

LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO: DOGMA INADMISIBLE EN SEDE JURISDICCIONAL

Dr. Cesar Hines Céspedes*

RESUMEN

Los dogmas en el derecho y particularmente en el derecho administrativo han construido barreras mentales en los operadores jurídicos que, sin mayor cuestionamiento, les atribuyen una validez que está -en ocasiones- alejada de la realidad. Entre esos dogmas, se encuentra el de presunción de legalidad del acto administrativo, nacido y desarrollado para una concreta actividad pública, pero trasladado sin fundamentos a toda conducta administrativa. De ahí surge nuestro interés en despojarlo de esa aureola.

Palabras clave: derecho, principios, presunción, validez, contralor, legalidad, conducta, administrativo.

RESUME

Les dogmes en Droit et particulièrement en Droit Administratif, ont construit de barrières mental en ceux qui lors de leurs fonction doivent fiscaliser la activité publique, qui sans se questionner sur sa validité, leur donnent un force de invincibilité. Parmi ces dogmes, on trouve celle de la présomption de légalité de l'acte administratif, qui né pour assurer la continuité du service public, a été transmis sans la précis motivation, à toutes les conduites administratifs. Pour cela, notre intérêt pour le dépouiller de celle couronne.

Mot-clés: droit, principes, présomption, validité, contrôleur, légalité, présomption, conduites, administratif.

Recibido: 4 de abril de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

* Doctor en Derecho Público, exprofesor de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho, consultor nacional e internacional en derecho público, comentarista en temas jurídicos, conferencista, abogado litigante. cesarhines.136@gmail.com

Introducción

Un componente vital en las distintas actividades humanas es conocer el origen de las cosas para tener una mejor comprensión de su evolución y tratamiento en el presente, pues a partir de ese componente genealógico, su aplicación resultaría más precisa, más ajustada a las situaciones presentes.

Esa precisión histórica tiene dos razones: evitar los errores del pasado y satisfacer las necesidades del presente, los errores relacionados con los efectos negativos de una aplicación indebida y satisfacer las necesidades del presente, porque se posee una mejor medida de la razonabilidad del objeto.

En el derecho administrativo, a lo largo de sus años de existencia como rama particular del ordenamiento jurídico, los dogmas han sido una constante en su contenido y aplicación, a la vez que frustran el fin primordial del Estado a partir de su instauración como la conocemos en la actualidad: la satisfacción de los intereses de las personas, esto es, el objetivo primordial del Estado es la satisfacción de la persona humana.

El derecho administrativo -como un afluente del derecho público- está constituido por un conjunto de reglas escritas y no escritas, tales como la doctrina, jurisprudencia, antecedentes, costumbres y principios que regulan la actividad de la administración del Estado para el funcionamiento y control de los asuntos públicos y su relación con las personas, sean estas servidoras del mismo aparato estatal o particulares vinculados por alguna o varias de las múltiples relaciones jurídicas que se tejen entre ambos a lo largo de sus vidas.

De esta manera, el derecho administrativo articula la función administrativa, al determinar la organización y el funcionamiento del Estado estableciendo los límites y alcances de sus poderes, en correlación con los derechos y deberes de las personas frente a aquel. Por esta razón, la naturaleza y los fines de esta particular cepa del ordenamiento jurídico demandan una especial agudeza interpretativa, en aras de lograr el objetivo: satisfacer a la persona humana.

Antecedente sumario del derecho administrativo

En consecuencia con la frase de Vedel, “todo país civilizado poseería un derecho administrativo, puesto que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración”¹, se generó un espacio para que algunos consideren que, a partir del Imperio Romano, junto con los Estados monárquicos absolutistas de la Edad Media y el periodo de colonización de América, aparecen las primeras reglas ius publicistas.

Sin embargo, esa alusión es ante todo un referente sobre el contenido y la naturaleza del derecho del Estado, porque frente al absolutismo monárquico y la esclavitud colonialista, resulta poco menos que imposible aludir a la existencia de un derecho por la contradicción que se manifiesta en sí misma, en tanto ni el absolutismo ni el poder del esclavista tenían límites normativos, siendo su voluntad la única limitación a sus decisiones.

