que dictan cualquiera de los doscientos sesenta y dos Municipios nuestros; y los últimos son aquellos que dictan los entes descentralizados funcionalmente.

b) **Según su modo de expresión**, son expresos, tácitos, o presuntos. Expresos, cuando la Administración de forma clara e indubitable se pronuncia, generalmente lo hace por escrito, ello no implica que no pueda hacerlo verbal, mímica o automatizadamente. Tácitos o Presuntos, cuando la administración Pública no se pronuncia materialmente, y su actividad da a entender que esta ha emitido un Acto.

Los que se producen como consecuencia del mero transcurso del tiempo o por la falta de manifestación clara de la Administración; siempre y cuando haya mediado una petición del Administrado. (Véanse los Artículos tres literal b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación al veintiséis inciso ultimo del Código Tributario, que se refieren a este tipo de actos.)

c) **Según el número de destinatarios**, son singulares, Plúrimos y generales. Singulares cuando los efectos del acto van dirigidos a una sola persona, sea esta Natural o Jurídica. Plúrimos, cuando van dirigidos a una pluralidad de personas concretamente determinadas. Y Generales, aquellos que no tienen ni individual ni pluralmente determinados sus destinatarios.

d) **Según su posibilidad genérica de impugnación**, se clasifican en firmes y no firmes. Firmes los que no son impugnables en vía Administrativa, ya sea por no haber recurrido de ellos en el plazo establecido; o por haber agotado todos los recursos posibles. No firmes, son aquellos que aun conservan la posibilidad de recurrir, sea en la vía Administrativa o en la Judicial. Vale decir, que cuando el acto es firme por no haber recurrido, su firmeza es formal; y cuando es firme por haber agotado todas sus vías de impugnación, su firmeza es formal o material. Esta clasificación es importantísima para los Actos Desfavorables o Restrictivos de Derechos. Excepcionalmente los actos administrativos de tramite, son impugnables; solo en los casos en los que generen indefensión o perjuicio irreparable al administrado, los que decidan indirectamente el fondo de lo controvertido, y los que impiden continuar con el procedimiento.

e) **Según su impugnabilidad en vía Administrativa**, se clasifican en Actos Administrativos que causan estado, y Actos Administrativos que no causan estado; los primeros son aquellos que agotan la vía administrativa, y por lo tanto ya no se pueden impugnar; los segundos son aquellos de los cuales el afectado puede impugnarlos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

f) **Según sea el nivel del procedimiento en el que se dicten**, son de trámite o de sustanciación y definitivos. De trámite los que se dictan por la Administración con el

ánimo de reunir elementos a fin de resolver determinado asunto; no pueden contener decisión del fondo del asunto.- Definitivos, los que una vez concluido el procedimiento, resuelven el asunto ventilado en el mismo. (A esta clasificación hace alusión el Art. veinte del Código Tributario.) A los primeros pertenecen los actos de comunicación, en los que se encuentra inmerso el principio finalista del acto, ya que con ellos la administración pretende dar a conocer determinadas situaciones a sus destinatarios, a fin de que se respete en ellos el derecho de audiencia, pues posibilitan la intervención de las partes en los procedimientos administrativos, para que hagan valer en ellos sus derechos constitucionales o legales que les asisten.

g) **Según sea su contenido**, son favorables o desfavorables o de gravamen, favorables los que benefician al administrado, esto debido a que éste, en uso del Derecho de Petición o de Defensa, hacen solicitudes a la Administración. Desfavorables, aquellos que implican una sanción, gravamen, prohibición, restricción, u obligación en los Administrados.

h) **En atención a sus destinatarios**, son externos e internos; los internos son aquellos que se dirigen única y exclusivamente a los propios agentes de la organización donde el acto se tomo, o que solo afecta a su propio aparato organizativo o funcional; y son externos, cuando el juicio, deseo, o juicio; trasciende este ámbito interior, son externos.

i) **Según el administrado haya o no consentido el acto**, hay consentidos y actos no consentidos o impugnados; los primeros son aquellos en los que el destinatario una vez notificado de la existencia del acto, deja pasar el tiempo o los términos para impugnarlo, y no lo hace; por lo que se configura el consentimiento tácito; o cuando realiza determinado comportamiento o pronunciamiento, tendiente a expresar inequívocamente su conformidad; esto es lo que se denomina consentimiento expreso, como cuando procede a pagar una multa que le ha sido impuesta. Y son actos no consentidos, aquellos sobre los cuales el administrado a recurrido, expresando en el libelo del recurso, su no consentimiento.

j) Según se dicten o no en ejercicio de la potestad reglada o discrecional: Son reglados o discrecionales. Los primeros ponen incluso en duda la definición misma de acto administrativo, pues si es una expresión de voluntad, deseo o juicio de la administración; estos son dictados en atención a las competencias que el legislador le ha pre establecido, parecieran mas actos dictados por voluntad del legislador que de la administración; los discrecionales son los más abundantes, pues los dicta la administración en el ejercicio de ese margen de liberalidad o de libertad que al funcionario le deja la ley, a fin de que escoja entre varias posibilidades igualmente validas, cual habrá de seguir.

Debo además de decir, que existen los llamados actos administrativos irregulares, y no son mas que aquellos a los que le falta de forma total o parcial uno o varios de sus elementos; afectándose así en su validez o eficacia; pero que por gozar de presunción de legalidad, se debe de promover su declaratoria de ilegalidad, ya sea de oficio por la misma administración, revocándolo si no ha surtido efectos, o por medio del proceso de lesividad si ya está surtiendo efectos; o a petición de parte, bien sea en sede administrativa o judicial.

Lo anterior como se dijo, es solo un grupo de las tantas clasificaciones; existen muchas más. Pasamos ahora a comentar, las características del Acto Administrativo.

5) CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

Hablar de las características del acto Administrativo, es referirse a las notas o datos distintivos o diferenciadores de este con otros conceptos del Derecho Administrativo, en el entendido que este es válido y eficaz. Sobre el particular, la Doctrina básicamente señala dos características: Presunción de legitimidad, y ejecutoriedad; paso ahora a comentar cada una de ellas.

a) UNILATERALIDAD: El acto administrativo lo dicta únicamente la administración publica, sin perjuicio a que el administrado motive su emisión; pero en este ultimo caso, el sentido u objeto del acto es decisión exclusiva de la administración.- El

particular, en el ejercicio del derecho de petición,¹¹² motivara o solicitara que la administración dicte determinados actos, y la administración solo esta obligada a hacerle saber lo resuelto, no a resolverle favorablemente. Cuando el administrado sea quien pida la emisión del acto, debemos de considerar que esa petición formara parte de la causa o motivo del acto mismo.

b) PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD. Tal carácter es consecuencia del principio de legalidad de la Administración Pública, recuérdese que este principio dispone que toda la actuación de la Administración Pública deba estar sometida al estricto respeto del ordenamiento jurídico administrativo Art. 86 Cn. Es la presunción de legitimidad, un mecanismo de protección del Acto, y quiere decir que salvo declaración en contrario, se presume que el Acto reúne todos sus elementos, que es perfecto, y por lo tanto válido y eficaz. Significa que una vez el Acto es dictado, se considera legítimo, y que tal legitimidad no necesita ser declarada, sino por el contrario, para desvirtuar tal presunción es necesario que expresamente la misma Administración por medio de la revocación por razones de legitimidad lo diga; o la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia a petición del Administrado o la misma Administración, y siguiendo el proceso respectivo, emita una resolución Judicial que anule el Acto.

Debe considerarse que un acto puede dictarse en respeto absoluto al ordenamiento Jurídico, y con el transcurso del tiempo le puede sobrevenir algún vicio, sea por modificación del ordenamiento jurídico o por no responder ya a los hechos que lo motivaron. Asimismo es necesario aclarar que un Acto se presume legítimo cuando ha cumplido con todos sus requisitos intrínsecos necesarios para su emisión; que le da validez al mismo. Significa que si el Acto no es retirado por ilegitimidad, surte sus efectos. Algunos autores, sostienen que esta presunción solo protege a los actos administrativos, siempre y cuando estos no estén afectados de vicios de nulidad radical o absoluta; personalmente creo, que debe de beneficiar a todos los actos, independientemente del vicio que se les pueda atribuir.

¹¹² Constitución de la República de El Salvador; 1983; Reformada, art. 18.

c) EJECUTIVIDAD: Es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad, y el deber de cumplir el acto a partir de su notificación; esta es sinónimo de eficacia, que se origina en el cumplimiento de todos los requisitos relacionados a la existencia del acto. Es una característica sustancial del mismo. Es la sola posibilidad de hacer cumplir el acto administrativo, en caso de que el particular no proceda a darle voluntario cumplimiento.

d) EJECUTORIEDAD: Se define como una potestad o privilegio de la Administración Pública de ejecutar o hacer cumplir por sí misma y por sus propios medios el Acto dictado, en caso que el Administrado se niegue a cumplirlo voluntariamente. Está relacionado con la eficacia del acto, bajo el supuesto que la Administración ha cumplido con todos los requisitos extrínsecos exigidos para el Acto, y poder así ejecutarlo, hacerlo desplegar sus efectos. Dicho de otra manera, es la facultad de la Administración de poder ejecutar los Actos de forma Oficiosa, sin mediación del Órgano Judicial y sin el consentimiento del afectado. Esta ejecutoriedad puede ser directa o inmediata e indirecta, o propia e impropia; dependiendo de la clase de acto de que se trate. Así la ejecutoriedad puede ser administrativa, por regla general; pero puede excepcionalmente ser judicial, como cuando es necesario hacer ejecutivamente el cobro de una multa, o cuando se acude al juez a promover una expropiación.

Para darle vivencia o aplicación a esta característica, es necesario decir que no todos los actos se aplican de forma inmediata, ya que existen unos que requieren de un lapso de tiempo para su ejecución, y estamos entonces en los supuestos de eficacia demorada o de retroactividad. En los supuestos de eficacia demorada quedan comprendidos el hecho de que la ejecución del acto en razón de su contenido, exija un cumplimiento prolongado o porque su eficacia requiera de publicación, notificación, rubricación, o aprobación posterior. Estos supuestos condicionan la eficacia del acto hacia el futuro. Los supuestos de eficacia retroactiva, prevén una aplicación del Acto hacia el pasado, y esto es sólo cuando sean actos anulatorios, es decir cuando el nuevo acto sustituye al anterior, y además en los casos de que el nuevo Acto sea más favorable al Administrado, y que no lesionen

derechos subjetivos de terceros; -esto como consecuencia del Art. 21 de nuestra Constitución.¹¹³ -. Se suele hablar de ejecutoriedad propia e impropia. Propia, cuando por sí sola lo ejecuta; impropia, cuando para su ejecución, necesita colaboración de la Administración Judicial.

Otros autores agregan como características del acto, el ser una declaración de voluntad, deseo, de conocimiento o de juicio; la unilateralidad, fiscalizable, singular y concreto;¹¹⁴ creemos que habrán casos en donde se puede cuestionar si es o no deseo o juicio de la administración o del legislador, como dejamos planteado en el caso de los actos reglados. Además se suelen agregar como características la tipicidad, la imperatividad, la estabilidad, la impugnabilidad, y la irretroactividad.¹¹⁵

No debemos concluir el presente apartado, sin comentar rápidamente las causas de terminación del Acto Administrativo. Veámoslas.

6) CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL ACTO.

Por causas de terminación del Acto deben entenderse aquellas circunstancias que hacen cesar o extinguen los efectos del mismo; y dentro de éstas tenemos varias, tales como:

Cumplimiento del plazo, Cumplimiento del objeto, Revocación, Caducidad, Declaratoria de Nulidad, Rescate, Acontecimiento de la condición o del Término resolutivo; entre otras; de los anteriores, solo comentare el Rescate, la Revocación, la Nulidad, y la Caducidad.

a) EL RESCATE. Es un mecanismo de aplicación a cierto tipo de Actos, básicamente a los que tienen vigencia en el tiempo o de tracto sucesivo, y que están referidos directa o indirectamente a la prestación de los servicios Públicos. Es una medida que adopta la Administración a efecto de extinguir por razones de

¹¹³ Sala de lo Contencioso Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de Agosto de 1993.

¹¹⁴ Gamero Casado, Eduardo; El Acto Administrativo, Pág. 7, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador; 2001.

¹¹⁵ Silva Cimma Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado; editorial jurídica de Chile, Págs. 115 a 120; Santiago de Chile, Chile; 1995.

oportunidad, merito o conveniencia ciertos actos administrativos; pero implica que la actividad rescatada la realiza la propia Administración, y supone indemnización al administrado.

b) **REVOCACIÓN.** Es una potestad de la Administración, de hacer cesar por razones de legitimidad, merito o conveniencia los efectos de un Acto Administrativo. La revocación por razones de oportunidad, merito o conveniencia, está basada en la obligación que tiene la Administración de satisfacer exigencias actuales, y no previstos en el Acto a Revocar; y que sean de interés Público. Lo puede hacer en cualquier tiempo, y genera obligaciones de la Administración ante el particular, cuando con ella se le ha causado agravios. La Revocación por razones de ilegitimidad, es la que está motivada porque el acto a revocar, fue dictado en contravención al ordenamiento jurídico respectivo; sin embargo, esta potestad le asiste a la Administración siempre y cuando el acto no haya adquirido cosa juzgada, y que de él no se hayan desprendido derechos en favor de los Administrados; por lo tanto, si el Acto ya es firme, o hizo surgir derechos en los Administrados, la Administración tendrá que hacer uso del proceso de lesividad para retirar del ordenamiento jurídico este Acto.¹¹⁶ La administración no está facultada a revocar oficiosamente los llamados actos favorables.

c) **NULIDAD.** Implica que, bien el Administrado o la misma Administración, han acudido a la Jurisdicción Contenciosa a atacar un Acto Administrativo, por atribuirle al mismo vicios que lo hacen invalido e ineficaz; pues se presume legitimo, y solo se desvirtúa tal presunción mediante el proceso contencioso administrativo; o que la misma administración lo declare ilegal por medio de la revocación, o siga el proceso de lesividad si el acto ya está surtiendo efectos. Debe de decirse que un acto puede

¹¹⁶ En sentencia numero 8-T-92-.98, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ dijo: “como es sabido, la Administración Pública no se encuentra facultada para revocar oficiosamente los llamados actos favorables. Al considerar que se ha emitido una resolución ilegal, debe por expresa disposición legal (Art. 8 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) acudir a la jurisdicción contenciosa en vía de lesividad, para que sea el Tribunal quien revise la legalidad de esos actos.”

estar afectado por vicios de Nulidad Radical, vicios de anulabilidad, o Simples vicios. La Nulidad Radical, o Nulidad de pleno derecho tiene su base legal en el Art. 1553 del Código Civil, el cual aplicándolo a nuestro tema sería que un Acto es Nulo, si es dictado por un Órgano manifiestamente incompetente, los que son contrarios a la Constitución, los que tengan contenido imposible, los que sean Constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta, los que se dicten prescindiendo de las formalidades, los que exijan más requisitos o restrinjan derechos que los exigidos o restringidos por la Ley; y los que la Ley expresamente así lo declare, Ej. Art. 106 de la LPC.

En el caso de los vicios de mera Anulabilidad, requieren a juicio de algunos autores, que la parte afectada los alegue, y compruebe en sede jurisdiccional tal defecto para que el acto sea retirado del ordenamiento jurídico; un ejemplo de vicio de mera anulabilidad sería el caso que en una licitación, la obra o servicio licitado le sea adjudicado a alguien que no reúne todos los requisitos. Los simples vicios no generan nulidad, y bien puede la Administración corregirlos, ya que cuenta con mecanismos de subsanación del acto, como por ejemplo se anula parcialmente un acto definitivo, pero cabe la posibilidad de que se mantengan los actos de trámite que llevaron a dictar el primero, ya que el vicio solo afectará a los actos posteriores y no a los anteriores; además existe la invalidez parcial; esta es posible en los actos que contienen más de una decisión, es decir; en los actos complejos, y siempre que las decisiones sean independientes; se puede además convalidar un acto, cuando en virtud de un nuevo acto se subsanan los vicios del anterior, esto solo es posible en los vicios de mera Anulabilidad, y no produce efectos retroactivos; por otro lado el acto viciado, puede ser subsanado por el destinatario, por ejemplo con la interposición de un recurso subsana una mala notificación; o cuando paga una multa que no hubiese sido impuesta adecuadamente. En el proyecto de ley de procedimientos administrativos antes citado, se presentan los casos de nulidad absoluta, Art. 22, y relativa, Art. 23; en incluso presume ilegales los actos dictados en desviación de poder, Art. 24.

d) CADUCIDAD. Es una sanción que la Administración impone al administrado, en vista de que el particular receptor del Acto, lo ha incumplido. Terminología confusa, ya que se habla de caducidad, cuando a la administración o al particular se le han conferido derechos, y estos han dejado transcurrir el tiempo que para su ejercicio la ley les confiere; lo que a su vez, a juicio de otros autores, es prescripción extintiva.¹¹⁷

Veamos ahora lo concerniente a los recursos materiales con los que cuenta la administración pública central o descentralizada, o cualquiera que sea su forma de organización; para llevar a cabo sus fines.

