



LECCION QUINTA.



SUMARIO.

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

SEÑORES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tes de que la adjudicacion sea aprobada, ni el último para que se le admita su postura sin abono. En todas estas especies, un *interes* es el herido, y por lo mismo no tiene lugar el recurso contencioso.

La adjudicacion, una vez aprobada, constituye sin duda un derecho adquirido en favor del rematador; pero respecto de los postores que fueren excluidos, la aprobacion es un acto de administracion graciosa que no podrán reclamar sino en el caso que se hubiere faltado á las formalidades legales; seria entónces el exceso del poder el que fundaria el recurso contencioso.

La aprobacion del gobierno en los remates de los bienes que pertenecen al erario federal, es un principio reconocido por nuestra administracion; y se ha dado ya el caso de haberse *declarado por la misma administracion nulo* un remate por falta de este requisito. El juez de hacienda de Sombrerete adjudicó en almoneda pública unas casas y huerta, pertenecientes al Banco nacional, y el supremo gobierno general, en órdenes dirigidas á la tesorería, de 10 y 22 de Septiembre de 1842, y 29 de Noviembre del mismo año, declaró nula la adjudicacion, por haberse hecho sin conocimiento ni noticia de la tesorería, y por no haberse obtenido la aprobacion del gobierno, mandando se hiciesen nuevas almonedas, y que la tesorería diese al efecto las prevenciones que estimara necesarias. El artículo 73 de la ley de 17 de Abril de 1837, prevenia que todas las compras que se ofrecieran por

cuenta del erario y pasaran de quinientos pesos, se hiciesen precisamente con junta de almoneda, y que con sus actas se *diera cuenta al supremo gobierno*.

A las especies de *interes herido* pertenece tambien la prohibicion de vender un remedio secreto. Esta venta no podria hacerse sino á virtud de una autorizacion. Antes de esta, por grande que fuera el *interes* que se tuviera para vender, no habria *derecho* en que poder apoyar el recurso contra la prohibicion.

Todos los actos de la administracion, que por sus consecuencias directas, próximas ó remotas, pueden disminuir el valor intrínseco de una propiedad sin causar un daño material, no pueden ser contenciosos. Si este principio no se admitiera, los actos de la administracion se verian frecuentemente atacados, á pretesto de que disminuirian el valor de las propiedades, y la accion de la administracion se enervaria de tal manera, que llegaria á hacerse del todo ineficaz. Podrá suceder muy bien que bajen los arrendamientos de las casas en la plazuela á donde el gobierno juzgue conveniente trasladar las ejecuciones de muerte, porque no haya muchos que quieran vivir en tal lugar; los dueños de las fincas no tendrian *derecho* para oponerse por la via contenciosa á la determinacion del gobierno. Muy *interesados* pueden estar los dueños de ciertas fincas en que la fuente pública esté situada en tal lugar; mas si la admi-

nistracion acuerda trasladarla á otro, tampoco tendrían *derecho* para hacer contencioso el acto administrativo. Si los particulares, en estos casos pudieran hacer tales reclamos, una ciudad intentaría tambien su queja por la via contenciosa, porque se mandase trasladar á otra un colegio ó algun otro establecimiento público, y exigiria indemnizacion por el daño que podria causarse á su prosperidad. Nada podria hacer la administracion sin contienda. Allá nos conduciria la confusion del *interes* con el *derecho*. Ningun derecho tiene la ciudad para oponerse por la via contenciosa á la traslacion de los establecimientos, ni los dueños de las casas á la de las fuentes ó lugar de las ejecuciones; y el *interes* que puedan alegar será considerado por la administracion, de la manera establecida para las materias graciosas.

Por los mismos principios, la autorizacion para abrir nuevos teatros no daria lugar al recurso contencioso, no obstante que otros teatros primeramente establecidos, tuvieran que sufrir por la concurrencia.

Respecto de los talleres insalubres é incómodos, es tan grande el interes que los vecinos tienen en que no se establezcan, que seria conveniente el que la ley, como sucede en Francia, considerara este interes como un derecho, y concediera el recurso contencioso. En tal caso, el mismo recurso habria cuando el gobierno quisiera establecer un taller de igual naturaleza, v. g., una fábrica de pólvora. Si

la conveniencia ó la necesidad pública fuese tal que exigiese el establecimiento de la fábrica dentro de la poblacion, podrian entónces los vecinos reclamar una indemnizacion por daños eventuales, cuya liquidacion deberia reservarse á la administracion.

Las suscripciones particulares vienen muchas veces á auxiliar al Estado, á los distritos, y aun á las municipalidades para aliviar á los desgraciados, levantar monumentos, y aun construir grandes obras públicas; cual sea el *derecho* que en tales especies tengan los suscritores por la cantidad con que han contribuido, es una cuestion de bastante gravedad; pero que podrá resolverse si se consideran con atencion é imparcialidad los principios sobre que se funda la buena administracion del Estado.