El derecho administrativo -como conjunto de regulaciones para las relaciones entre el Estado y los particulares, en las que se establecieron límites al poder público- tiene un origen más cercano, porque es a partir del nacimiento del Estado -como lo conocemos- cuando realmente se puede configurar.

1 Vedel, George. (1958). Droit administrative. Thémis, Paris: Presses Universitaires de France.

La época de las monarquías absolutas con sus principios jurídicos idénticos *the King can do no wrong* o *le Roi ne peut mal faire*² es muestra clara de la inexistencia de los derechos de las personas frente al poder omnipotente del monarca sin reconocimiento de derechos al particular convertido en objeto; pero no sujeto del poder estatal.

Bajo los parámetros anteriores, se afirma que el derecho administrativo nace en un Estado, cuando el conjunto de regulaciones jurídicas para la organización y la actividad administrativa devienen en obligatorias tanto para los particulares como para los poderes públicos, al conformar un cuerpo coherente, sistemático y especializado por la naturaleza jurídica de los sujetos que regula.

La incorporación en el ordenamiento jurídico francés del concepto de “Estado de derecho” a partir de la Revolución Francesa de 1789, el cual fue posteriormente acogido por el resto de las civilizaciones occidentales, en su mayoría, podría considerarse como la primera etapa del derecho administrativo, tal como lo conocemos en el presente.

Ese concepto “revolucionario” implicaba que las reglas decretadas por el poder público eran de obligatorio cumplimiento, tanto para gobernados como gobernantes, con la diferencia con respecto a los ordenamientos anteriores de que las personas se validaron como sujetos y no como objetos. A esto se agrega que el otro componente que se indica como sustantivo para considerar la existencia de un derecho administrativo a partir de la revolución fue la separación de los regímenes jurídicos y las normas aplicables a la administración, en contraposición a las que debe sujetarse la ciudadanía.

La doctrina en general es unitaria al señalar que la formación de un régimen jurídico especial en el derecho francés para regular las relaciones entre la Administración y la ciudadanía se originó en el temor de los revolucionarios franceses llegados al poder, de que los jueces y el sistema judicial del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) interfirieran negativamente en las decisiones políticas que tomaran en el nuevo gobierno.

Ese temor estaba fundado en que, antes de la Revolución, los administradores de justicia del Antiguo Régimen obstaculizaron decisiones políticas del rey, por lo que los nuevos gobernantes decidieron prohibir a los jueces conocer sobre asuntos relacionados con la Administración pública, haciendo nugatorios los principios que proclamaban el Estado de derecho y la subordinación de los gobernantes a la ley.

Esa prohibición a los jueces de fallar sobre temas vinculados con la administración del Estado fue consagrada expresamente en la Ley 16-24 de agosto de 1790, al indicarse que “los jueces, bajo pena de “prevaricato”, no podían inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”. En 1791, lo anterior fue constitucionalizado en el artículo tres de la Carta francesa.

Para subsanar la contradicción clara entre los principios y la finalidad del Estado de derecho, se creó una fórmula basada en una administración-juez que dirimiría los conflictos administrativos, sustentada en que esas reclamaciones contra la Administración serían conocidas y falladas por la autoridad superior, lo que a todas luces debilitaba la sujeción de las personas funcionarias y la

2 Literalmente traducido como el “rey no puede equivocarse” o el “rey no actúa mal”.

misma Administración, al poder de la ley, por lo que, posteriormente, complementaron la idea con la creación del Consejo de Estado³.

Con una función inicial de asesorar al Poder Ejecutivo para la redacción de leyes, reglamentos, así como estudiar y preparar decisiones para dirimir los conflictos entre la administración y los particulares, se transformó la debilidad con la que nació el Estado de derecho en un sistema eficiente y real de derecho público administrativo, y se creó en 1806 -dentro del Consejo de Estado- una sección contenciosa para conocer únicamente de controversias entre la Administración y los particulares, y con ello, una especialización de sus miembros.