VI) DOMINIO PÚBLICO:

Generalidades. Todos los sujetos de derecho, ya sean naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas; para la consecución de sus fines necesitan de recursos; y referirse al dominio público, es mencionar los recursos materiales o líquidos propiedad del Estado u otro ente público. Nuestra constitución trata este tema con el nombre de hacienda pública;¹¹⁸ e incluye los créditos activos y los derechos derivados de las normas tributarias vigentes; e incluye como contra partida de lo que yo llamaría activos, a las obligaciones a cargo del estado, que yo llamaría pasivos; por lo que al analizar los mismos, concluyo que el término adecuado debe de ser patrimonio. En ese orden de ideas, trata el Código Municipal, la llamada hacienda pública municipal;¹¹⁹ código que divide los bienes municipales en de uso público municipal, y de uso fiscal del municipio; y además caracteriza de inalienables e imprescriptibles¹²⁰ los bienes municipales de uso público. Por razones personales, tratare de abordar únicamente los bienes muebles y raíces. El Estado tiene bienes de diversas naturalezas, y sobre ellos este ejerce diferentes tipos de

¹¹⁷ Sala de lo contencioso administrativo, caso número 88-D-2002-2004: dijo: Los contratos administrativos en general pueden terminar por dos distintas razones: 1) cesación de sus efectos; y, 2) extinción; en el primer supuesto el contrato termina normalmente, y en el segundo concluye en forma anormal. Los contratos regulados por ley se extinguen a su vez por caducidad, por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, por revocación, por rescate, y por las demás causas que se determinen contractualmente.

¹¹⁸ Constitución de la República de El Salvador, 1983, reformada; art. 223.

¹¹⁹ Art. 60 Código Municipal de El Salvador, 1986, reformado.

¹²⁰ Art. 62 Código Municipal de El Salvador, 1986, reformado.

usos; emite reglas o normas que regulan los mismos, etc. Este tema este relacionado con el territorio sobre el cual el Estado ejerce jurisdicción y soberanía.

Dominio, según el Art.568 del C.C.¹²¹ la expresión dominio implica: Uso, goce y disposición de un bien. Es referirse al derecho que una persona tiene para usar, gozar y disponer de sus bienes, sin más restricciones que el ordenamiento jurídico respectivo le imponga¹²². Es decir, es un derecho que se ejerce sobre el patrimonio, entendiendo este no como atributo personal, en el que concurren los derechos y obligaciones de una persona; sino como la suma de bienes de cualquier naturaleza, que la persona tiene; junto con sus obligaciones o deberes traducibles económicamente. Existe en función a quien es el titular del bien, lo que se llama dominio privado y dominio público, este ultimo puede ser fiscal o de uso público. Paso a plantear este.

Dominio Público, según el Art. 571 C.C¹²³. es el uso, goce, y disposición que el Estado y las instituciones públicas ejercen sobre los bienes de su propiedad. Uso y goce que lo puede ejercer el ente público titular, o los particulares. Si son los particulares los que usan y gozan los bienes, estamos en presencia de los bienes nacionales de uso público; en los que el titular solo tiene la disposición. Si es el titular del bien el que tiene el uso, goce y la disposición, estamos en presencia de los llamados bienes nacionales de uso exclusivo del Estado o bienes Fiscales. Los que son de uso público se rigen por un ordenamiento jurídico diferente a los llamados fiscales. Referirse entonces al Dominio Público, es referirse a una parte importante del patrimonio del Estado, del municipio, o de instituciones descentralizadas. Digo una parte, ya que el patrimonio del Estado u otro ente público está integrado por sus bienes (Dominio Público), derechos y obligaciones susceptibles de ser valorados económicamente. La expresión patrimonio suele confundirse o asimilarse a la de hacienda pública.¹²⁴ Hay entonces bienes nacionales de dominio público, y bienes

¹²¹ Código Civil de El Salvador, de 1860; reformado.

¹²² Art. 22 Constitución de la Republica de El Salvador, 1983, reformada.

¹²³ Código Civil de El Salvador de 1860, reformado.

¹²⁴ Art. 223 de la Constitución de la Republica, y 60 del código municipal.

nacionales de dominio privado. Los primeros no se pueden asimilar a los bienes que son res nullius, puestos no son de nadie; pero los de dominio público son del Estado.

Interesa fundamentalmente, tratar los bienes nacionales de uso público; ya que estos gozan de especiales características, como lo son la inalienabilidad, imprescriptibilidad,¹²⁵ publicidad posesoria, potestad de deslinde, potestad de investigación (para efectos de resguardo), potestad de recuperación oficiosa; entre otras. Algunas de las cuales son de más fácil apreciación en los inmuebles, lo que no significa que no se apliquen a los muebles. Los rige un ordenamiento jurídico público, en donde sobresale la preeminencia del interés público sobre el particular; establece limitantes al derecho de propiedad de los particulares, tales como la expropiación forzosa, las servidumbres, ocupación temporal, entre otras.

El ente público, y con el fin de satisfacer sus propias necesidades o las de la colectividad, y al serle insuficientes sus bienes, puede adquirir los de propiedad ajena, ya sea con el ánimo de apropiación total o parcial, temporal o definitivamente. Existen para este caso, diversos modos de adquirir los bienes por parte del Estado, según este haga uso o no de su capacidad de imperium o de soberanía, se clasifican estos modos en de Derecho Privado y de Derecho Público.

Las formas privadas, son aquellas en las que el Estado o ente público se despoja de esa prerrogativa de actuar con el poder de imperium, y lo hace en condiciones de igualdad frente al particular; mecanismos que pueden estar orientados a la adquisición permanente o a la ocupación temporal; así por medio de la compraventa, definida en el Art. 1597 del C.C. adquiere previo acuerdo y a cambio de un precio el dominio de una cosa; por medio de la permuta, definida en el Art.1687 del C.C.; adquiere a cambio de la entrega de una cosa, el dominio de otra, con la que se mira como equivalente; la que puede ser regular e irregular según si los bienes intercambiados son o no equivalentes; a través de la anticresis, regulada en el Art. 2181 del C.C., además puede adquirir el dominio de las cosas por herencia,

¹²⁵ Art. 1488 Inc. 2º. del Código Civil y 62 Código Municipal.

regulada en el Art. 988 Ord. 7° C.C.; por prescripción adquisitiva, tal y como lo plantean los Arts. 2231 al 2237 del C.C.

Ocupa temporalmente las cosas ajenas, muebles e inmuebles mediando arrendamiento, regulado en los Art.1703 del C.C. y Arts. 22 lit. e, y 149 de la LACAP. – También ocupa temporal o permanentemente y de forma parcial los bienes ajenos por medio de la servidumbre voluntaria. Mecanismos que generalmente son onerosos.

Las formas o mecanismos de derecho público, por medio de los cuales el Estado u otro ente público adquiere el dominio de las cosas ajenas, son: Por expropiación, prevista en el Art. 106 de la Constitución de la Republica, en la Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado; Arts. 138 y siguientes del Código Municipal, Art. 14 de la Ley de Mercados de la Ciudad de San Salvador; mecanismo que exige la concurrencia de varios elementos, tales como: Los sujetos, dentro de los que están el sujeto activo o expropiante, el sujeto pasivo o expropiado, y excepcionalmente aparece el beneficiario, cuando la expropiación ha sido motivada por un ente publico que carezca de competencia expropiatoria; el objeto a expropiar, que puede ser un bien mueble o inmueble, o un derecho; la causa de la expropiación, que debe de ser una utilidad publica o interés social; un proceso o procedimiento que sirva de instrumento para dirimir o acreditar la causa que la motiva; la indemnización o pago de la indemnización, la que puede no ser previa, generalmente dineraria, pero puede ser a plazo, e incluso faltar; y además debe de existir un elemento teleológico, que estará relacionado a la consecución del bien común local o nacional. La expropiación puede ser regular o irregular, total o parcial, administrativa o judicial. En este caso, se debe de tener en cuenta el derecho de retrocesión que tiene el administrado, ya sea por que la administración expropiante usa el bien expropiado para fines distintos que la motivaron, o por destino frustrado de la utilidad pública, o por haber transcurrido el plazo que se fijo para la ejecución de la obra pública que motivo la expropiación, y no se ejecuto.¹²⁶ Por confiscación, que según el Art. 106 Cn. y por razones de moral pública está prohibida;

¹²⁶ Dromi Roberto, Óp. Cit. Pág. 718 y art. 27 de la Ley de Expropiación y Ocupación de bienes por el Estado.

generalmente es una sanción accesoria administrativa o hasta política; en donde no hay procedimiento ni pago.- Por requisa, la que consiste en un acto por medio del cual un órgano de la administración impone a un administrado o particular, en base al interés general, la obligación de transferir la propiedad del mismo o el uso de una cosa mediante una indemnización; esta puede ser de uso, de consumo, o en propiedad; tiene causas emergentes y/o militares. Es más simple, y menos garantista que la expropiación; por ello es menos utilizada.¹²⁷ Por comiso, mismo que es una pena accesoria, que faculta al Estado, luego de haber encontrado culpable al administrado, a apropiarse del bien producto de la contravención, o instrumento para cometerlo.¹²⁸ Por secuestro, regulado en el Art. 284 del C. Pr.Pn.¹²⁹ Es una medida cautelar, que faculta al Estado, a ocupar temporalmente el bien, misma que está motivada por necesidad del estado, sino con fines de investigación judicial, es una medida cautelar; y una vez cumple sus fines, se devolverá al propietario a la brevedad posible, así lo dispone el Art. 287 del mismo código; pero si el particular es encontrado culpable, o el bien es de ilegítima tenencia, o lo destruye el estado o se lo apropia, declarando el comiso sobre este; también puede servir para dirimir conflictos entre dos o más partes, Art. 2006 y siguientes del C.C. Por servidumbre pública o forzosa, no integra el dominio público, implica una ocupación parcial y temporal del bien; pero no se ejerce propiedad, pero si se puede transferir; es un gravamen que voluntaria o forzosamente se impone a la propiedad particular.

Sobre los bienes nacionales de uso público, pueden darse dos clases de usos, los cuales presentan sus propios caracteres o rasgos diferenciadores; veámoslos:

a)El uso común, normalmente es gratuito, ya que los usuarios no suelen pagar directamente por su uso, y aun cuando lo hacen, el importe que se cobra es casi simbólico, no alcanza a cubrir los costos de funcionamiento o de mantenimiento; se suele hablar de precio público, privado, y mixto; es público en los supuestos

¹²⁷ Díez, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, Tomo II; Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980, pág. 297.

¹²⁸ Díez, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, Tomo II; Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980, pág. 226.

¹²⁹ Código Procesal Penal Salvadoreño, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

planteados; privado, cuando le reporta al titular un beneficio o rentabilidad por permitir el uso; e híbrido, cuando solo se cubren los costos de funcionamiento, si que reporte ganancias. Además el uso común es indeterminado en el espacio e indefinido en el tiempo, ya que el uso se permite en casi toda el área del bien, sin relimitación previa; y sin restricciones de tiempo, salvo los horarios de funcionamiento establecidos previamente por la institución reguladora o administradora del mismo. También es un derecho subjetivo, por que se concede a los administrados en el ejercicio de derechos que estos tienen ante la administración, y como consecuencia no se les puede negar su uso; además es general, por que a este tipo de uso, tienen acceso todos los administrados que cumplan los requisitos reglamentarios para el uso, e igualitario, por que la administración, debe de permitir el uso en igualdad de condiciones, sin hacer discriminaciones.

b) El uso privativo, por el contrario, normalmente es: Individual, puesto que se concede a una o varias personas individualizadas; facultativo, en tanto que el interesado lo gestiona ante la administración, y esta es quien decide si lo concede o no; precario, por que el administrado a favor de quien se concede no adquiere derechos oponibles a la administración, ella puede dejarlo sin efecto si así lo considera conveniente; oneroso, puesto que el usuario siempre debe de pagar por el uso que le es concedido o autorizado; interés legítimo, ya que el administrado lo pide en ejercicio de un interés y no de un derecho subjetivo; determinado, por que se establecen los límites o áreas del bien sobre el cual se autoriza; definido en el tiempo, ya que se concede por un periodo o plazo concreto; y compatible con el uso general, ya que debe de contribuir con el fin general que la administración persigue con el bien mismo.

Para incorporar o sustraer un bien del dominio público, el titular de este hace uso de dos figuras, tales son: La afectación y la desafectación, la primera significa incorporar un bien propiedad del ente público (fiscal) al uso público; la segunda, significa lo contrario, es decir, sacar un bien de la demanialidad (del uso público) e incorporarlo al uso exclusivo del titular (fiscal). Ambas pueden ser formal, cuando requiere de un acto, sea este administrativo o legislativo; e informal o de hecho,

cuando es por medio de hechos de la Administración o de la naturaleza¹³⁰. Los bienes inmuebles nacionales de uso público, solo pueden ser desafectados por medio de decreto legislativo. No se puede considerar afectación al uso público, cuando provisional y temporalmente un bien por razones de urgencia o emergencia se incorpora o se sustrae al o del uso público; como cuando se esta reparando un calle y se impide su utilización para realizar las obras de mantenimiento o reparación; y se habilita un paso provisional.

Vale decir, que el Estado (en su amplia concepción) posee una gran variedad de bienes, sean estos muebles o inmuebles, naturales o artificiales, fiscales o de uso público; nacionales, municipales e institucionales, presentes o futuros; todos los cuales son normalmente administrados por su titular, quien regula las condiciones de uso de los mismos, cualquiera sea el tipo de uso, y el tipo de bien de que se trate, a fin de garantizar su buen cuidado y conservación o mantenimiento; por lo que el particular que los usa, en el caso del uso público, deberá de cumplir los requisitos y/o condiciones que para su uso se han impuesto. Puede darse el caso que el titular del bien otorgue a un particular el bien en concesión, en cuyo caso en esta se establecerán las obligaciones del concesionario y las de el usuario del bien; siempre procurando su buen uso y conservación.

Pasemos ahora a estudiar un poco acerca de los servicios públicos, como actividades por medio de las cuales la administración pública procura satisfacer necesidades públicas.

VII) SERVICIOS PUBLICOS: GENERALIDADES

1) **Definición:** Escribir acerca de los servicios públicos, es referirse a uno de los más apasionados temas de Derecho Administrativo, porque es la forma mas concreta con los que la administración publica sirve a los administrados. Se creía que era la total actividad de la administración pública. Los clásicos administrativistas sostenían que el derecho administrativo, era el derecho de los servicios públicos. Implican una prestación en beneficio de un grupo social determinado; que bien la realiza el Estado

¹³⁰ Es ejemplificativo de esta figura el Art. 62 del Código Municipal de El Salvador.

directamente, por medio de la Administración Pública central o descentralizadamente; o valiéndose de la colaboración del sector privado, a quienes les otorgara concesiones para su prestación.¹³¹

La concesión parte del hecho de que la administración pública tiene el monopolio o principio de exclusividad en la titularidad para realizar ciertas actividades de interés general, como por ejemplo los servicios públicos; pero decide otorgar a un ente privado la posibilidad de realizarlas o prestarlos. Las formas de materializar la concesión es a través de la suscripción de un contrato; por lo que debemos de diferenciarla de las meras autorizaciones o permisos, las que tienen cierta precariedad ante la administración, pues puede revocarlos por merito o conveniencia. En ambos casos, servicio público es una prestación realizada directa o indirectamente por el Estado, con el fin de satisfacer en un grupo social determinado, una necesidad pública insatisfecha; debe tenerse en cuenta, que una de las razones de ser del Estado u otro ente público integrante de la administración pública, es el logro del bien común, tal y como lo dispone el Art.1 de la Constitución de la Republica, fin que pretende lograr a través del ejercicio de la función administrativa, particularmente por medio de los servicios públicos.

2) Elementos de los Servicios Públicos: De la anterior concepción, se desprende que un servicio público debe tener los siguientes elementos: a) Sujeto, quien presta el servicio y quien lo recibe; y en caso de ser prestado por los particulares, tendríamos como sujetos al concesionario, que es quien lo presta, al usuario; este se puede llamar indistintamente, según el tipo de servicio, por ej. en materia de telecomunicaciones se le llama abonado o usuario final¹³²; no se debe entonces confundir el usuario final con los intermediarios de los servicios; y al ente regulador del servicio; este último sujeto es indispensable en el segundo supuesto, e importante en el primero; sus funciones son equilibrar la relación desigual entre el operador y el usuario, a fin de no impedir la libre competencia, ni desproteger a los usuarios; sobre el funcionamiento o rol de este tercer sujeto, se ha comenzado a tejer el denominado Derecho Regulador, puesto que procura la institucionalización

¹³¹ Art. 130 lit. b y 132 bis de la LACAP.