Si con motivo de una peste ó de cualquiera otra calamidad ó desgracia, se ha formado por suscripcion un fondo para socorrer al infortunio, la distribucion de esta suma pertenece á la administracion graciosa, que se entiende no haberla aceptado sino con esta condicion. La razon es, porque no habiendo duda acerca del objeto de la suscripcion, y habiendo los suscritores contribuido simplemente sin otras condiciones, es muy claro que su fin no es embarazar las atribuciones de la administracion, sino únicamente ayudarla para el socorro que debe á los desgraciados. Si el objeto de la suscripcion es erijir un monumento, construir una fuente, ó

cualquiera otra obra de utilidad comun, no se les puede negar el *derecho* que individualmente tienen para exigir que las sumas con que han contribuido se apliquen al objeto á que las han destinado; sus reclamaciones darian entónces lugar á una discusion contenciosa. Si se tratase de la suscripcion hecha en una municipalidad, y el ayuntamiento quisiese emplear la suma en otro objeto, los suscritores podrian reclamar ante el gobierno, para que en virtud de su poder de tutela, impidiera la diversa aplicacion.

Mas delicada es todavia la cuestion respecto del *derecho* de los suscritores, una vez que el fin de la suscripcion se ha llenado, y que el monumento ó el edificio han pasado al dominio público. ¿Conservará cada uno de los suscritores para siempre un *derecho* individual á la propiedad de este monumento ó de este edificio? Parece claro que no. Pues que si han contribuido llanamente sin reserva de ninguna especie, lo han hecho sabiendo que la obra una vez concluida debia pasar al dominio público, y por lo mismo no podia quedar en el de los particulares. Razones de órden público, y aun de seguridad pública, pueden obligar á la administracion á destruir el monumento, y los suscritores no tendrian derecho para oponerse. Mas si el precio de los materiales del monumento destruido excediese á los gastos de su demolicion, podrian repetir el exceso á prorata, de la cantidad con que contribuyeron. Así como en el caso de que el mo-

numento no se hubiera levantado, nadie les negaría el derecho de repetir las sumas que habian desembolsado. Si alguno dejase en su testamento un legado para que precisamente se construyese tal obra, v. g., una fuente, ó se invirtiese determinadamente en la instruccion pública, los herederos del testador tendrian el *derecho* de pedir y de vigilar que se cumpliese, invirtiendo la cantidad legada en la obra señalada por el testador. Las dificultades que sobre esto se suscitaran serian del dominio de la autoridad contencioso-administrativa. Los permisos y tolerancias de la administracion, no constituyen derecho alguno de parte de las personas á quienes se permite ó tolera el que hagan ó practiquen alguna cosa. Es el poder administrativo un poder benévolo y protector que acuerda permisos y tolera; mas si los retira, no hiere ningun derecho, aunque se ofendan, á veces, grandes intereses.

Puede la administracion conceder á algun individuo el permiso de que construya un edificio dentro del radio de una plaza sitiada, bajo la condicion expresa de que habrá de demolerlo á la primera intimacion que se le haga; ¿en qué podria fundar este individuo un recurso contencioso contra la intimacion? Obtendrá tal vez por reclamaciones graciosas, que se le continúe la tolerancia; mas nunca se le admitiria el recurso. Si así no fuera, se pondria á la administracion en un estado de no conceder nunca permisos, y de no tole-

rar nada, supuesto que encargada de la conservacion de los intereses generales, aquellos habian de ser un obstáculo para cumplir con un deber tan sagrado. La discusion y el recurso contencioso, están igualmente prohibidos al propietario que ha obtenido el permiso de edificar, mientras se abre un camino, ó mientras se establece un mercado. Mas si en la autorizacion no se hubiere expresado condicion ninguna, sino que el permiso hubiese sido puro y sencillo, llegando la vez de abrir el camino ó de establecer el mercado, el caso seria de expropiacion, por causa de utilidad pública.

Para reconocer, pues, en los permisos y tolerancias el verdadero carácter del acto administrativo, es preciso atenerse á la condicion impuesta al individuo autorizado, condicion que patentizará la justa libertad en que queda la administracion para hacer suprimir las obras, luego que lo juzgue á propósito.

Es tan ingenioso el interes particular para disfrazarse en diversas posiciones, que no seria difícil multiplicar las especies de permisos y tolerancias, en que solo el interes partitular se compromete, sin que haya derecho que pueda reclamarse; pero creyendo bastantes los ejemplos que se han puesto de una doctrina clara y evidente en sí misma, daremos fin á este punto, y con él á la leccion que con tanta benevolencia habeis escuchado, y que me atrevo á reclamar para la siguiente, en que continuaremos ocupándonos de las atribuciones de la administracion graciosa.—HE DICHO.