La delegación de varias funciones y responsabilidades al Consejo de Estado, resueltas con evidentes muestras de imparcialidad, acrecentó su credibilidad y consolidó su prestigio, por su inclinación a los principios de racionalidad y justicia para con los administrados aunque implicara la adopción de medidas en relativo perjuicio de la Administración. Todo ello derivó en que, mediante la Ley del 24 de mayo de 1872, se le reconociera un carácter jurisdiccional al otorgarle competencias como juez de la Administración y no ya como asesor proponente de soluciones.

Igualmente fue creado el Tribunal de Conflictos para resolver y determinar la jurisdicción competente, y en 1873, se produjo uno de los fallos considerados como piedra angular del concepto jurídico moderno de derecho administrativo, el famoso Fallo Blanco que consagró el principio de que la actividad administrativa debía regirse por

normas y principios especiales diferentes a los que se aplicaban a los particulares, lo que es la base del actual derecho administrativo y, aunque la dualidad de jurisdicciones era una realidad antes del mencionado fallo, era inexistente la diferencia entre las reglas y principios jurídicos aplicables para dirimir las controversias entre particulares y entre particulares con la Administración.

Se considera que la etapa de “formación del derecho administrativo⁴” culmina con el Arrêt Cadot en 1889, el cual consolidó el carácter de juez del Consejo de Estado, al expresar que no obstante que la ley le reconocía ese carácter solo para resolver directamente algunos asuntos específicos, él era juez común en materia de controversias de la Administración, asumiendo una competencia general.

De esta manera, la doble jurisdicción en el ordenamiento jurídico francés no ha sido un obstáculo para una justicia administrativa de calidad; en tanto, para ese órgano incardinado en la Administración, la familiaridad por los lazos de consanguinidad en atención a su origen desaparece al momento de decidir. Esta situación paradójicamente se presenta debilitada en algunos ordenamientos unijurisdiccionales⁵.

Nacimiento del principio de presunción de legalidad del acto administrativo

La solidez doctrinal en los fallos (arrêts) del Consejo de Estado fue creando precedentes y principios modernos del derecho administrativo que llegaron hasta nuestras costas jurídicas, tales

3 En tiempos de la monarquía absoluta, existió alguno similar llamado Consejo del Rey, integrado por funcionarios reales encargados de la asesoría hacia el monarca para el dictado de sus mandatos y en la forma de resolver las diferentes controversias que se suscitaban.

4 Etapa de formación como finalidad, puesto que la particularidad de ese derecho es precisamente el cambio.

5 Ortiz Ortiz, Eduardo. (1974). Prólogo a “la justicia administrativa en Costa Rica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Costa Rica, número 24.

como el principio de legalidad, el de presunción de legalidad, diferencias entre contratos administrativos y contratos privados, el de falla del servicio y falla en el servicio (para determinar la responsabilidad civil de la Administración) principios de la función pública, como el de estabilidad, el de discreción, diferencia entre bienes del Estado y bienes de particulares, entre otros.

La influencia del Consejo de Estado francés se ha hecho sentir en gran parte del mundo. Los países que no tienen una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción común han creado salas especializadas para el conocimiento de las controversias entre la administración y el Estado; es decir, han reconocido la existencia de un derecho especializado y distinto de otras ramas, precisamente por la variada naturaleza de las relaciones que regulan.

Alguna doctrina francesa⁶ señalaba que la pragmática, concreta e incompleta como era la ley administrativa dejaba fuera de sus supuestos campos amplísimos, por lo que no podía prestar al juez contencioso administrativo los mismos servicios que el Código Civil⁷ al juez ordinario. Sin embargo, se crearon litigios sobre los cuales el Consejo de Estado se encontraba llamado a decidir en derecho. ¿Cómo salir de la dificultad y resolver según una regla jurídica, controversias que la ley no sospechaba siquiera?

El juez administrativo, según el actor citado, no se ha creído autorizado a atrincherarse tras el silencio de la ley para rehusar su fallo, y aquí es donde aparecen las diferencias psicológicas que le separan de su colega: el juez de la jurisdicción

ordinaria (entendida como la civil), porque el Consejo de Estado no ha experimentado nunca la timidez que ha paralizado durante mucho tiempo al juez ordinario respecto de la ley escrita, en razón de que las necesidades prácticas de la vida administrativa para las cuales su posición al lado del poder lo hacían especialmente sensible, le impedían dejar sin solución los conflictos revelados por la vida cotidiana, cuando el derecho faltó y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales⁸.