¹³² Art. 3 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

de una estructura que permita su funcionamiento, y el descubrimiento o replanteamiento de sus propios principios, como los de participación, transparencia, previsibilidad, independencia, responsabilidad; etc. Este ente regulador tiene entre otras, las siguientes características: Capacidad técnica, continuidad, imparcialidad, flexibilidad. Este ente regulador, debe ser parte de la estructura administrativa del Estado, pero sin dejar de considerar, la importante función de control que ejercen los que pertenecen a los sectores sociales, como las ONGs. Que se dedican a esto. y

b) Objeto, es la gestión, la actividad o prestación con que se satisface la necesidad pública; es decir que el objeto es la prestación misma; c) Causa, es la existencia de una necesidad pública insatisfecha, que puede ser nacional, local o sectorial; d) El elemento normativo, es decir, el conjunto de normas jurídicas que regulan la prestación, que van desde la Constitución de la República, Tratados relacionados al tema, Leyes, Reglamentos, Ordenanzas Municipales, y demás normas vinculadas; e) Finalidad: alcanzar la satisfacción de la necesidad pública insatisfecha, satisfacer la necesidad que lo motivo; f) Precio, tarifa o tasa; es la remuneración que el usuario paga al que presta el servicio, el cual puede ser un precio público, privado o mixto; según la rentabilidad de quien lo presta. Debe además de considerarse la tasa que paga el concesionario al concedente por la respectiva concesión. Vale decir que según la ecuación o relación financiera entre el usuario y el operador del servicio se perfecciona cuando se recibe la prestación del servicio, momento desde el cual surge la obligación de pagar por él.¹³³

3) Clasificaciones de servicios públicos:

a) Según el tipo de necesidad que satisface, se clasifican en esenciales o primarios, y en no esenciales o secundarios; los primeros son aquellos básicos e indispensables para la subsistencia del grupo social que los recibe; y los segundos son aquellos que contribuyen a mejorar el nivel de vida de la población.

b) Según el sujeto que los presta, se clasifican en propios o directos e impropios o indirectos; los primeros son los que presta directamente la administración pública

¹³³ Sala de lo Contencioso Administrativo CSJ, sentencia del 20 de Marzo de 1997, Ref. 17-T-96.

central o descentralizada, y los segundos son los que presta el particular previa concesión, autorización o permiso que este recibe de parte de la administración.

c) Según sea continua o no la prestación, estos se clasifican en: Permanentes, Intermitentes y Accidentales; los primeros son aquellos que independientemente que el usuario haga uso efectivo de la prestación, esta está disponible para ellos, es decir, la prestación no sufre ningún tipo de interrupción; los segundos son aquellos que se prestan previa programación en el tiempo y en el espacio; y los Accidentales son los que se prestan única y exclusivamente cuando la necesidad se presenta; de los permanentes por ejemplo tenemos, el suministro de energía eléctrica, el de telefonía; entre otros; de los intermitentes tenemos como ejemplo el de recolección de basura; y de los accidentales el de rescate o auxilio que presta el cuerpo de bomberos.

d) Según la naturaleza de la prestación, los hay administrativos,¹³⁴ registrales, de salud pública, transporte, educativos, etc.

4) Características: Como distintivos o rasgos diferenciadores, los servicios públicos tienen las siguientes características: i) Continuidad, significa que el servicio público no debe sufrir interrupciones, salvo cuando la necesidad que satisfaga así lo permita, como cuando el servicio por naturaleza se presta en atención a una programación, como sería el de recolección de desechos sólidos; véase el Art. 221 de la Constitución de la República que la garantiza al regular la militarización de los mismos, la prohibición de la huelga para los empleados públicos y municipales, y el abandono colectivo de los cargos; véase también el Art. 112 de la constitución de la república. ii) Igualdad, Significa que el servicio público, debe ser prestado a todos por igual, sin distinción de ninguna naturaleza, véase el Art.3 de la constitución de la República. Es decir que se presta un servicio que no debe de hacer diferenciaciones en cuanto a la prestación por razones de sexo, raza, nacionalidad, posición económica, etc.; a menos que estemos en presencia de un servicio que permite ser prestado bajo varias

¹³⁴ Considerando II de la Ley Especial Reguladora de la Emisión del Documento Único de Identidad Personal; D.L. No. 581 , publicado en el D.O. No. 206, Tomo 353 del 31 de Octubre de 2001.

modalidades. iii) Generalidad, por ella hay que entender que los servicios públicos están dirigidos a una colectividad de personas, y no a personas o grupos reducidos de ella; se debe garantizar a todos sus destinatarios la oportunidad de uso. iv) Regularidad, ello implica que el servicio debe prestarse bajo normas que garanticen la calidad y eficiencia del mismo, es decir que procura a los usuarios un nivel adecuado de la prestación. v) Obligatoriedad, inicialmente significa que el Estado esta obligado a prestarlos por si o por medio de concesionarios, esto lo regulaba la Constitución en el Art. 110, pero era valido en el caso de servicios públicos esenciales, salvo que tal disposición, la Asamblea Legislativa nuestra, Reformo la citada disposición, y quedo el Estado en la facultad de prestar el servicio directamente. También debe de verse la obligatoriedad por parte del usuario, ya que hay casos muy especiales, en donde este está obligado a hacer uso de la prestación, e incluso a pagarlos aunque no los use, puesto que el servicio existe para beneficiar al grupo social y no a una persona determinada; son los casos del alumbrado público, la educación básica cuando es impartida por el Estado, y el de salud, cuando adolece una enfermedad contagiosa, como el sida, tuberculosis, u otra afección similar.

5) Régimen Jurídico: Es muy variado y disperso, según sea la clase de servicio del que estemos hablando, pero es universalmente aceptado por la doctrina del Derecho Administrativo, el hecho de que este es un régimen jurídico especial, en tanto que conjuga diversos intereses (público y privado), especialmente cuando el Estado es solo un controlador o fiscalizador del servicio, ya que tiene que combinar el interés público del usuario, con el interés particular del concesionario, a fin de facilitar el acceso al servicio y tolerar la rentabilidad o beneficio del operador, régimen jurídico que debe garantizar la supremacía del interés público sobre el interés particular, véase al efecto el Art. 246 inciso 2° del la Constitución de la Republica; este régimen jurídico se caracteriza por: a) Ser de derecho público, va mas allá del derecho privado, b) Restrictivo de ciertos derechos laborales, Art. 221 Cn.; c) Auxilio de la fuerza pública para garantizar la continuidad, d) Restrictivo al derecho de propiedad, faculta las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad; e) Se rige el acuerdo del operador con el

usuario, a las llamadas cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos, f) Mantiene latente la monopolización, la nacionalización, provincialización, cooperativización o privatización de los servicios públicos. Léase al efecto el Artículo 110 de la constitución de la Republica y el Art.112 de la misma; g) Permanente control o fiscalización administrativa, especialmente cuando lo presta el particular, sin perjuicio al control ínter orgánico cuando lo presta la administración, control que es exclusivo y excluyente del Estado. H) Somete a la jurisdicción contenciosa administrativa, las diferencias o disputas que se suscitan entre el concedente y operador del servicio; y/o las que surgen entre el operador y el usuario, cuando el segundo acude ante el ente público que fiscaliza la prestación. Significa entonces, que es única y exclusivamente el Estado quien debe dictar los marcos regulatorios que garanticen el mantenimiento de la prestación y promuevan la expansión del servicio; es decir, se debe con el marco regulatorio asegurar la calidad, eficiencia, y continuidad del mismo; con tales fines deben de protegerse los derechos y regular las acciones, obligaciones y/o atribuciones de los usuarios, del que presta el servicio, y del ente estatal que lo controla, si este no es quien lo presta.

Especial atención merece el inciso final del Art. 110 Cn: cuando dispone que "...excepto las que se establezcan de conformidad o convenios internacionales...", de lo que se desprende que el Estado renuncia a la fijación de tarifas y fiscalización del servicio, lo que sin duda es peligroso para la misma administración, e inconveniente para los usuarios de los servicios.

5.1) BREVE REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL:

Es con el fin de proteger al consumidor de bienes y servicios, que el Estado de El Salvador, y en armonía con las directrices adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la cual somos parte; Aprueba la Ley de Protección al Consumidor, publicada en el diario oficial número 58 del Tomo 330 del 22 de Marzo de 1996; y posteriormente, el dieciocho del Agosto de dos mil cinco, la asamblea dicta el decreto legislativo 776 que contiene la actual ley de protección al consumidor; con la que se pretende garantizarle al consumidor de bienes y/o

usuarios de servicios, los derechos que como tales tiene frente al productor, comerciante o prestador de servicios. A ellos se refiere el Art. 4 de la ley de protección al consumidor, y el Art. 3 de las directrices de la ONU para la protección del consumidor; y que además se califican de irrenunciables. Veamos por separado cada uno de ellos.

5.1.1) DIRECTRICES DE LA ONU PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

Al ser directrices, significa que no son tratados (véase el Art. 144 cn.), y por lo tanto no son de obligatorio cumplimiento; ello no significa que no sean trascendentes, ya que provienen de la más importante Organización Internacional, la cual fue creada en San Francisco, EE.UU. en 1945, en sustitución de la Liga de las Naciones; con el fin principal de el logro de la paz mundial, y con ello preservar a las generaciones presentes y futuras el flagelo de la guerra, la cual en muchos casos tienen causas propiamente económicas, es decir, la injusta distribución de la riqueza, lo que repercute en el campo objeto de este análisis, ya que las instituciones del estado, son garantes en la mayoría de casos de los intereses de las clases económicamente acomodadas, que son quienes prestan con el visto bueno del Estado muchos servicios públicos. Obligatoriedad que debe verse teniendo en cuenta que somos parte de esta organización internacional.

Reconociendo la ONU, la importancia que tiene la protección del consumidor y/o usuario, a propuesta del Consejo Económico y Social, la Asamblea General, según resolución número 39/248 del 9 de abril de 1985, apruebo las directrices de protección al consumidor en virtud de las cuales deberán los estados partes de propiciar mecanismos de protección de los consumidores y/o usuarios de servicios; lo que significa que nuestro gobierno está obligado a proteger al consumidor y/o usuario, ya que es una resolución de la máxima dependencia de la ONU, de la cual repetidamente somos parte, y por lo tanto se tiene que acatar.

Merecen particular atención los artículos 16, 17, 29 y 30 de tales directrices; por las razones siguientes:

El Art.16, obliga al gobierno de nuestro estado, a adoptar o a mantener políticas que determinen la responsabilidad de los que prestan los servicios públicos. Asimismo el Art.17, refiere que los servicios deben de prestarse al menor costo posible, para garantizar así que mas personas puedan acceder a ellos. El Art.29, se refiere a la obligación que tienen los gobiernos de fomentar el uso de los mecanismos alternos para la solución de disputas que surjan entre los consumidores y/o usuarios, entre los que se encuentran: la mediación, trato directo, conciliación, arbitraje; y especialmente deben de considerarse las audiencias públicas; con ese mismo animo, el Art.30 se refiere a que se debe de facilitar al usuario los mecanismos en virtud de los cuales estos puedan obtener al menor costo posible el resarcimiento ante daños sufridos; y sobre esto en nuestro país, no existe claridad en cuanto procedimientos, ni en cuanto a las instituciones competentes para dirimir las desavenencias. Por lo que debemos remitirnos a nuestro ordenamiento jurídico.

5.1.2) Otro instrumento internacional de importancia, que se refiere a la protección del consumidor es La Carta Europea de Protección del Consumidor, emitida por la asamblea consultiva del consejo de Europa, por medio de resolución numero 573/73, en donde reconocieron a favor del consumidor los siguientes derechos:

-Protección a la Salud y Seguridad, -Información y Educación, -De Representación; entre otros.

Con lo que se pone de manifiesto que la preocupación por parte de los Estados en proteger a los consumidores, no es nueva.

Con el ánimo de concretar de manera regional, la protección de consumidores, en América Latina, concretamente en Guayaquil, Ecuador, el 6 de junio de 1997, la comisión para la defensa del consumidor y del usuario, aprueba un proyecto o modelo de Código Latino Americano para la Defensa del Consumidor y del Usuario; que contiene novedades en relación a los anteriores instrumentos, ya que regula los principios básicos en defensa del consumidor, tales como la carga de la prueba se establece a favor de la parte que litigue en Defensa de los Derechos del

consumidor, el Derecho de Asociación de los consumidores y usuarios; califica a la norma jurídica que protege al consumidor, como de Orden Público y de interés social, esto es de trascendental importancia, ya que según nuestra Constitución, en su artículo 21, puede ser aplicada con efectos retroactivos. Asimismo define al consumo como al Actividad Básica por medio de la cual el ser humano puede satisfacer sus necesidades; lo que implica que la política consumista que en nuestro país existe, deben las Autoridades de Economía del País, Regular en función a este concepto, el consumo del país.

El Art. 25 de este proyecto, establece algo básico en defensa del usuario, ya que establece que los contratos deben ser interpretados a favor del consumidor, y declara que serán nulas de pleno derecho, aquellas estipulaciones contractuales tendientes a exonerar o reducir la responsabilidad del proveedor, las que se refieran a la renuncia del usuario, que inviertan la Carga de la Prueba, variaciones unilaterales de los precios; etc.

Lo anterior pone de manifiesto, que la protección de los consumidores de bienes, al usuario de los servicios públicos, debe ser impulsado con prioridad en nuestro país, ya que ello implica alcanzar un mejor desarrollo social, lo que a su vez genera un desarrollo económico con justicia social.

5.1.3) Debe de tenerse en cuenta, la actual ley de protección al consumidor (Decreto Legislativo número 776 del dieciocho de agosto de 2005); ya contiene una institución independiente, un catalogo de derechos de los usuarios, infracciones y sanciones que pueden cometer y se les pueden imponer a los operadores de servicios, respectivamente; así como el procedimiento que se debe de seguir para la salvaguarda de los derechos del consumidor de bienes y servicios. Ley que además cuenta con su reglamento de ejecución. Lo anterior, es sin perjuicio a que existe régimen jurídico general, y uno particular aplicable a determinado servicio. Una de las modalidades por medio de las cuales se prestan servicios, es por medio del contrato de concesión de servicio público; al que nos referiremos cuando abordemos el tema de los contratos administrativos.

Veamos ahora un poco de los contratos que celebra el estado, tanto con los particulares como con las diversas instituciones que lo integran. Instrumentos que la administración usa para prestar de forma indirecta los arriba citados servicios públicos, específicamente cuando suscribe contratos de concesión de servicios públicos.

VIII) ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO:

Referirse a la actividad contractual del Estado y demás entes públicos; es analizar los contratos administrativos y privados que el Estado y demás entes públicos celebran con los particulares, o entre ellos mismos. Así tenemos unos que son de derecho privado, y otros de derecho público.- Los contratos de derecho público son aquellos por los cuales el Estado satisface indirectamente el interés general y en los que se observan prerrogativas a favor del ente público; nos atreveríamos a decir que pertenecen a los llamados contratos de adhesión. Los contratos de derecho público (género) pueden clasificarse como internacionales (tratados que realiza el Órgano Ejecutivo con aprobación de la Asamblea Legislativa) o internos. Éstos últimos son los contratos administrativos; porque los primeros, realmente son convenios.

El concepto básico de contrato administrativo no difiere del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser una de las partes el Estado u otro ente público, tiene características propias (por los fines que persigue); léanse para el caso los arts. 1308 y siguientes del código civil. A este tema, se le puede encontrar como contratos del Estado, contratos públicos, contratos de la administración, contratos en la función pública; preferimos llamarle actividad contractual del Estado, por lo antes apuntado.

a) Puede definirse el contrato administrativo como aquel acuerdo de voluntades entre la administración y el administrado, con el fin de crear efectos jurídicos mutuos; en el que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este contrato se rige por el derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar un órgano estatal en ejercicio de

función administrativa. También la doctrina, la jurisprudencia civil y contenciosa contempla la figura de los cuasi contratos administrativos, y dice que se entiende por ellos, el hecho o acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades no consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto.¹³⁵ Ejemplo de estos es cuando se le vence la concesión a quien presta un servicio público, y vencida lo sigue prestando. Así las cosas, podemos decir que un contrato administrativo es una declaración de voluntad entre un ente público y un particular, generadora de efectos jurídicos entre ellos.

Los contratos administrativos están inspirados o basados en una serie de principios, tales como: De legalidad, de continuidad, de mutualidad, de equilibrio financiero.- Estos deben diferenciarse de los principios que inspiran la LACAP. Que son entre otros el de centralización normativa y descentralización operativa, transparencia y publicidad, libre competencia, y equidad; etc.- También están los principios que inspiran a la licitación como mecanismo principal de escogitación del co contratante, entre los que destacan el de oposición y concurrencia (participación real y efectiva), legalidad, razonabilidad, responsabilidad y control, publicidad del acto, traducido en la publicación de los pliegos y sus modificaciones; igualdad de todos los oferentes, de competencia y transparencia, igualdad; etc. Asimismo, el pliego de condiciones tiene sus propias expresiones, consecuencia de los anteriores principios.

b) Elementos del contrato administrativo 1315 C.C.

1) Sujetos: Celebrado por un organismo estatal, municipal e institucional competente, y un particular o administrado; que puede ser una persona natural o jurídica, nacional o extranjera. También pueden ser celebrados entre dos sujetos públicos, en cuyo caso se le denominara contrato ínter administrativo. El sujeto público debe actuar en atención a los fines que persigue. En este elemento, es trascendente considerar la capacidad y competencia de los concurrentes a formar

¹³⁵ Dromi Roberto, Manual de Derecho Administrativo; 7ª. Edición Actualizada, Editorial de Ciencia y Cultura, Cap. IX Contrato Administrativo: Principios; pág. 482, Ciudad Argentina, Argentina, 1998.

la voluntad; porque es determinante para la validez del mismo. Normalmente al sujeto publico se le llama contratante, y al particular, contratista.

2) Objeto del contrato es la obligación consistente en una prestación querida o pretendida por las partes, ya sea de dar, hacer o no hacer. Es la consecuencia perseguida con su celebración. No pueden ser objeto del contrato cosas que están fuera del comercio. Este debe estar relacionado a los intereses o necesidades generales, tales como una obra o un servicio público.

3) Acuerdo de voluntades o consentimiento, que implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes y presupone la capacidad jurídica del co contratante y la competencia del órgano estatal. Acuerdo que debe de estar libre de todo vicio, de los mencionados en el art. 1322 del C.C.

4) Causa del contrato, es la situación de hecho que ha considerado la Administración y que la determina a contratar para satisfacerla. Es considerada un elemento esencial por aplicación analógica de lo dispuesto por el Art.1315 C.C.

5) Forma: Se refiere al cómo se documenta el vínculo contractual; y los mecanismos o procedimientos que se deben de seguir para manifestar el consentimiento; arts. 22 y 39 de la LACAP. Se suelen distinguir las formas, de las formalidades. Estas últimas pueden ser anteriores a la formalización del contrato, como el proceso licitador u otro mecanismo de escogitación; las primeras son elementos esenciales, referidos a el cómo se materializa, exterioriza o instrumentaliza el vinculo contractual; ¹³⁶ como la obligación de constar por escrito, de otorgarse en determinado tipo de instrumento; esta condiciona la validez del acuerdo.

6) La finalidad del contrato administrativo es la satisfacción del interés general, fin que debe ser tenido en cuenta por la Administración en la realización del contrato.

7) Plazo o termino, o duración temporal del contrato; que debe de tener en cuenta el plazo de las garantías pos contractuales.

8) Modalidades o especificidades particulares que las partes pueden pactar, acerca de cómo y cuándo cumplir los compromisos contractuales.

¹³⁶ Dromi Roberto. Óp. Cit. Pág. 351.

c) Clasificación de los contratos de derecho administrativo

1) EN RAZÓN DEL OBJETO: Pueden ser de obra pública, de concesión de obra pública, de concesión de transporte público, de consultoría, etc.¹³⁷

2) EN RAZÓN DE LA PARTE A CARGO DE LA PRESTACIÓN:¹³⁸

a) Colaboración: La prestación principal está a cargo del particular o co contratante, ej. el contrato de obra pública.

b) Atribución: La prestación principal la hace la Administración. Por ejemplo, en la concesión de un bien de dominio público la prestación la realiza el organismo estatal que concede a un particular el uso de una porción del dominio público por un término limitado, mediante el pago de un canon por parte de ese particular.

3) EN RAZÓN DE SI ESTÁN O NO RECONOCIDOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO:

a) Nominados: Tienen un nombre específico y generalmente son típicos. Por ejemplo el contrato de obra pública es un contrato típico porque está regulado por una ley propia, es decir tiene su propio régimen jurídico.

b) Innominados: No tienen ni nombre ni régimen jurídico específico; se construyen por analogía.

4) EN RAZÓN DE LA EJECUCION DE LA PRESTACIÓN: La prestación puede ser

a) De ejecución Instantánea: El contrato se cumple con una única prestación ej. El contrato de suministro, cuando es una sola entrega.

b) De tracto sucesivo: El contrato se cumple mediante una serie de prestaciones. Ej. el contrato de concesión, ya sea de obra pública, de servicios públicos, de recursos naturales y subsuelo.¹³⁹

5) *En razón de si es o no entre instituciones públicas que se contrata:* contratos Inter administrativo, y contratos administrativos. Los primeros son celebrados entre sujetos de derecho público, y los segundos, son los realizados por un sujeto público y los administrados o particulares.

¹³⁷ Art. 22 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

¹³⁸ Díez, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, Tomo I; Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980, pág. 315.

¹³⁹ Arts. 130, 131, 131 bis, y 132 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; decreto legislativo numero 868, publicado en el diario oficial numero 868, tomo 88, de fecha 15 de Mayo de 2002; reforma D.L. N° 909, del 14 de diciembre del 2005, publicado en el D.O. N° 8, Tomo 370, del 12 de enero del 2006.

6) También están los aleatorios o conmutativos, si se ven o no como equivalentes y seguros los beneficios; de los primeros, es ejemplo el de lotería, de juego, etc.

Modernamente, aparecen como modalidades de contratos administrativos, el fideicomiso, que suelen tener como propósito básico la promoción o el financiamiento de actividades de interés general, como sería la construcción de viviendas, el pago de la seguridad social, etc.; los leasing, que pueden ser utilizados para las contrataciones de muebles sometidos a una relativa rápida renovación tecnológica, para mantener su funcionalidad, acorde a los progresos de la ciencia y la tecnología, sin necesidad de disponer del dinero para su compra; como podría ser el equipo informático de las instituciones públicas. Son administrativos por el objeto, el sujeto, en donde la administración pública claramente es uno de ellos, y por las normas que los rigen, que son exorbitantes al derecho civil.

d) Características de los contratos administrativos:

1) Cláusulas exorbitantes: Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, pueden ser expresas o pueden ser virtuales o implícitas (facultades de dirección y control estatal). Puede no haber este tipo de cláusulas. Este tipo de cláusulas, admitidas por el derecho público, no es admisible en el derecho privado, su sola existencia acarrearía la nulidad del contrato. Las cláusulas especiales de los contratos administrativos son las que otorgan a la Administración derechos frente a su co contratante, los cuales serían nulos o ilícitos dentro del derecho privado

2) Formalismo: La validez y eficacia de estos contratos se supedita al cumplimiento de las formas o formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico que los regula;¹⁴⁰ esto en aplicación del principio de legalidad administrativa. Generalmente estos contratos se celebran por escrito y con requisitos adicionales.

3) Prerrogativas del poder público o de la administración: los principios de la autonomía de la voluntad y de la igualdad jurídica, quedan subordinados a la

¹⁴⁰ Dromi Roberto, Óp. Cit. Pág. 352.

administración pública, en atención a los fines que esta persigue, y a los poderes que posee; lo que acarrea la desigualdad jurídica entre las partes; ello no implica la falta de protección del co contratante. Valido sería decir, que estos contratos pertenecen a los llamados contratos de adhesión. Prerrogativas que se manifiestan cuando la administración puede adaptar a las necesidades públicas, variando de ciertos límites las obligaciones del contratista; o cuando ejecuta el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista; o cuando unilateralmente deja sin efecto el contrato mismo en caso de incumplimiento del contratista.¹⁴¹ Estas prerrogativas se expresan entonces en el poder de dirección, inspección y control que ejerce la administración; fundada la administración en la irrenunciabilidad de la competencia.¹⁴² Lo que simplemente se conoce como cláusulas exorbitantes, a las que nos hemos referidos antes.

4) Intuito personae Es un contrato celebrado entre personas determinadas o definidas, como consecuencia, el contratista no puede ceder o transferir derechos u obligaciones contractuales; ya que la administración ha contratado con el contratista en atención a ciertas cualidades o pericias propias de este, es excepción la sub contratación; Art. 89 de la LACAP.

5) Restricción del co contratante para ceder o cesionar: Salvo que el Estado preste su acuerdo a la cesión, o estemos en presencia de un contrato que será de atribución.

6) Efectos respecto de terceros: Rompen con la regla de que el contrato es ley entre las partes; ya que estos puede tenerlos efectos en terceros que obviamente no han contratado; como por ejemplo en un contrato de concesión, ya sea de servicio público, de obra pública, o de explotación y/o exploración del sub suelo, etc.

7) Diferencias entre parte en el supuesto de excepción de incumplimiento: Para que la excepción sea viable y poder rescindir el contrato, el co contratante debe ir a la Justicia; El Estado, en cambio, puede rescindir el contrato unilateralmente por medio de la caducidad.

¹⁴¹ Dromi Roberto, óp. Cit. Pág. 353.

¹⁴² García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomas-Ramón; pág. 722.

El profesor Manuel María Diez,¹⁴³ presenta como características de estos contratos, la desigualdad de los intereses, la formalidad, y los efectos respecto a terceros. Sostiene que la formalidad exige que para el perfeccionamiento del contrato, no basta el solo acuerdo de voluntades, sino que se deben de observar requisitos de forma y de procedimiento. Afirma que en estos contratos, es común encontrar que los efectos se trasladan o afectan a terceros que no los han suscrito; y que los intereses de la administración están vinculados a la satisfacción del interés colectivo, no así de los particulares contratantes, que persiguen sus propios intereses.

e) Selección del co contratante

Etapa Pre Contractual:

- 1) Detección de la necesidad. La administración detecta o determina la necesidad, misma que luego será la causa del contrato.
- 2) Partida presupuestaria (debe haberla, ya sea contemplada en la Ley de Presupuesto o no, se logra por medio de la coordinación de la uaci institucional y la ufi).
- 3) Preparación del proyecto (trabajo técnico) o de las bases de licitación o pliego de condiciones. La administración prepara las especificaciones técnicas y normativas que regirán el contrato; las que luego pararan a formar parte de los llamados documentos contractuales. Estos deben de tener los contenidos mínimos que señala el Art. 44 de la LACAP.
- 4) Selección del co contratante, mediante diversos mecanismos: Licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate, concurso, etc. El principio general es que el Estado puede elegir discrecionalmente el método a utilizar, salvo que se trate de contratos por montos superiores a los 80 salarios mínimos urbanos, en cuyo caso debe procederse a licitación, publica por invitación o publica abierta; según el caso, Art. 39 de la LACAP

¹⁴³ Diez, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, Tomo I; Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980; pág. 322.

5) Pre adjudicación y/o adjudicación. Tarea realizada por comisiones, donde el principio es adjudicar el contrato a la oferta más conveniente (no necesariamente la más barata); Art. 56 de la LACAP.

6) Perfeccionamiento del contrato. En las etapas anteriores el particular es el oferente. Se produce cuando la administración y el administrado, suscriben o firman el contrato. A partir de esta etapa ya se habla de co contratante.

7) Cumplimiento del contrato. Una vez perfeccionado el contrato, el co contratante comienza su ejecución, y la administración por si o por medio de una supervisión, fiscaliza su cumplimiento. Puede darse el caso, que el contratista vaya haciendo entregas parciales, según se haya pactado. Una vez ejecutado o cumplido a cabalidad el contrato, la administración devolverá la garantía de fiel cumplimiento, y seguramente exigirá la de buena obra, buen servicio; según el tipo de contrato de que se trate.

Etapa contractual: Ejecución y supervisión del contrato; la supervisión puede ser realizada por el mismo titular del objeto del contrato o por un tercero contratado especialmente para ello.¹⁴⁴

Fase o Etapa Post Contractual: Ejecutado el contrato, y recibido su objeto a entera satisfacción, se activan las garantías de buena obra, por lo que se pasa a la etapa de su verificación; vencido el plazo de estas sin que acontezcan los eventos garantizados, se liberaran tales garantías.¹⁴⁵

*Mecanismos de selección del co contratante.*¹⁴⁶

Licitación Pública abierta:

1) Principios de la licitación pública: Oposición y concurrencia de todos los oferentes, publicidad del acto, traducido en la publicación de los pliegos y sus modificaciones, igualdad de todos los oferentes; promueve competencia y transparencia; etc.

¹⁴⁴ Art. 106 de la LACAP.

¹⁴⁵ Art. 117 de la LACAP.

¹⁴⁶ Art. 39 de la LACAP.

2) Pliego de condiciones: Debe prepararse previo al llamado a licitación. El pliego de condiciones es el documento que establece las obligaciones de las partes. Es preparado unilateralmente por la Administración, los particulares tomarán conocimiento de él después de publicado. Se dice que los pliegos de condiciones son la ley del contrato, ya que determinan las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos del contrato a celebrarse, debiendo cumplirse estrictamente sus reglas. No puede ser modificado con posterioridad a la presentación de las propuestas ni luego de la adjudicación. El pliego de condiciones puede ser: general: El que establece las disposiciones aplicables a todos los contratos realizados por un mismo órgano de la Administración.- Particular: Contiene todos los derechos y disposiciones particulares de cada contrato.

El precio del pliego de condiciones tiende a resarcir a la Administración del costo del pliego y a evitar la presentación indiscriminada de oferentes. Aunque estos, deberían de ser gratis, y además estar disponibles en los portales institucionales.

3) Llamado a licitación: Publicación realizada en diarios de alcance masivo y en la separata de licitaciones del diario Oficial. En este llamado se dan a conocer todas las características de la obra y condiciones de la licitación.

4) Presentación de propuestas: Las propuestas deben ser secretas y presentarse por escrito y en sobre cerrado; el secreto de la propuesta:

- a) Salvaguarda los intereses económicos de la Administración, evitando confabulaciones de los licitantes,
- b) protege a los licitantes, ya que evita los manejos que los funcionarios públicos pudieran intentar a favor de uno de ellos y en perjuicio de los demás,
- c) salvaguarda el derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a que todos los oferentes sean tratados por igual.

Una vez presentada la propuesta, no puede ser retirada; sin perjuicio a que el licitante se exponga a la aplicación de las sanciones administrativas previstas.

5) Apertura de sobres: Es un acto solemne (en presencia de un escribano público) al que pueden concurrir todos los que han intervenido en la licitación.

6) Adjudicación: Dependiendo de la complejidad del contrato, puede haber una pre adjudicación en la que una comisión que se expedirá al respecto. Si es un contrato simple, la adjudicación es directa, la cual suele ser aplicable cuando el criterio para evaluar las ofertas es el menor precio. Podría darse el caso de que ninguna oferta satisfaga a la Administración, caso en el cual se declarará fracasada la licitación. Si hay empate o empate técnico, los oferentes empatantes deben mejorar sus ofertas.

7) Impugnación: Puede realizarla un oferente sobre puntos de la oferta de otro licitante. Los recursos a disposición a estos efectos son establecidos en el pliego particular de condiciones. Art. 76 LACAP

B) LICITACIÓN PÚBLICA POR INVITACIÓN O PRIVADA: Es una invitación restringida a aquéllos que la Administración sabe que están en condiciones de ejecutar el contrato. Es procedente en los siguientes casos:

1) Contrato con especial capacidad o competencia: porque se sabe que dicha capacidad está en manos de pocas y conocidas personas.

2) Contrato que no supere determinado límite: Sólo aplicable a contratos que no superen determinados (fijados a arbitrio del legislador) salarios mínimos urbanos.-

3) Licitación pública fracasada o desierta: Una licitación pública se considera desierta cuando no se presentó ningún oferente, y fracasada cuando ninguna oferta ha sido satisfactoria.

4) Trabajos urgentes o suplementarios: trabajos que deben realizarse por circunstancias imprevistas o para la satisfacción de intereses comunitarios impostergables.

C) CONTRATACIÓN DIRECTA: Acá no habrá límites en cuanto a los montos, por lo extraordinario de los eventos que la permiten; puesto que procede:

- a. Cuando se trata de trabajos urgentes o suplementarios.
- b. Por circunstancias imprevistas o urgentes (Vg.: escasez notoria de un producto que satisfaga necesidades inmediatas).

c. Cuando se trata de contrataciones entre distintos organismos de la Administración.

D) SUBASTA O REMATE O VENTA DE MARTILLO: Mecanismo para la realización o venta de bienes muebles o inmuebles por parte de la Administración. La palabra subasta tiene raíces históricas lejanas y viene originalmente del latín *sub hasta*, bajo la lanza, debido a que la venta del botín de la guerra se anunciaba con una lanza y la venta se realizaba ante la misma. Uno de los ejemplos históricos más famosos era el de la subasta de la esposa durante el imperio babilónico la cual se llevaba a cabo anualmente. La operación comenzaba con la subasta de la mujer más bella y luego se procedía una a una con las demás. Era de hecho un acto ilegal "obtener" una esposa fuera de dicho proceso de compra. Igualmente famosas eran las subastas de esclavos durante el imperio romano los cuales eran capturados en campañas militares para luego ser subastados en el foro. Los fondos recaudados en dichas subastas servían a su vez para financiar los esfuerzos bélicos del imperio. Es la venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor, y regularmente por mandado y con intervención de un Juez u otra autoridad". También es conocida con el nombre de martillero, la cual proviene de la persona que era dueña de un martillo, o quien estaba al frente de él, siendo el martillo el establecimiento donde se vendían los objetos en subasta pública. En las subastas privadas el martillero actúa en carácter de mandatario o comisionista, según sea el caso, del dueño de los bienes que hayan de venderse. En las subastas judiciales, por el contrario, el martillero reviste la calidad de auxiliar del órgano judicial, en cuya representación realiza el acto procesal respectivo.