El ímpetu del Consejo de Estado para resolver, con ley o sin ella, los conflictos sometidos a su conocimiento conduce a la creación de los principios generales del derecho administrativo, entre los que Rivero cataloga como principios morales, entre ellos, el de prevalencia del bien común o de los intereses generales; nulidad de los actos administrativos con fines personales; principio de interdicción de la mentira de la Administración y la consecuente nulidad de los actos derivados; principio de jerarquía reglamentaria, esto es, la potestad reglamentaria asentada exclusivamente en el máximo jerarca; principio de las circunstancias excepcionales que libera a la Administración de las ataduras de la ley; principio de interdicción de la arbitrariedad.

Laferrière, para muchos, el verdadero fundador del derecho administrativo, siendo vicepresidente del Consejo de Estado, puso de manifiesto los caracteres particulares de la ley administrativa, al señalarla como: “Ley de organización y de acción que se preocupa más de asegurar la marcha de los servicios públicos que de prever y resolver las dificultades jurídicas”⁹, y es aquí cuando se

6 Rivero, Jean. (1951). *Droit Administrati*. Paris.

7 Se hizo referencia al Código Civil, considerado como un cuerpo legal completo en el que se encontraba una regla para cada conflicto. Rivero, op. cit., p. 291.

8 Rivero, *ibid*, p. 297.

9 Laferrière, Eduardo. (1887). *Traité de la jurisdiction administrative*. Paris.

origina el principio de presunción de validez de la actuación administrativa.

Este es un resabio del Antiguo Régimen francés. Efectivamente, al igual que los revolucionarios temieron que los jueces bloquearan su actividad, esta presunción nació -en principio- para evitar la paralización de la actividad administrativa producida por la interposición de múltiples impugnaciones, al partir de la misma hipótesis que amparaban a las monarquías absolutas le roi ne peut mal faire, pues se les otorgaba a las decisiones administrativas un principio de infalibilidad del que carecían en su totalidad, especialmente hoy, cuando existe claridad total de que los poderes y su ejercicio no dependen de mandatos divinos, sino que están pergeñados de los mismos defectos y virtudes que caracterizan a los seres humanos.

Sin embargo, ese principio de continuidad del servicio público provocó por derivación esa presunción de legalidad para evitar que las incomodidades de una o algunas personas afectaran la generalidad de las personas beneficiarias de la actividad administrativa, a pesar de que de la misma doctrina que lo señala, se extrae que la regla presuntiva general debe analizarse en cada caso en particular, esto es, no aplica para todas las hipótesis jurídicas ni para todas las situaciones materiales.

La presunción de legalidad tuvo en su origen una finalidad específica: la continuidad del servicio, aunque con el tiempo, el principio se trasladó -sin fundamento- a todas las decisiones de la Administración, incluidas aquellas ajenas o desligadas de un servicio público.

El interés público y las necesidades del servicio se repiten como mantras y son utilizadas por la Administración como escudos protectores frente al control y fiscalización de la función administrativa, amparados en la característica

timidez de los contralores de legalidad, para la verificación de su real existencia justificativa de la decisión, obviando el deber de motivación de las decisiones y trasladando al administrado la carga de probar la ilegalidad de la conducta administrativa. Recientemente, un autor español señalaba a propósito del tema:

Si existe un comodín valioso en manos de las autoridades públicas son “las necesidades del servicio”. Les permiten ejercer la potestad de organización al gusto en materia de recursos humanos, con amplia proyección: crear puestos, asignar complementos retributivos, atribuir comisiones de servicios, cambiar horarios y jornadas, asignar y privar de despachos o lugares de trabajo, imponer presencia o teletrabajo, imponer o quitar uniformes, disponer ceses, etcétera. Ahora bien, escudarse en necesidades de servicio sin identificarlas mínimamente es no decir nada, y supondría tolerar la arbitrariedad proscrita constitucionalmente (art. 9.3 CE). Por eso se ha producido una evolución jurisprudencial desde la situación previa a la Constitución (en que las necesidades del servicio eran discrecionales y, por tanto, inaccesibles y prácticamente incontrolables) hacia la situación posconstitucional en que a golpe de sentencia contenciosa, se ha ido perfilando como concepto jurídico indeterminado, de manera que se rellena su contenido justificando la existencia real de necesidades [...].