Tipos de Subasta: Subasta en sobre cerrado: es aquella en la que los postores presentan su oferta en una sola ocasión. Subasta dinámica: Los postores conocen las ofertas de su competencia y pueden modificar la suya mientras la subasta está abierta. La subasta dinámica puede ser ascendente o descendente.- Voluntarias: En las cuales el sujeto decide libremente vender un bien, y decide que la forma de maximizar el precio de venta es someterlo al procedimiento de subasta pública. Obligatorias: Las subastas de bienes embargados a un deudor. En ese caso, la ley suele exigir el procedimiento de subasta pública para dar una mayor transparencia

a la venta, y permitir que el precio a percibir por el deudor a cambio del bien sea lo más alto posible. La subasta en El Salvador, La Dirección General de Aduanas con base en las facultades que le confiere el artículo 95 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA), y 216 al 226 del Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA); realiza Subastas Públicas de mercancías caídas en abandono o caídas en comiso tales como: Vehículos, ropa, electrodomésticos, aparatos de sonido, televisores, perfumes y cremas para la piel, materia prima para la industria, repuestos para vehículos, etc. *Ley para la devolución o venta en Pública Subasta de vehículos automotores o piezas automotrices secuestrados o decomisados.* Decreto Legislativo publicado el 23 de diciembre de 1983, reformado el 15 de octubre de 2008, que en su Art. 148 núm. 6 establece: “**Reglas para la transferencia de bienes inmuebles, la venta de bienes inmuebles se hará en Subasta Pública excepto en los casos y condiciones regulados en el reglamento respectivo, y estará a cargo de comisiones de venta de bienes muebles. Procedimiento de la subasta:** El funcionario designado ofrecerá las mercancías, Llamamiento para hacer posturas, El funcionario solicitará ofertas para las mercancías y podrán hacerse tantas como los interesados deseen, Se adjudicará la mercancía al mejor postor., Inmediatamente o a más tardar dentro del día hábil siguiente a la fecha de la adjudicación de la mercancía, el adjudicatario pagará en efectivo o mediante cheque certificado, Del resultado de la subasta se levantará acta circunstanciada, En caso que el comprador no efectuó el pago de conformidad con lo estipulado en el literal c), la adjudicación se considerará como no efectuada y el comprador perderá el depositado que hubiere hecho en concepto de anticipo que se ingresará al fondo especial.

En el derecho común, este mecanismo está regulado en los arts. 656 y Sgts. Del Código Procesal Civil y Mercantil.¹⁴⁷

D) CONCURSO: Se utiliza para cubrir vacantes en el sector público o contratar los servicios de consultaría. El concurso comprende las siguientes etapas:

¹⁴⁷ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, D.L. numero 712, publicado en el D.O. numero 224 tomo 381, del día 27 de Noviembre de 2008.

- i. Decisión administrativa fijando las bases y llamando a concurso, a cuyo efecto deberán hacerse las publicaciones pertinentes.
- ii. Presentación de los aspirantes, indicando sus antecedentes y su aceptación por la administración.
- iii. Realización de los exámenes (oposición) o valorización de los antecedentes.
- iv. Pronunciamiento del ente encargado del concurso.
- v. Aprobación de la decisión de ese ente y nombramiento del agente.

Los concursos pueden ser: de oposición; de antecedentes; y de oposición y antecedentes.

Los anteriores medios de escogitación del co contratantes, están a punto de ser reducidos, puesto que según reforma aprobada por nuestra asamblea legislativa, el día dieciocho de mayo de dos mil once; se eliminan la licitación y el concurso por invitación, y el mercado bursátil; aumentando los montos para la libre gestión y la contratación directa, con el supuesto afán de agilizar las compras de ciertos bienes ordinarios y esenciales en ciertos rubros de la administración pública.

La administración, y con el fin de asegurar que los contratados cumplirán sus compromisos, exige de estos ciertas garantías, las que pueden ser pre contractuales, contractuales, o pos contractuales; así, las primeras tienen por objeto asegurar que los oferentes en el caso de ser ellos escogidos para contratar, cumplirán con su oferta presentada; Ej. De esta clase de garantía es la de mantenimiento de oferta.- Las contractuales, pretenden que el contratado cumpla con las obligaciones contraídas en el contrato, y son de esta clase la de buena inversión de anticipo y cumplimiento de contrato, de buen servicio; son pos contractuales aquellas que pretenden asegurar los compromisos que el contratado haya asumido en cuanto a la calidad y/o durabilidad de los bienes o servicios; pertenecen a esta clase de garantía las de buena obra y las de buen funcionamiento y calidad de bienes.¹⁴⁸ Las anteriores garantías podrán ser presentadas por medio de fianzas, seguros u otros mecanismos que aseguren el fiel cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Pueden ser reales o personales,

¹⁴⁸ Art. 31 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

solidarias o subsidiarias. Estas deben de ser de fácil realización, y proporcionales a los montos de las obligaciones adquiridas. Solo entonces una vez liquidado el contrato, y estando conforme la administración, se levantan las garantías presentadas en su favor.

Debemos además de tener en cuenta las formas de terminación de los contratos administrativos, las que están señaladas en el Art. 92 y siguientes de la LACAP, entre las que destacan la caducidad, el rescate, la revocación, el mutuo acuerdo, etc. Entre las que se encuentran: cumplimiento del objeto, expiración del término o plazo, caducidad, rescate, rescisión, por prerrogativa rescisoria de la administración, por culpa del contratista, por fuerza mayor, hecho de la administración o hechos del príncipe, por culpa de la administración y a solicitud del contratista, muerte o quiebra del contratista, renuncia, por decisión judicial, arbitral o por transacción; renegociación o reconversión motivadas por una revisión del contrato, etc. Entre el anterior catalogo y los mencionados en el art. 92 arriba citado, se encuentran unos que ciertamente son formas de terminación, y otros son motivos de estas formas.

Luego de haber estudiado brevemente los contratos administrativos, pasemos ahora a reflexionar un poco acerca de los procedimientos administrativos, instrumentos por medio de los cuales la administración publica responde a los administrados, o sanciona al personal que para con ella laboran.

IX) GENERALIDADES DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO:

A) Generalidades: Es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y los principios que rigen para la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad de la Administración Publica. Se refiere entonces, a las formalidades a las que deben sujetarse la administración y los administrados en el desarrollo de la función administrativa; estas formalidades aseguran la eficacia de la gestión de la Administración y el respeto de los derechos e intereses de los administrados; provee los diversos procedimientos que se deben de seguir, y los mecanismos de impugnación para verificar su control. Esto es lo que en derecho común se denomina derecho adjetivo, es la parte procesal del derecho

administrativo, misma que tiene sus propias normas, pero además se favorece de la supletoriedad de otras normas procesales que le son compatibles; por ej. en cuanto al derecho administrativo sancionador se refiere, se aplican todas las garantías y derechos del llamado debido proceso. Es prácticamente referirse a los procesos administrativos y judiciales que generalmente se franquean a favor de los administrados para que puedan controlar a la administración. El proceso administrativo se define como el conjunto de normas que regulan los presupuestos, el contenido y los efectos del mismo. Es un conjunto sistematizado de actos tendientes a una decisión determinada. El procedimiento administrativo es el conjunto de reglas que rigen la elaboración de los actos administrativos; así, este debe reunir los siguientes requisitos: Que cada acto combinado, conserve su individualidad; que la conexión de los actos, radique en una unidad de actos jurídicos; y que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de modo que cada uno supone el anterior, y el último los supone a todos.¹⁴⁹

Con el afán de controlar la actuación de la administración, surgen diversos sistemas de control, internos y externos; judiciales, legislativos (o control político) y administrativos. Los primeros los ejerce la misma administración dentro de sí, y los segundos son los que ejerce sobre ella el órgano judicial principalmente. Ya en el control judicial, se vuelve importante que el administrado que pretende controlar la actuación de la administración, demuestre tener un derecho subjetivo o un interés legítimo para hacerlo; lo que se da en llamar legitimación activa. Este control judicial, es al que se da en llamar, lo contencioso administrativo, pero que en palabras de Manuel María Diez, debería de llamarse proceso administrativo, puesto que pueden haber procesos sin que haya contienda.¹⁵⁰ Se puede entonces decir que proceso administrativo es el medio instaurado para dar satisfacción jurídica, con intervención de un órgano judicial y por aplicación en alguna medida de normas o principios de derecho administrativo o financiero, a las pretensiones o

¹⁴⁹ Diez, Manuel María; Manual de Derecho Administrativo, Tomo I; Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980, pág. 191.

¹⁵⁰ Diez, Manuel María; Derecho Procesal Administrativo, Pág. 20; editorial plus ultra, Buenos Aires, Argentina; 1983.

intereses legítimos por la actividad administrativa del estado.¹⁵¹ Es el modelo judicialista al que le prestaremos más interés, por ser este en el que el órgano judicial es quien controla a la administración; no obstante está el sistema especial, en el que se integran jueces que no pertenecen al órgano judicial, pero que tampoco tienen dependencia directa de la administración; y son ellos los que la controlan; normalmente están integrados por jueces de diversos sectores.

La jurisdicción contencioso administrativa (termino de origen Frances), se erige en El Salvador en 1979, como un mecanismo de control de la legalidad a los actos administrativos, tal como lo preceptúa la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa,¹⁵² al señalar que corresponde a dicha jurisdicción: “el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la administración pública.” Teniendo así que, el control ejercido por este tribunal se contrae o limita a los actos administrativos, puede afirmarse que excede del ámbito de su conocimiento el apreciar la existencia de un vicio de naturaleza contractual.¹⁵³ Sigue sosteniendo nuestra sala que “ La sustanciación del juicio contencioso administrativo le da al particular agraviado por la autoridad demandada toda la oportunidad para que defienda sus derechos tanto en la parte sustantiva como formal.... y en cuanto a los medios probatorios se aplican las disposiciones previstas del derecho común.”¹⁵⁴ Ley que hoy por hoy, circunscribe el control únicamente a los actos administrativos, deja fuera toda la demás actuación u omisiones de la administración; tiene como medida cautelar casi única (salvo raras excepciones jurisprudenciales), la suspensión del acto reclamado, en tanto este tenga efectos positivos, y que además su ejecución pueda generar difícil o imposible reparación; y mantiene a la sala como tribunal único y de última instancia.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Decreto Legislativo Numero 81, del 14 de Noviembre de 1978; publicado en el D.O. numero 236, tomo 261, publicado el 19 de Diciembre de 1978; y reformada el 22 de Marzo de 1996.

¹⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo CSJ, sentencia del 27 de Septiembre de 1995, Ref. 69-M-94.

¹⁵⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo CSJ, sentencia del 26 de Enero de 1996, ref. 11-Z-94.

Pero ya en el proyecto de ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo del año 2010, se presenta un escenario diferente; en el que se presenta un cambio en el objeto de control de esta jurisdicción, y se extiende a prácticamente toda la actuación de la administración, acto y contratos, e inactividad de la misma; presenta un catalogo ilustrativo de medidas cautelares, y sobre todo; erigiría realmente la jurisdicción contencioso administrativa, pues crearía juzgados contenciosos administrativos de primera instancia, cámara de segunda instancia, y deja a la sala como tribunal revisor de ciertos casos; con lo que sin duda se descongestionaría la actual jurisdicción, y además favorecería a los administrados, pues se facilita con ella el acceso a la tutela judicial efectiva en esta materia; extiende el catalogo de medidas cautelares que se pueden adoptar, etc.¹⁵⁵ Proyecto que creemos sigue a la española reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵⁶; efectivamente incorpora novedades que esta ley ya contiene; tales como una ampliación de las medidas cautelares, amplia el objeto de la jurisdicción, etc.

La Jurisdicción contenciosa recoge como única medida cautelar, la suspensión del acto impugnado, cuando este encaje en los supuestos que la misma ley prescribe (efectos positivos y perjuicio grave o de difícil reparación); esto por que cuando se erige tal jurisdicción, se hizo con una visión objetivista, ósea para evitar que la administración cause mas perjuicio si ejecuta actos reclamados; y no subjetivista, para proteger efectivamente derechos de los administrados; sin perjuicio a que en el moderno derecho administrativo, las nuevas tendencias de esta jurisdicción tienden a ampliar el catalogo de medidas, e incluso amplia el ámbito objeto de estudio de tal jurisdicción.

De esta jurisdicción contenciosa, teóricamente¹⁵⁷ y en atención al alcance de sus decisiones, se presentan varias modalidades, así: contencioso de plena

¹⁵⁵ Moción legislativa numero 711-5-2010-1; del 19 de mayo de 2010, comisión de legislación y puntos constitucionales de la asamblea legislativa referida a una nueva ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁵⁶ Ley 29/1993 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa; publicada en el boletín oficial del 14/07/98; reformada el 29/05/03

¹⁵⁷ Martínez Morales, Rafael I, óp. Cit. Pág. 405.

jurisdicción o subjetivo, contencioso de anulación, de ilegitimidad u objetivo, contencioso de represión, y de interpretación. En la primera, se le indicara a la administración el sentido en el que deberá dictar el acto; en la segunda modalidad, se limita a anular la actuación de la administración; en el de represión se llegan a aplicar sanciones; y la de interpretación, orienta a la administración previa consulta sobre el sentido o alcance de las normas que la rigen.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, se habla ya de la inclusión de la oralidad en el proceso contencioso administrativo; misma que ya en Costa Rica tiene vigencia desde abril de 2006,¹⁵⁸ en donde se erige una jurisdicción contenciosa administrativa subjetiva, plenaria, y universal; que pretende controlar todas las formas de manifestación de la administración pública; ley que tiene figuras novedosas, como la acción popular, la conciliación intra procesal, las medidas cautelares positivas innovativas o anticipatorias, sobre las que no se plantea un números clausus, sino solo ejemplificativo; el proceso es por audiencias orales.¹⁵⁹

Para que lo procesal administrativo sea eficaz, se deben de conocer y manejar los aspectos constitucionales referidos a la protección jurisdiccional efectiva, pues son de aplicación para esta materia. Veamos ahora un poco de los procedimientos administrativos.

B) Clasificación de los procedimientos administrativos

1) *Técnicos*: Son los empleados por la Administración pública para obtener y ordenar todo los datos y elementos de juicio necesarios para decidir sobre cuestiones que apunten al bien común, no teniendo consecuencias jurídicas para el administrado. Ej. de estos serian aquellos procedimientos que debe la administración seguir a fin de llegar a la realización o construcción de una obra pública, la creación o modificación de servicios, etc.

¹⁵⁸ Ley número 8508 del 24 de Abril de 2006, vigente desde el 1 de Enero de 2008.

¹⁵⁹ Aberastury Pedro, Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina, editorial Konrad Adenauer Stiffutg, 2009.

2) *De gestión*: Contemplan la relación jurídica entre la Administración y el particular, quien busca el reconocimiento de un derecho o interés legítimo protegido administrativamente. Ósea que son aquellos procedimientos que se inician y agotan con lo que la administración conteste a los administrados, pues le dan respuesta al derecho de petición consagrado en el art. 18 de nuestra constitución.

3) *Sancionatorios*: Son los procedimientos disciplinarios que buscan limitar a los funcionarios de la Administración, observando las extralimitaciones cometidas (sustanciando un sumario) y aplicándoles las sanciones correspondientes. También son sancionatorios los procedimientos correctivos, es decir aquellos que se refieren a los particulares, cuando son ellos los infractores; por Ej. el proceso que se debe seguir para multar al administrado o clausurarle establecimientos. Desarrollamos estos, cuando abordamos el régimen disciplinario de los servidores públicos.

4) *Rekursivos o impugnativos*: Son procedimientos fundamentales para el control de la voluntad, deseo o juicio de la Administración. Son los iniciados por los particulares interesados para impugnar actos administrativos definitivos o de trámite que le causen indefensión, con el objeto de obtener una decisión revocatoria o modificatoria de una decisión anterior. El recurso puede interponerse ante el mismo órgano cuyo acto administrativo se trata de impugnar o ante un órgano superior. Los procedimientos recursivos son aplicables en el ámbito de la Administración Pública centralizada y descentralizada. Los que trascienden a la administración, son ya procesos judiciales, ósea contenciosos administrativos.

Además existen procedimientos constitutivos, declarativos, organizativos, sancionadores, y ejecutivos. ¹⁶⁰ Los primeros originan el nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas determinadas. Los declarativos son los que atribuyen cualidades jurídicas a cosas, personas o relaciones determinadas. Los organizativos son los que tienen por objeto la creación, modificación o extinción de personas jurídicas o de organismos administrativos. Los sancionadores, son

¹⁶⁰ Silva Cimma, Enrique, Óp. Cit. Pág. 253.

aquellos por cuyo intermedio la administración ejerce su potestad sancionadora; y los ejecutivos son aquellos a través de los cuales la administración materializa el contenido de sus actos administrativos. Para el profesor González Navarro,¹⁶¹ los hay rígidos o formalizados, flexibles o no formalizados; lineales y triangulares, independientes e integrados.- Serán rígidos o flexibles, según si se encuentren o no sujetos a una tramitación predeterminada; en los flexibles, el instructor actúa de forma sencilla y con eficacia. Son lineales los relativos a los procedimientos inquisitivos o sumariales en que la administración es parte y juez al mismo tiempo; triangulares, aquellos en que el órgano administrativo se ubica en una posición de independencia e imparcialidad frente a dos o más administrados que se enfrentan con intereses contrapuestos. Son independientes aquellos que tienen independencia propia, y los integrados son los que se relacionan o emanan de otros, encontrándose vinculados entre sí, como sería el caso de los que regulan etapas que se preceden unas de otras.

C) Principios del procedimiento administrativo

Son un conjunto de garantías que permiten una eficaz labor de la Administración y, a la vez, la seguridad jurídica del administrado, es decir, su posibilidad de presentar recursos y efectuar reclamaciones frente a los actos de la Administración. Cualquier violación a alguno de estos principios acarrea la nulidad del acto administrativo que se dicta en vía del recurso. Los hay sustantivos, adjetivos, y de otra naturaleza. Los que tradicionalmente se han configurado y aplicado en el derecho procesal común, y más modernamente en el derecho procesal; de donde gradualmente y a fuerza de construcciones doctrinarias de jurisprudencia, se han traído al derecho administrativo sancionador o procesal administrativo.

1) **Principios sustantivos** o de fondo. Proviene del derecho natural y son recogidos por la Constitución de la República; su finalidad es la protección de los derechos fundamentales de los particulares o administrados.

¹⁶¹ Citado por Silva Cimma, Enrique, óp. Cit. Pág. 253.

- **Legalidad:** La Administración debe someterse, dentro del procedimiento administrativo, al estricto cumplimiento de las normas jurídicas, respetando los derechos subjetivos administrativos que dichas normas confieren a los administrados. Art. 86 Cn.

- **Igualdad:** Deriva directamente del art. 3 de la Constitución y consagra que todos los administrados en igual posición tienen derecho a ser tratados de igual forma. Por tanto la Administración no tiene facultades para otorgar privilegios o prerrogativas a los particulares ni para negar derechos arbitrariamente, basándose en parámetros de sexo, raza religión, etc.

- **Razonabilidad** o de justicia. La decisión que pone fin al procedimiento administrativo, es decir el acto administrativo tiene que ser razonable, fundado o motivado de forma proporcional a la finalidad que se busca; no puede ser una decisión arbitraria. Es decir que el concepto de razonabilidad encierra la idea de sentido común.

2) **Principios adjetivos:** o de forma. Estos principios se relacionan con el derecho procesal; son de jerarquía legal y reglamentaria y contribuyen al respeto de los principios sustantivos.

- **Informalismo a favor del administrado:** Es tanto una garantía como una característica del procedimiento administrativo, reflejo de la practicidad de la función administrativa. Implica la posibilidad del administrado de excusarse en relación con las exigencias formales no esenciales del procedimiento, las que pueden ser cumplidas con posterioridad. El administrado puede excusarse con respecto a las irregularidades a las nulidades relativas, quedando fuera de esta garantía las nulidades absolutas, ya que la existencia de vicios esenciales es inexcusable. La informalidad es sólo para el particular y no para la Administración, la que no puede basarse en este principio para no cumplir con las facultades legales que le competen.

- **Oficiosidad:** La Administración debe impulsar oficiosamente el proceso hasta su terminación, efectuando todos los actos tendientes a la finalización del mismo, documento en el cual se materializa el procedimiento administrativo.

- **Búsqueda de la verdad material:** La Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Esto obviamente, sin invadir esferas propias de los administrados.

La verdad material implica que, en el momento de la correspondiente toma de decisiones, la Administración debe remitirse a los hechos, independientemente de lo alegado o probado por el particular. Esto diferencia al procedimiento administrativo del proceso civil, donde el juez debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes, siendo éstas el único fundamento de la sentencia y tratándose, por tanto, de una verdad formal.

- **Debido proceso adjetivo:** Este principio, contenido en el Art. 11 de la Constitución, que consagra la garantía de defensa en juicio. Es pues, una garantía constitucional de ciertas formas procesales, que persigue el logro del bien común, pero sin avasallar los inviolables intereses particulares. El debido proceso adjetivo comprende tres derechos, a saber: a) *Derecho a ser oído:* Antes y después del acto administrativo. La Administración no puede decidir sin escuchar a la parte interesada o sin darle la posibilidad de expresarse sobre el mérito de la decisión. Este derecho se manifiesta, por ejemplo, en el derecho a pedir vista de las actuaciones (o sea a observar el estado del procedimiento en cualquier momento). A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el procedimiento administrativo los particulares pueden optar entre actuar personalmente (para lo que están legitimados) o por representante (el cual debe acreditar tal calidad). B) *Derecho a ofrecer y producir pruebas:* La prueba constituye la actividad material dirigida a determinar la veracidad de los hechos que hacen a la cuestión planteada. Los particulares tienen derecho a ofrecer y producir las pruebas que consideren pertinentes, las cuales se sumarán a las producidas y obtenidas de oficio. La prueba puede ser pericial, documental, testimonial, etc. La Administración no puede negarse a hacer efectiva la prueba ofrecida por el particular, salvo en casos excepcionales y cuando la prueba sea claramente

irrazonable, debiendo fundamentar su rechazo. *Derecho a una decisión fundada*: Este derecho se relaciona con el requisito esencial de motivación del acto administrativo, es decir que la decisión administrativa debe expresar los fundamentos que llevan a la emisión del acto.

- **Seguridad Jurídica**: En virtud de este principio, los recursos deben de ser utilizados con plena observancia de la normativa que los regula; es decir que se deben de plantear ante y durante la autoridad que la norma dispone, en el plazo que ella establece, y en la forma por ella requerida.

3) Otros principios:

- **Gratuidad o economía procesal**: Este principio es necesario para que el particular pueda intervenir en el procedimiento administrativo sin limitaciones de tipo económico. Como consecuencia de este principio no existe condena en costas, ni es necesario abonar impuestos o tasas en caso de impugnaciones.

- **Sencillez, rapidez y eficacia del procedimiento**: Tiende a que la actuación de la Administración y la participación de los particulares sea más eficiente, por medio de la simplificación de procedimientos, concentración de elementos de juicio, eliminación de plazos inútiles, flexibilidad probatoria, etc. En definitiva este principio propugna un empleo racional de tiempo y medios.

D) RECURSOS:

Los recursos son una extensión del derecho de defensa, expresado en la posibilidad de impugnar actos administrativos o judiciales desfavorables; derecho que además de estar garantizado en nuestro derecho interno, está reconocido internacionalmente en el art. 8 número 2 literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el derecho procesal común, se regulan los recursos o medios de impugnación a partir de los artículos 501 del C. Pr. C. y M., lo que traemos a cuenta por la aplicación supletoria que este derecho tiene en lo procesal administrativo; pues así lo reconoce el art. 53 de la LJCA, en relación al art. 20 del C.Pr.C y M; supletoriedad que debe de verse con la limitante que esta procederá si no se contrarían los principios administrativos; no es una automática aplicación. Reconoce principios y recursos que el derecho administrativo quizá no

desarrolle, y el administrado los podrá usar, pero lo resuelto en estos no será objeto de control en sede contenciosa administrativo; por los argumentos que más adelante diré. El objeto de todo recurso es obtener la impugnación de la parte resolutive de un acto administrativo¹⁶² desfavorable a los administrados. Los recursos son la vía constitucional, legal, reglamentaria, u ordenanzas mediante la cual se protege a los administrados y controla la legalidad de los actos administrativos. La sala de lo contencioso administrativo ha sostenido reiteradamente que los recursos administrativos son instituidos por el legislador con el objeto de ser utilizados por el administrado que se considere agraviado por el acto de autoridad; es decir, son previstos en beneficio del administrado. De ahí que las reglas que regulan su funcionamiento han de ser interpretadas en forma tal que faciliten su aplicación. Recursos que deben ser usados en tiempo y forma.¹⁶³ Lo anterior no significa, que a la administración no le sean útiles; pues si le sirven para corregir errores cometidos en la tramitación del acto, o en el acto mismo. Los hay reglados, cuando la ley expresamente los habilita; y no reglados, y son los que la administración habilita cuando le da respuesta a los administrados por medio de recursos instaurados al margen del ordenamiento jurídico administrativo; pero esa respuesta no puede constituir un acto administrativo impugnable en sede contencioso administrativo.¹⁶⁴ El único efecto de la interposición de un recurso no reglado, es suspender el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción contenciosa; puesto que una vez le sea resuelto desestimándole el recurso, se habilita de nuevo el plazo para acudir a la sala;¹⁶⁵ y además no le será exigible su agotamiento para acudir a la sede.

El vocablo “recurso”, proviene del latín *recursus*, que significa: acción o efecto de recurrir, vuelta y retorno de una cosa al lugar de donde salió.¹⁶⁶ Para el maestro

¹⁶² Art. 20 Código Tributario define y clasifica los actos administrativos.

¹⁶³ Sala de lo contencioso Administrativo CSJ, sentencia dictada el día 9 de enero de 2007; ref. 199-2006.

¹⁶⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, sentencia dictada el día 21 de Marzo de 2007; ref. 219-2006.

¹⁶⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, sentencia dictada el día 20 de Febrero de 2006; ref. 94-B-2002.

¹⁶⁶ Escobar Menaldo, R., Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España, en AA. VV., “Los Recursos Administrativos en Guatemala” Manuel Ballbe y Martha Franch

Héctor Fix Zamundio¹⁶⁷, el recurso administrativo es un derecho de impugnación que se tramita a través de un procedimiento, y que se traduce en una resolución – que anula, modifica, o confirma- que también tiene el carácter de acto administrativo.

La impugnación administrativa es requisito previo a la impugnación judicial, para acceder a la instancia judicial deben haberse agotado todas las instancias o recursos administrativos. Art. 7 lit. a de la Ley de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo. Modernamente, se tiende a aceptar jurisprudencialmente, que la utilización de los recursos administrativos, sea para el administrado potestativo,¹⁶⁸ y en caso de decidir no usarlo, acuda directamente a la sede contenciosa.

Debe tenerse en cuenta que los actos administrativos pueden ser: Definitivos o asimilables a definitivo (los que definen el fondo de la cuestión), interlocutorios (los que deciden una cuestión incidental dentro de un procedimiento principal); y de mero trámite (los que dilatan innecesariamente el procedimiento).

1) Recurso de reconsideración o revisión: Es la petición que se hace a la misma autoridad que emitió el acto, a fin de que lo modifique o lo deje sin efecto. Es optativo,¹⁶⁹ se interpone ante el órgano que dictó el acto administrativo, que es el competente para resolverlo. Si dicho acto hubiera sido dictado en competencia delegada, el recurso podrá presentarse ante el superior jerárquico; procede contra cualquier tipo de acto administrativo. Planteado en el C.Pr.C.y M. desde el Art. 540 y siguientes. También está regulado en leyes administrativas diversas, como por ejemplo en el art. 23 de la Ley de Ética Gubernamental, en el art. 56 de la Ley de Servicio Civil; art. 135 del Código Municipal, Art. 79 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, Arts. 5 y 7 de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados no Comprendidos en la Carrera Administrativa, Art. 76 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Art.

Saguer(Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002.

¹⁶⁷ Citado por Martínez Morales, Rafael I; óp., cit. Pág. 401.

¹⁶⁸ Así lo establece el inciso tercero del art. 148 de la Ley de Protección al Consumidor; D.L. 776, publicado en el D.O. número 166 del tomo 368 del día 31 de Agosto de 2005.

¹⁶⁹ Art. 148 Inc. 3º. de la Ley de Protección al Consumidor.

70 de la Ley de Corte de Cuentas, Art. 18 y sgtes. de la Ley de Procedimiento para la imposición del arresto o multa administrativos, etc.

2) **Recurso jerárquico o de apelación:** Es el medio por el cual un particular puede recurrir al órgano superior jerárquico a efectos de que se revea una disposición del inferior jerárquico (que haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo del recurrente) y, en su caso, se la revoque, suspenda, modifique, o anule. Se interpone ante el superior jerárquico del organismo administrativo de que se trate. Procede contra todo acto administrativo definitivo o asimilable a tal emanado de la Administración Pública centralizada. Puede presentarse directamente, no es necesario haber interpuesto previamente un recurso de reconsideración. El recurso jerárquico agota la instancia administrativa, dejando expedita la vía judicial; ósea que se puede acudir a la sala de lo contencioso administrativo a dirimir la legalidad o no del acto recurrido. Recurso que está regulado en diversas leyes administrativas, como por ejemplo en el art. 137 del Código Municipal, art. 123 de la Ley General Tributaria Municipal, Arts. 28 y 40-B de la Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por El Estado, art. 70 de la Ley de Corte de Cuentas. Recurso que en el derecho común esta desarrollado desde el art. 508 y siguientes del C.Pr.C.y M.

3) **Recurso de queja:** Es el recurso que se interpone ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de plazos (siempre que tales plazos no sean los fijados para la resolución de recursos). No es necesario intimar a la administración el pronto despacho. El incumplimiento de los plazos se da por el mero transcurso de los tiempos fijados por las normas; previsto en el Art. 1104 del C.Pr.C (ya derogado) En este caso no es un acto administrativo lo que se recurre, sino que el recurrido es el servidor público que tiene a su cargo el desarrollo del procedimiento administrativo, y que ha omitido decidir el recurso o un acto del procedimiento ene exceso del término legal para hacerlo. Por ello ante quien se interpone y quien resuelve el recurso, es el superior jerárquico inmediato del sujeto recurrido. No existe plazo para su interposición. La

interposición de este recurso no suspende el procedimiento principal. La resolución es irrecurrible. Véase el art. 13 lit. b de la Ley del Servicio Civil, que a nuestro juicio contiene un caso de queja, que podría constituirse ante el atraso injustificado de una comisión al no resolver un caso ante ella tramitado. En palabras de Roberto Dromi,¹⁷⁰ estamos en presencia de un mecanismo de reclamo ante la inacción, inactividad o silencio de parte de la administración, o cuando ha dejado transcurrir plazos previstos por las normas, o en ausencia de estos, ha transcurrido un término prudencial o razonable para decidir, y ni lo hace. A su juicio, esto además debe motivar un amparo.

4) **Recurso de aclaración:**¹⁷¹ Procede únicamente cuando se solicita la corrección de errores materiales, o se pide la explicación de términos o conceptos oscuros que aparezcan en la parte dispositiva del fallo de una resolución. Es un mecanismo para enmendar o corregir errores, o esclarecer conceptos y evitar la confusión, dudas o ininteligencias. Según Dromi, procede una vez notificado el acto definitivo, cuando exista contradicción en su parte dispositiva, o entre la motivación y la parte dispositiva; a fin de que se corrijan errores materiales, se subsanen omisiones o aclaren conceptos oscuros; siempre que no implique una modificación esencial del acto recurrido.¹⁷² No es vía para cuestionar asuntos de fondo, o puntos sobre los cuales el recurrente no está de acuerdo.¹⁷³ Además este previsto en el art. 71 de la Ley de la Corte de Cuentas, etc.

5) **Recurso de nulidad:** Fundado en los principios de trascendencia o relevancia, en base al cual el vicio que se alegue, debe de haber causado lesión a la parte que la alega; y en el de oportunidad, en virtud del cual, se deben de alegar en tiempo; este recurso asegura al administrado defenderse ante los vicios que se puedan manifestar a lo largo del procedimiento que ha sido el vehículo para la

¹⁷⁰ Dromi Roberto, Óp. Cit. Pág. 937

¹⁷¹ Art. 148 de la Ley de Protección al Consumidor, y 52 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹⁷² Dromi, Roberto, óp. Cit. Pág. 937.

¹⁷³ Sala de lo contencioso administrativo CSJ de El Salvador, sentencia dictada el día 25 de abril de 2005, ref. 123-G-2002.

emisión del acto recurrido. Las causas que pueden habilitar este recurso son de índole procesal o sustantiva, y deben de haberse planteado oportunamente, y ser capaces de generar indefensión, salvo saneamiento de estas. El acto será nulo, si por el vicio del que adolece, se ha privado de sus efectos. Esas nulidades procesales, deben de alegarse en un concreto perjuicio, y no en la sola defensa de la legalidad.¹⁷⁴ Existe la llamada nulidad de pleno derecho, mencionada en el art. 7 de la LJCA; pero no se especifica los supuestos que la motivan, y estos suelen recogerse en una norma sustantiva de aplicación general; así en la ley de INPEP se recogen dos casos de nulidades de pleno derecho, la mencionada en el art. 12 que sanciona con nulidad de pleno derecho todo lo actuado por un director de la junta directiva que ya haya sido removido del cargo; en el art. 20, también sanciona con esta nulidad, los ingresos y ascensos que no se hagan por vía de concurso; también en la ley orgánica de la Universidad de El Salvador, en el art. 181 sanciona con esta nulidad toda sanción impuesta al personal de esa corporación pública, impuesta en contravención al régimen disciplinario por ella planteado. Ejemplos que no presentan criterios o principios para poder distinguir este tipo de nulidad; y no obstante en la ley no hay parámetros, es la sala de lo contencioso administrativo la que debe de desarrollarlos, así lo dijo la sala de lo constitucional de la corte.¹⁷⁵ Se menciona indistintamente este problema de validez del acto, en tres grandes categorías: Irregularidades no invalidantes, nulidad relativa o anulabilidad, y nulidad absoluta; pero también se habla de inexistencia, para referirse a aquellos actos que carecen de los elementos esenciales que los doten siquiera de la apariencia de validez. Se debe de tener cuidado, ya que coinciden algunos supuestos de nulidad absoluta, de nulidad de pleno derecho, o de inexistencia. La nulidad de pleno derecho se caracteriza por ser imprescriptible, imposible de sanear, e ineficacia ab initio. La gravedad del acto nulo, no debe de verse desde la conducta del agente creador del vicio, sino desde la lesión que produce en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal. Se consideran supuestos de nulidad de pleno derecho, el

¹⁷⁴ Sala de lo contencioso administrativo CSJ, sentencia dictada el día 27 de febrero de 2007; ref. 351-C-2004.