Se clarifica que, más allá de las presunciones de legalidad de la conducta administrativa, conducente a satisfacer un determinado servicio, se demanda que las decisiones estén debidamente justificadas formal y materialmente, para garantizar que la finalidad, además de ser para crear, adaptar o mantener el servicio, sea la que la naturaleza de este requiere.

Continúa la cita autoral:

*Así y todo, es un **concepto jurídico indeterminad, impuro**, porque tiene notas discrecionales que -como las manchas del leopardo- no se borran, pues siempre existe un sutil y estrecho campo de criterio de la autoridad no controlable. En otras palabras, la invocación de las “necesidades del servicio” no autoriza a bajar la guardia en la motivación exigible pretextando una discrecionalidad blindada, ni permite sortear la robusta exigencia del art. 34.2 de la Ley 39/2015: “EL CONTENIDO DE LOS ACTOS SE AJUSTARÁ A LO DISPUESTO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SERÁ DETERMINADO Y ADECUADO A LOS FINES DE AQUELLOS”. Sin embargo, existen reductos donde las necesidades del servicio se utilizan con generosidad o incluso con alevosía, como es el caso de la atribución de destinos provisionales o comisiones de servicios, que se justifican en la atribución provisional de labores porque las “necesidades del servicio” no admiten dilación y, en tanto, se dispone la provisión definitiva del puesto. Viene al caso por la reciente sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020 (rec.391/2019), que se enfrentaba a la reglamentación de la guardia civil en cuanto contemplaba la no publicación de las vacantes y su provisión urgente “cuando respondan a necesidades del servicio”. El interés del criterio jurisdiccional radica en que fórmulas similares sobre gestión de recursos humanos están plasmadas en reglamentos sectoriales, reglamentos autonómicos y reglamentos organizativos de entes públicos y entes locales, así como en numerosos pactos normativos negociados con los sindicatos, donde **aguarda agazapada la atribución de una potestad de***

cubrir rápidamente al gusto las vacantes accidentales al amparo de «las necesidades del servicio.

La precisión entre lo señalado y la realidad imperante en el ámbito de las Administraciones públicas es incuestionable, cuando a través de portillos legales, se desvían los fines públicos, tal es el caso de los nombramientos sin bases concursales amparados a reestructuraciones administrativas; las contrataciones de emergencia; las rescisiones y resoluciones contractuales, todas escudadas en ese concepto jurídico indeterminado de “una mejor valoración de los intereses públicos” sin muro de contención.

Las facilidades instrumentales para situaciones muy particulares, ofrecidas por el derecho -no necesariamente por el ordenamiento jurídico positivo- desfiguró la finalidad de esos espacios, para convertirlos en grandes áreas de conquista administrativa, en las que la astucia más que la legalidad es la que permite la distorsión -consciente o inconsciente- del lente contralor para dejar pasar el entuerto. Finaliza el autor, señalando:

El problema radica en el abuso de la figura o bien por el pecado original de que se adjudique, no por razones de idoneidad, sino por amistad, fidelidad o clientelismo, o bien por mantener esa provisión temporal en el limbo de lo transitorio, de forma prolongada. Así, la citada sentencia razona: “Ahora bien, lo que sí resulta objetable es que, con ocasión de una situación de urgencia para el servicio, se pueda enviar a alguien a un puesto de manera estable o por un periodo prolongado. Ello abre la puerta a (sic) utilizar las necesidades del servicio como medio para eludir las vías ordinarias de concurrencia entre posibles candidatos a un destino, en abierta contradicción con los principios constitucionales de igualdad

*en las condiciones de acceso a las funciones públicas y de mérito y capacidad (arts. 23 y 103 de la Constitución)*¹⁰.