¹⁷⁵ Sala de lo constitucional de la CSJ, sentencia dictada el día 9 de febrero de 1999; ref. 384-97

que se transgreda una norma de rango constitucional, se vaya en contra de una norma expresa; o se este en presencia de un funcionario manifiestamente incompetente. Este recurso, también está previsto en los Arts. 61 y 68 de la Ley de Servicio Civil, y en el art. 74 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; art. 101 y siguientes de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, etc.

6) **Recurso de revocación:** Es retirar un acto administrativo adoptado por la administración pública, ya sea por razones de ilegalidad, de oportunidad, o por ir en contra de los intereses públicos.- Esta puede ser de oficio, cuando los actos dictados y por revocar, no constituyan un menoscabo a un derecho subjetivo otorgado al administrado; pues en el caso contrario, deberá de seguirse el proceso de lesividad (de muy poca utilización por nuestra administración) que prescribe el Art. 8 de la LJCA. Hay que reparar que la revocación constituye una actuación administrativa sometida al principio de legalidad, y que por ende, para desplegarse debe estar fundada en una potestad que la habilite.¹⁷⁶ Desde los arts. 503 y siguientes del C.Pr.C.y M. se desarrolla este recurso. Administrativamente, este recurso, al igual que los demás, está dispersamente regulados; por ejemplo, está previsto en el art. 136 del Código Municipal, Art. 78 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, Art. 157 inc. 5 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; art. 64 y siguientes de la Ley de la Carrera Judicial, etc.

Aparece también el llamado **recurso de responsabilidad**, ej. Art. 21 de la Ley de Mercados de la Ciudad de San Salvador; y 147 del Código Municipal; mismo que a nuestro juicio no es un recurso, ya que no franquea o habilita ningún mecanismo de impugnación en contra de la decisión expropiatoria.

¹⁷⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, sentencia dictada el día 20 de Abril de 2005; ref. 139-S-2002.

Los plazos para la presentación de los recursos son obligatorios y perentorios. La única excepción es la denuncia de ilegitimidad, que es un instrumento de menor jerarquía que puede ser presentado fuera de los plazos legales, quedando su recepción librada a la discrecionalidad de la Administración. La denuncia de ilegitimidad no habilita la instancia judicial.

Una vez agotada la instancia administrativa, el particular tiene un plazo de sesenta¹⁷⁷ días para pasar a la instancia jurisdiccional. Cumplido este plazo, se produce la caducidad del derecho. Obviamente que para recurrir deben de existir circunstancias o elementos materiales que lo habiliten, por Ej. Tiene que existir una institución o funcionario que haya emitido el acto a recurrir; debe de existir un recurrente, el que normalmente será el particular o administrado afectado por el acto, e incluso puede ser la misma¹⁷⁸ institución de la administración que dicto el acto; debe de existir el acto a impugnar, el que generalmente debe de ser expreso reglado, definitivo, y no consentido; pero puede ser presunto,¹⁷⁹ discrecional, y consentido.¹⁸⁰ También debe de existir un procedimiento, que sirva de instrumento para ventilar o tramitar el recurso planteado; y por último, debe de dictarse una resolución que defina o resuelva el recurso; mismo que según el tipo o clase de recurso, revocara, reformara, o anulara el acto recurrido; y será o no definitivo e irrecurrible lo que se haya resuelto; salvo aclaración.

No profundizaremos el estudio de la jurisdicción contencioso administrativo, por no ser este el objeto de este ensayo; solo invitamos a estar pendiente de si se aprueba o no el proyecto de ley de esta jurisdicción antes mencionado; pues vendrá a cambiar drásticamente el objeto y ejercicio de esta sede jurisdiccional.

¹⁷⁷ Arts. 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹⁷⁸ Art. 8 de la Ley de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁷⁹ Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹⁸⁰ Art. 7 Inc. 2º. Idem.

X) GENERALIDADES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS:

Tanto el Estado como sus funcionarios, pueden perjudicar a los administrados; debiendo como consecuencia responderle por el perjuicio causado; pero se hace necesario, diferenciar cuando es el Estado el que causa el Daño, y cuando lo causa el funcionario; en el primero caso, por ser el Estado una persona jurídica, lo causa cuando el funcionario en el cumplimiento de sus funciones, ósea actuando a nombre de este; por actos o hechos afecta a los particulares; y es el funcionario, cuando este sin estar investido del estatus de tal, afecta al administrado. Así es como aparecen diferentes teorías que procuran explicar, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios. Y es que reconocerle personalidad jurídica al Estado u otro ente público, faculta al administrado a plantear en contra de este y demás entes públicos que la tenga, acciones por responsabilidad civil tanto de naturaleza contractual como extracontractual contra el mismo y su consecuente deber restituir o reparar e indemnizar con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales, municipales e institucionales emitidos por sus órganos (funcionarios y empleados públicos) en ejercicio de las funciones del poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.¹⁸¹ La responsabilidad directa que cabe a los funcionarios que han emitido o ejecutado el acto violatorio de las normas constitucionales o legales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en lo absoluto de la conducta del funcionario; ya que si bien es cierto que la aceptación de un cargo publico implica por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de exigir

¹⁸¹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1987, pp. 183 y 184.

responsabilidad a una persona que ocupó el cargo en fecha posterior a aquella en que ocurrieron los hechos.

El tema de la responsabilidad de los funcionarios del Estado, originada en los daños que causaren en el ejercicio de sus atribuciones, es una de las conquistas de la democracia, y de inexorable existencia en el Estado Constitucional de Derecho, pues como ya se dijo significa la sujeción del poder público al imperio del Derecho; recuérdese que el derecho administrativo después de todo, trata de equilibrar el ejercicio del poder de la administración frente a las libertades o derechos de los administrados.

El Estado será responsable civilmente, responsabilidad que clásicamente significaba la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia; requería entonces la concurrencia de tres elementos: El daño, apreciable económicamente; la antijuridicidad, y el dolo, culpa o negligencia de la persona que cometió el daño.¹⁸² El Estado entonces no respondía civilmente en los casos de daños fatales e inevitables o causados por la fuerza mayor o el caso fortuito. Responsabilidad que ha venido evolucionando, y se habla desde hace ya bastante tiempo de responsabilidad civil determinada por factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad; cubriendo así los factores de riesgo y los casos de culpa del funcionario. Sin embargo para algunos autores, la llamada Responsabilidad Civil del Estado, no es tal pues; no se trata de la clásica responsabilidad del derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas del código procesal civil y mercantil, ya que estas normas son utilizadas pero modificadas en atención a los principios del derecho público, así por ejemplo se establece que los bienes del Estado son Inembargables,¹⁸³ por lo que el Estado y sus Instituciones Autónomas deben establecer reglas para hacer efectivas las indemnizaciones de forma voluntaria.

Así por ej. en el Art. 423 del Código de Trabajo establece: "Si la sentencia condenare al Estado al pago de una cantidad líquida, el juzgador hará saber el

¹⁸² Linares, Juan Francisco, Estudios de Derecho Administrativo, Cap. X.

¹⁸³ Art. 1488 del Código Civil, y 62 del Código Municipal.

contenido de aquélla y su calidad de ejecutoria al Ministro del Ramo respectivo y al Presidente de la Corte de Cuentas de la República, así como a cualquier otro funcionario que determine la ley de la materia, a fin de que libren y autoricen las órdenes de pago con cargo a las partidas correspondientes del Presupuesto General de Gastos. Si por razones de índole puramente fiscal no fuere posible cargar la orden de pago al Presupuesto vigente, el Ministro del Ramo propondrá que en el Presupuesto General de Gastos del año siguiente, se incluyan las asignaciones o partidas necesarias para el pago de lo ordenado en la sentencia ejecutoriada.” Según el art. 424 del C. Tr. igual regla se utiliza para los casos en que los Municipios o las Instituciones Oficiales Autónomas son condenados a indemnización.

Por lo que para algunos la denominación no responde a la verdadera naturaleza de tal acción, y a lo sumo sirve para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, es decir en una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal. Sin embargo la responsabilidad de cualquier sujeto de derecho sometido a las reglas de derecho privado, no varía en gran medida de la responsabilidad del Estado, por lo que aun cuando existan diferencias, en esencia se trata de una relación de género a especie, donde la responsabilidad del Estado es la especie.

Así, si analizamos los elementos indispensables para que nazca una obligación de indemnizar son los mismos que para atribuirle Responsabilidad Civil al Estado, como los siguientes: a) “Una conducta activa u omisiva de la persona a quien se reclama la reparación; b) un criterio de imputación (culpa, riesgo, negligencia, beneficio, etc.); c) la existencia de un daño injusto que lesione un derecho jurídicamente protegido; d) la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño; e) en algunos ordenamientos cabe hablar incluso de un quinto elemento, la anti juridicidad de la conducta.”¹⁸⁴

¹⁸⁴ Reglero Campos, Fernando, Lecciones de Responsabilidad Civil, Editorial Aranzadi, S. A. pp. 34 y 35, España. 2002,

La acción u omisión del Estado puede causar daños al patrimonio o bienes jurídicos de los administrados, por lo que surgirá para aquel la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios ocasionados; ya que en el campo de los derechos patrimoniales, tenemos los derechos personales, que son complementos de la obligación, este fenómeno nace a la vida del derecho de ciertos actos, hechos o situaciones jurídicas a los que la doctrina denomina fuentes de las obligaciones.

Las Fuentes de las Obligaciones se clasifican en tradicionales y modernas, según el tiempo de aparición en el mundo jurídico. Entre los primeros el Art.1308 del Código Civil de El Salvador (C.C.) contempla el contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, la falta y la ley; y modernamente se habla del Acto Jurídico, Enriquecimiento sin Causa, Abuso del Derecho, Responsabilidad Civil Pre Contractual, Contractual, y Extracontractual, etc.

En los casos de Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos y del Estado puede provenir de diferentes fuentes de las obligaciones, por ejemplo de la figura del Cuasidelito, el cual según se desprende de lo dispuesto en el Art. 2035 C.C., es un hecho generador de perjuicios, cometidos sin dolo, pero con culpa, y que no es otra cosa que la misma Responsabilidad Civil Extracontractual de que modernamente se habla. En esta figura se encuentran todas aquellas conductas ejecutadas con culpa o negligencia, y que por haber irrogado perjuicio a un tercero crean a cargo del agente o autor del hecho, la obligación de indemnizar a la víctima por aquellos perjuicios, sin importar que tal conducta o hecho esté previsto o no en la casuística que los Art. 2065 y siguientes C.C. contemplan.

La responsabilidad civil puede revestir diversas formas, así por ejemplo en algunos casos se exige que la conducta dañosa sea culpable (Teoría de la Responsabilidad Subjetiva), y en otros se prescinde de ese dato subjetivo y se toma en consideración únicamente la existencia de un daño y la relación causal entre este y la acción del empleado o funcionario (Teoría de la Responsabilidad Objetiva)¹⁸⁵. Sin embargo la primera de ellas, es decir la responsabilidad subjetiva

¹⁸⁵ Para algunos la Responsabilidad Civil Objetiva es inconstitucional por cuanto un sujeto de derecho debe responder por un daño causado sin intención y en ocasiones en cumplimiento de un

a juicio de la jurisprudencia, solo es posible en la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, pues la sala de lo constitucional ha dicho que: “Cuando el acto ha sido realizado en cumplimiento de una disposición legal y la autoridad responsable no ha actuado por error, sino en cumplimiento de una posible interpretación de la ley, es decir, ajustando su conducta a la ley secundaria, pero no a la normativa constitucional; al obedecer la ley, aunque ésta adolezca de inconstitucionalidad, no puede atribuirse responsabilidad a la autoridad que directamente pronunció el acto reclamado, desplazándose la responsabilidad al Estado”;¹⁸⁶ mas no en la responsabilidad del Estado, ya que contraria a la del funcionario, deviene en objetiva, pues aquél es un ente ficticio que no posee una voluntad consciente y libre, por lo que no puede actuar dolosa o culpablemente, el segundo tipo de responsabilidad, por otra parte es aplicable casi en la totalidad de los casos al Estado, de acuerdo a criterios jurisprudenciales, establecidos por la Sala de lo Constitucional. La calidad subsidiaria de la responsabilidad estatal surge no solo ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario, sino también cuando a este no le es dable imputársele culpa alguna.

En algunos supuestos además se exige que el daño sea físico y apreciable en dinero (Responsabilidad Material)¹⁸⁷, como el caso señalado en el Art. 20 Inc. 2 de la Constitución de El Salvador (Cn.), mientras que en otros casos es indemnizable el daño moral (Responsabilidad Moral)¹⁸⁸ como el caso del Art. 2 Inc. 3 Cn., ambos casos también son contemplados en el Art. 245 Cn. al que se hará mención a continuación.

deber jurídico. Sin embargo el hecho de que la responsabilidad civil cumpla una función predominantemente reparatoria y no sancionatoria justifica la constitucionalidad de los sistemas objetivos de responsabilidad.

¹⁸⁶ Sala de lo Constitucional de la CSJ, sentencia de amparo dictada el día 26 de abril de 2000. Ref. 453-98).

¹⁸⁷ Art. 20 Constitución de la República de El Salvador: “La morada es inviolable y sólo podrá ingresarse a ella por... La violación a este derecho dará lugar a reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados”.

¹⁸⁸ Art. 2 inc. 3 Constitución de la República de El Salvador: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Desde la Constitución de la República como norma superior de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran diversas disposiciones acerca de la responsabilidad civil tanto de los Funcionarios y Empleados Públicos como del Estado, así el Art. 245 Cn. establece que: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta constitución.” De la disposición antes relacionada se extrae que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos es directa, mientras la del Estado es subsidiaria en relación a ellos, sin embargo la practica en El Salvador ha sido hasta el momento que los agraviados presentan la demanda de indemnización no solo contra el funcionario o empleado responsable o causante del daño sino además contra el Estado, mientras en otras ocasiones optan por demandar directamente al Estado, sin aplicar la subsidiaridad de la responsabilidad del mismo. Dicha práctica ha sido admitida tanto por los tribunales, como por la Fiscalía General de la República a través del Fiscal General a quien corresponde representar al Estado en toda clase de juicios;¹⁸⁹ debido a dos causas básicas, una de hecho y otra de derecho; la primera de ellas obedece a que aquellos que han demandado directamente al funcionario o empleado responsable del daño muchas veces han visto frustradas sus pretensiones ya que estos en muchas ocasiones no tienen la capacidad económica para pagar la indemnización, en otras ocasiones las sentencias de los tribunales demoran tanto que los funcionarios o empleados que emitieron el acto que causo el daño, ya no se encuentran ocupando sus cargos, por lo que se dificulta o imposibilita la ejecución de la sentencia. La segunda causa obedece a que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido algunos Criterios Jurisprudenciales al respecto de la responsabilidad de los funcionarios públicos como los siguientes: “ *La responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio de las disposiciones constitucionales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en*

¹⁸⁹ Art. 193 Cn. Corresponde al Fiscal General de la República: ord. 5º →Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios...

absoluto de la conducta del funcionario; ya que, si bien es cierto que la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo la obligación de desempeño ajustado a las normas constitucionales, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no esté en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional”.

Lo anterior no significa una remisión de manera plena a la culpa subjetiva, es decir, la actuación del funcionario con la intención de causar daño o error inexcusable; ya que, tratándose de una responsabilidad extracontractual que deriva exclusivamente de la ley, en principio se aduce la inexcusabilidad del error o ignorancia del funcionario. No obstante, dicha responsabilidad debe apreciarse a partir de ciertos aspectos fácticos, como son: la extralimitación o cumplimiento irregular de las atribuciones, negligencia inexcusable, ausencia de potestad legal, malicia, previsibilidad del daño, anormalidad del perjuicio u otros. Lo anterior significa que el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones. Por consiguiente, el examen de la responsabilidad directa del funcionario debe realizarse teniendo en cuenta los aspectos de hecho ya relacionados; sin embargo, deberá procederse con más rigor cuando se trate de situaciones comunes o resueltas con anterioridad, pues siendo la Sala de lo Constitucional el que de modo definitivo, desarrolla, amplía y llena el contenido de las disposiciones constitucionales, ninguna autoridad puede dar a éstas una interpretación diferente a la que da esta Sala, pues de hacerlo violaría la Constitución. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la calidad subsidiaria de la responsabilidad estatal surge no sólo ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario, sino también cuando éste no es dable imputársele culpa alguna. La responsabilidad del Estado, contraria a la del

funcionario deviene en objetiva, pues aquél no posee una voluntad consciente y libre, por lo que no puede actuar dolosa o culpablemente.”¹⁹⁰

Por otra parte, la Constitución de la República ha establecido reglas especiales en cuanto al Órgano Ejecutivo en el Art. 171, en el que se establece: “El Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los Ministros y los Viceministros de Estado, son responsables solidariamente por los actos que autoricen. De las resoluciones tomadas en Consejo de Ministros, serán responsables los Ministros presentes o quienes hagan sus veces, aunque hubieren salvado su voto, a menos que interpongan su renuncia inmediatamente después de que se adopte la resolución.”

Significa que frente a un acto emitido por cualquiera de los funcionarios anteriormente relacionados, ya sea a título individual o como colegiado en el consejo de ministros; lesionen o afecten los derechos de los administrados, deberán responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados y el Estado subsidiariamente en relación a estos, bajo los mismos criterios que antes se han mencionado; sin embargo en relación a los Diputados que conforman el Órgano Legislativo la misma Constitución estableció un tratamiento diferente, por cuanto se ha entendido que les concede el beneficio de Inimputabilidad de ningún tipo de responsabilidad, por cuanto el Art. 125 expresamente señala que: “ Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.” Esto no significa que el órgano legislativo sea irresponsable.

¹⁹⁰ (Sentencia en el proceso de amparo del 19/01/1999. Ref. 386-97) (Sentencia en el proceso de amparo del 09/02/1999. Ref. 337-97) (Sentencia en el proceso de amparo del 09/02/1999. Ref. 64-98) (Sentencia en el proceso de amparo del 11/02/1999. Ref. 19-R-96) (Sentencia en el proceso de amparo del 27/04/1999. Ref. 171-97) (Sentencia en el proceso de amparo del 13/VII/1999. Ref. 419-98) (Sentencia en el proceso de amparo del AS16797.99).

La doctrina sostiene que los funcionarios o empleados del Órgano Legislativo y del Órgano Judicial no tienen responsabilidad directa por los perjuicios que ocasionen a los administrados, cuando este proviene del ejercicio de la Función Legislativa o Jurisdiccional respectivamente, por cuanto solo en el ejercicio de la Función Administrativa siempre responde tanto el funcionario responsable como el Estado, independientemente a que órgano pertenezca el funcionario o empleado. No debemos de olvidar que los tres órganos principales de gobierno tienen asignada una función primordial, lo cual no significa que a su vez cada órgano por excepción realice las otras dos funciones; así por ejemplo si un Diputado que es parte del órgano legislativo cuya función principal es la Legislativa, realiza por excepción función administrativa sancionando, despidiendo o destituyendo a un empleado, respondería por los daños ocasionados.

Sin embargo la Constitución no especifica de qué tipo de responsabilidad quedan excluidos los diputados, por lo que se ha interpretado que no responden en ningún caso y de ninguna forma, esta situación se evidencia en la Jurisprudencia establecida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que a continuación se relaciona: En la Sentencia 44-C-96, en la que la Asamblea Legislativa es demandada en un Proceso de Amparo por el Dr. Eduardo Benjamín Colindres, Magistrado del Tribunal Supremo Electoral¹⁹¹ quien había sido destituido por dicho órgano de gobierno antes de finalizar el plazo para el que había sido electo. El recurrente manifestaba esencialmente en su demanda: “que mediante decreto legislativo número 2, del 11 de agosto de 1994, publicado en el Diario Oficial número 158, tomo 324, del 29 de agosto de 1994, fue electo magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral, para un período de 5 años.

De acuerdo a lo que establece el Art. 208 de la Constitución, que mediante decreto legislativo 899 de la Asamblea Legislativa, de fecha 22 de noviembre de 1996, el cual le fue notificado hasta el 28 del mismo mes, se le hace saber que ha cesado en sus funciones como magistrado propietario del Tribunal Supremo

¹⁹¹ El Tribunal Supremo Electoral es la máxima autoridad en esta materia y a quien corresponde organizar, fiscalizar las elecciones, y demás actividades concernientes al sufragio. Arts. 208 -210 Cn.

Electoral, a partir de la fecha del decreto; que el acto administrativo de la Asamblea a través del cual se le nombra como magistrado propietario del referido Tribunal para un período de 5 años, indiscutiblemente generó para él el derecho de ejercerlo durante el tiempo señalado por la Constitución y a percibir el salario que corresponde. Que dicho decreto 899 le hace cesar en sus funciones sin respetársela lo que se conoce como garantía de audiencia, consagrada en el Art. 11 de la Constitución; que la esencia de dicha garantía es la precedencia del juicio al acto de privación del derecho, y en el que se goce de una real oportunidad de defensa; que la garantía de audiencia no es sólo una obligación de los tribunales o de las autoridades administrativas, sino que obliga a todos los órganos del Estado. En tanto que la esencia de la Garantía de Audiencia en su esencia no sólo responde a la protección del gobernado sino que a razones de orden público; que los funcionarios públicos no pueden ser separados de sus cargos sino hasta cumplir el período por el cual fueron electos, salvo que incurran en motivo legal para su destitución; que la Sala de lo Constitucional, en muchas sentencias y en diferentes épocas, ha reconocido que ningún empleado o funcionario público puede ser separado de su cargo con violación a la garantía de audiencia, pues se considera una garantía fundamental y absoluta, salvo las excepciones que la misma Constitución señala en sus artículos 162 y 193¹⁹². Que las facultades de la Asamblea Legislativa o de cualquier órgano del Estado no son absolutas y, por lo mismo, todas las personas para ser separadas de sus cargos deben ser previamente oídas, con el objeto que tengan la oportunidad de defenderse y así poder controvertir los hechos que se le imputan; que lo establecido por esta Sala en su doctrina es claro que aún en aquellos casos en que el motivo de la separación es justificado, pero que no se ha respetado la garantía de audiencia, opta por amparar al agraviado. Que la decisión de la Asamblea Legislativa de separarlo de su cargo viola los Arts. 2 y 11 de la Constitución; que ninguna de las afirmaciones que se hacen en el acuerdo legislativo 899 han sido discutidas ni probadas de manera previa por el Órgano Legislativo; este también con dicho

¹⁹² Artículos donde se señala la facultad del Presidente de la República y del Fiscal General de la República para remover a los funcionarios y empleados de su dependencia.

decreto le ha violado el derecho que tiene al trabajo durante el período establecido en la Constitución como magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral y a percibir el salario que le corresponde, pues esa decisión ha sido tomada en abierta violación a la garantía de audiencia, pues nunca se le comunicó absolutamente nada sino hasta el día mismo en que se le entregó la esquila firmada por el Secretario de la Asamblea.”¹⁹³

La Sala de lo Constitucional, en la parte expositiva o en los considerandos de la sentencia expreso los siguientes términos: El Art. 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales señala el efecto normal y principal de la sentencia que concede el amparo: es el restitutorio, el cual debe entenderse en forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: el restablecimiento del orden constitucional violado y la reparación del daño causado. 1.- Reconocida por este tribunal la existencia de un agravio personal y directo al impetrante, la consecuencia natural y lógica es la de reparar el daño causado, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos, restableciendo al agraviado en el pleno uso y goce de sus derechos violados...Teniendo en cuenta el sentido de los períodos de los funcionarios, en el presente caso se concluye que el efecto restitutorio se traduce, necesariamente, en el reinstalo en el cargo. 2.- Por otro lado, consecuencia de la destitución que padeció el demandante es que dejó de percibir los salarios que le correspondían en razón del cargo. Tal perjuicio es un daño inmediatamente cuantificable, pues se trata de meras operaciones aritméticas, determinadas por los salarios dejados de percibir desde la fecha de la destitución hasta la fecha de la presente sentencia; por lo que el pago de los mismos es dable ordenarse en esta sentencia. Sin embargo, el presente caso presenta la peculiaridad que la afectación a la esfera jurídica del demandante se suscitó mediante violación al derecho constitucional de audiencia llevada a cabo por entidad estatal de la que no dependía administrativamente el pago de salarios del demandante; es decir, el acto

¹⁹³ Sentencia 444 – C – 96, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, PP.1 y 2.

violatorio de la Constitución afectó la relación de servicio entre el impetrante y el Tribunal Supremo Electoral, pues los magistrados del Tribunal Supremo Electoral no dependen administrativamente de la Asamblea Legislativa, ni dicho Tribunal es una dependencia del órgano legislativo. Esto significa que los salarios que corresponden al señor Colindres estaban contemplados en el presupuesto del Tribunal Supremo Electoral, y provenían de la partida asignada al referido Tribunal. Por ello, si bien es cierto que la autoridad responsable de la violación constitucional es la Asamblea Legislativa, el pago de los salarios ha de hacerse por el Tribunal Supremo Electoral, por lo que la presente sentencia deberá notificarse a dicho Tribunal; y sólo en caso de no poder hacerle frente a tal gasto en el presente ejercicio, deberá la Asamblea disponer la partida respectiva para cubrir el pago de los salarios a que se ha hecho referencia. 3.- Por último, el citado Art. 35 preceptúa que cuando el acto se hubiere ejecutado aunque fuere en parte de un modo irremediable, habrá lugar a la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra el responsable personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado, sin embargo, en el presente caso existe la circunstancia que el acto violatorio de la Constitución fue producido por la Asamblea Legislativa, la que conforme al Art. 121 Cn.- "es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados"; y en relación a los mismos, el Art. 125 Cn. dispone: "Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan". Al respecto, no interesa a efectos de esta sentencia pasar repaso a las distintas prerrogativas penales o procesales que aparecen en la Constitución, ni profundizar la naturaleza y alcance de la figura de la inviolabilidad de los diputados, pero sí resulta indispensable señalar que ésta sólo se justifica como instrumento de protección del regular funcionamiento de la Asamblea Legislativa. En el caso sub júdice, el acto reclamado y estimado contrario a la Constitución fue dictado en una sesión plenaria del cuerpo legislativo, no tratándose de un acto particular de los diputados, sino de una actuación realizada investida de su calidad de diputados. Se trata, en consecuencia, de un acto de la Asamblea Legislativa, no imputable individualmente a ningún diputado, por lo que perfectamente encaja

la situación examinada en el supuesto de inviolabilidad que consagra la normativa constitucional; y siendo así, no es posible -en razón de la inviolabilidad parlamentaria- atribuir a los diputados responsabilidad civil, por lo que la misma se desplaza al Estado.”

La Sala de los Constitucional falló amparando al demandante, ordenando su reinstalo y el pago de los salarios no devengados así como señalando que procede la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra el Estado directamente y no contra los Diputados, por considerar que los hechos se enmarcan en lo dispuesto por el Art. 125 Cn.

Cuando un acto violatorio de derechos constitucionales se hubiere ejecutado de un modo irremediable, habrá lugar a la acción civil de indemnización de daños y perjuicios, en el caso que se acaba de plantear según nuestro criterio habría lugar a la Acción Civil de indemnización de daños y perjuicios no contra el Estado directamente tal cual falla la Sala de lo Constitucional, si no contra los funcionarios responsables personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado. Lo anterior en tanto haya existido un acto violatorio de derechos constitucionales, ejecutado en este caso por los Diputados de la Asamblea Legislativa pero no en el ejercicio de su función principal como es la función legislativa, sino en ejercicio de una función administrativa en la que anteriormente se señalara que los funcionarios públicos siempre responden personalmente y el Estado solo subsidiariamente.

Sentencia que no compartimos en su totalidad, pues consideramos que la interpretación de la Sala de lo Constitucional se excede ampliamente en el ámbito de aplicación de la norma constitucional antes referida, pues esta excluye la responsabilidad de los diputados por los votos que emitan, en relación a la creación de las leyes, más no en la realización de otros actos de carácter administrativo en flagrante violación de la Constitución, pues que esto propicia que los funcionarios públicos sean menos cuidadosos con las decisiones que adoptan

sin reparar el perjuicio que causan a los administrados, lo que definitivamente no fue lo que quiso prever el Constituyente al establecer esa disposición.

Existe entonces responsabilidad por actos judiciales, cuando por medio de un acto judicial posterior, dictado normalmente en vía de recurso, el mismo órgano judicial reconocer el error judicial cometido, lo que habilita al administrado a plantear el reclamo de indemnización, siempre que concurren los elementos siguientes: Que el acto judicial que original el daño sea dejado sin efecto y declarado ilegal, que los daños sufridos no sean imputables a conductas culposas del particular que los soporta; y que sea pedida la reparación, pues no procede de oficio. Esta responsabilidad por errores judiciales se reconoce para garantizar la integridad y plenitud de la justicia.- La responsabilidad por actos legislativos, requiere que haya ley expresa que la determina, en cuyo caso habrá que adecuar el daño a los presupuestos normativos a fin de que proceda; pero puede haber ausencia de ley expresa, debiendo en cuyo caso determinar judicialmente si se ha producido el daño o lesión a principios o derechos constitucionales que funden su procedencia; y puede incluso existir ley expresa que la niegue, en cuyo caso el administrado deberá solicitar la reparación, cuestionando la constitucionalidad de la ley que se lo está impidiendo, sobre la base de que es el órgano judicial el que administra justicia y no el legislativo. También hay que decir, que la responsabilidad además, puede ser civil, penal, administrativa, política y ética; y solo la primera puede ser intentada en contra del estado y sus funcionarios; las demás, son solo en contra de los funcionarios.

El Estado, con el afán de resarcir los perjuicios a los administrados, crea mecanismos por medio de los cuales pueden tutelar sus derechos, y evitar así el apareamiento del perjuicio; algunos de estos mecanismos son los recursos administrativos o judiciales, el habeas corpus, el ampara, la acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y reglamentos, el habeas data, acciones de retrocesión (en los casos de expropiación), medidas cautelares en contra del estado, la acción de repetición; pretensiones reparatorias en contra del estado planteadas ante organismos internacionales por violaciones a derechos

humanos, acciones de reclamos para arreglos de diferencias relativas a inversiones extranjeras, etc.

Este tema de la responsabilidad del estado o de sus funcionarios, se puede ubicar en la parte procesal del derecho administrativo si se deduce judicialmente; pero lo hemos querido plantear por separado, a fin de facilitar su comprensión.

Esperamos que con las anteriores ideas, expresadas en el presente manual; hayamos podido ayudar a los estudiantes de esta disciplina, a encontrar pasión por el conocimiento de esta, y el desafío para profundizar conociéndola; superando con creces el presente, que es solo un indicio de esta importante disciplina.

XI) BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- a) Derecho Administrativo, Roberto Dromi, séptima Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998.
- b) Manual de Derecho Administrativo, Manuel Martínez Morales, Editorial Harla, México, 1991.
- c) Manual de Derecho Administrativo, Roberto Báez Martínez, Editorial Trillas, México, 1997.
- d) Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Manuel María Diez, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980.
- e) Manual de Derecho Administrativo, Tomo II, Manuel María Diez, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1980.
- f) Derecho Procesal Administrativo, Manuel María Diez, Editorial Plus Ultra, Argentina, 1983.
- g) Monografía El Acto Administrativo, Eduardo Gamero Casado, Escuela Nacional de la Judicatura, Consejo Nacional de la Judicatura, Edición 2001.
- h) Manual de Justicia Administrativa, José María Ayala, y otros; Escuela Nacional de la Judicatura, Consejo Nacional de la Judicatura, Edición 2003.

- i) Manual de Derecho Administrativo, Jorge Olivera Toro, séptima edición, editorial Porrúa, Argentina, 1997.
- j) Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, Emilio Rodríguez Román, tercera edición, editorial Márquez del Duero, Madrid, España, 2001.
- k) Derecho Administrativo Chileno y Comparado; Enrique Silva Cimma; editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
- l) Génesis del Derecho Administrativo En El Salvador, Ricardo Mena Guerra, San Salvador, El Salvador, 2005.
- m) La estabilidad laboral del servidor público en El Salvador, Dr. Orlando Baños Pacheco, 1ª. Edición, publicación especial numero 30 de la Corte Suprema de Justicia, 1999.
- n) El Proceso de Privatización de Servicios Públicos y los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador; Soledad Quintanilla, Publicación de la Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Marzo de 1998.
- o) Manual del Concejal de Madrid, Pedro Antonio Martin Pérez; edición de la comunidad de Madrid, España, 1995.
- p) Teoría del Estado, Darío Villalta Baldovinos, editorial e imprenta de la Universidad de El Salvador, primera edición, 1999.
- q) Teoría del Estado y Derecho Constitucional, J.A. González Casanova, Editorial Vicens-Vives, 2ª. Edición Revisada; España, 1983.
- r) Derecho Político, Alejandro Silva Bascuñan, Editorial jurídica de Chile, 1985.
- s) Teoría Política, Héctor Gonzales Uribe; Editorial Porrúa S.A. cuarta edición, México, 1982.
- t) Teoría del Estado, Francisco Porrúa Pérez, Editorial Porrúa S.A., México, 1977.
- u) Derecho Constitucional, Feliciano Calzada Padrón, edición actualizada, editorial jurídica Harla, México, 1990.
- v) Estudios de Derecho Administrativo, cap. XX y XXI; Estudios de Derecho Administrativo, Juan Francisco Linares.
- w) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cap. XV; de Agustín Gordillo, 8ª. Edición 2003.

- x) Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del año 2001.
- y) Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del año 2005.
- z) Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del año 2006.
- aa) Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del año 2007.
- bb) Líneas y Criterios jurisprudenciales de la sala de lo civil de la corte suprema de justicia de El Salvador, año 2006.
- cc) Catalogo de Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador del año 1993.
- dd) Normas de Conducta de la Función Pública, decreto 30/003, del 23 de Enero de 2003, Montevideo, Uruguay.

Diciembre de 2011.