La sentencia citada en la cita anterior expone la necesidad -obligación- de una motivación de la conducta administrativa ajustada, perfilada a cada situación concreta, dado que las necesidades del servicio, como concepto jurídico indeterminado, varían, como también es distinto el contenido de las prestaciones administrativas y, en esa diferenciación, está la rigurosidad del control de legalidad de la conducta.

La presunción de legalidad desaparece en sede jurisdiccional

Las ofertas de dogmas en el derecho administrativo han sido recurrentes, tales como el de inembargabilidad a la Administración pública (parcialmente modificado en Costa Rica, por el Código Procesal Contencioso Administrativo) el de imprescriptibilidad del dominio público; la irrecurribilidad de los actos de gobierno (o actos políticos) y el de presunción de legalidad del acto administrativo (o mejor dicho, de la conducta administrativa); pero como en la mayoría de los dogmas, se asumen, se aplican y se desentienden, para lo que se escudan en otro dogma: en su incuestionabilidad, pues al tenerse por sentado, no se discute.

Al separarnos de la línea dogmática en relación con el principio de presunción de legalidad de la conducta administrativa, hay que diferenciar los efectos que esa presunción produce en sede administrativa con los que se valoran en sede jurisdiccional.

En sede administrativa, se sostiene al amparo del principio de continuidad del servicio público, para

cuya desaparición de la vida jurídica, requiere de una resolución judicial definitiva que declare su invalidez y consecuentemente su nulidad. Pero, además, en sede administrativa bajo el auspicio del principio de autotutela, la Administración tiene la potestad de validar y ejecutar sus propias decisiones sin necesidad de la intervención de un tercero. La situación en sede judicial es distinta, en la cual la persona juzgadora contenciosa administrativa está desvinculada del criterio administrativo.

Esa independencia de criterios entre la Administración y el contralor de legalidad jurisdiccional tiene dos consecuencias de gran calado en la justicia administrativa: la Administración tiene las mismas obligaciones procesales que el particular reclamante, sin que haya una prevalidación de sus decisiones, esto es, ingresa al debate jurisdiccional en igualdad de condiciones y de presunciones; es decir, tan presuntamente legal es la decisión cuestionada como presuntamente válido el cuestionamiento de quien impugna.

En cuanto a las mismas obligaciones procesales -tratándose de un cuestionamiento a la validez de una conducta, desaparece la presunción de legalidad y, procesalmente, se demandaría de la Administración traspasar la línea de la simple argumentación sobre las necesidades del servicio, para asentarse en su íntegra comprobación y, en relación con la inexistencia de una prevalidación de las decisiones administrativas, implica la desaparición del antejuicio que -casi siempre- conduce al tribunal a una validación prima facie de la conducta, para, en su lugar, emitir la resolución que corresponda hasta que se complete el ciclo probatorio.

10 Chaves García, José Ramón. Las impuras necesidades del servicio. En delajusticia.com, 22 de enero de 2021.

De todo lo expuesto, se concluye que:

- a. *La presunción de legalidad de la conducta administrativa posee una finalidad concreta: la continuidad del servicio público.*
- b. *En razón de lo anterior, resulta inaplicable de manera general y automática para todas las conductas administrativas.*
- c. *Su cuestionamiento en sede jurisdiccional demanda de la Administración, la demostración plena de que efectivamente obedeció a las necesidades del servicio.*
- d. *La presunción de legalidad desaparece ante su impugnación en sede jurisdiccional, por lo que la suspensión de sus efectos deviene en la regla y no en la excepción.*
- e. *Por el principio de motivación de los actos administrativos (conductas), le corresponde a la Administración acreditar los motivos y fines que la respaldan.*

Bibliografía

- Vedel, George. (1958). Droit administrative. Thémis, Paris: Presses Universitaires de France.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. (1974). Prólogo a “La justicia Administrativa en Costa Rica”. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica, número 24.
- Rivero, Jean. (1951). Droit administratif. Paris.
- Laferrière, Eduardo. (1887). Traité de la jurisdiction administrative. Paris.
- Chaves García, José Ramón. (22 de enero de 2021). Las impuras necesidades del servicio. en delajusticia.com,