

LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

(Una aproximación)

Por

Emilio Tafur Charun

¡Ruega por nosotros, hambrientos de vida, con el alma a tuestas, con la fe perdida, llenos de congojas y faltos de sol, por advenedizas almas de manga ancha, que ridiculizan el ser de la Mancha, el ser generoso y el ser español!

LETANÍA DE NUESTRO SEÑOR DON QUIJOTE/ Rubén Darío

Nos referiremos a los privilegios de la administración pública no solamente teniendo como fundamento el derecho positivo patrio, sino también desde una perspectiva de la teoría general del derecho.

Se dice que sacrilegio es la capacidad de profanar lo sagrado y que

privilegio es la capacidad de profanar lo privado. Y es que en la relación entre administración y administrado se da una diferencia, una desigualdad, una asimetría. La administración ve sus poderes acrecentados y el administrado por su parte, sus derechos disminuidos. Ello encuentra su justificación, *prima facie*, en el interés general.

En efecto, el privilegio de la administración encuentra su elemento basilar en el interés general. Pero este interés general no se basa únicamente en la coacción o coerción de la administración. Tampoco en el interés de la administración pública. Para la

consecución del interés general la administración pública ha de concretizar, llevar a sus consecuencias prácticas o “hacer del verbo carne”, los derechos políticos, sociales y económicos fundamentales y con ello, defender la dignidad de la persona humana. De ahí proviene la finalidad del Estado. Procurar dado el interés general, constitucionalmente razonado y proporcional (Muñoz Machado), a través de la actuación de la administración pública, el bien común o bienestar a los ciudadanos. Y esto es, reiteramos, tarea de la administración. Relacionado con ello podemos afirmar que la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), entre otros

dispositivos, es una norma garantista, amigable y hasta tuitiva. Ello queda claro de una simple lectura del Artículo III de dicha ley el mismo que preceptúa que “La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”. De igual manera es de citar el artículo IV de la misma ley, el cual refiere *ab initio* que bajo los alcances del Principio de legalidad, “Las autoridades administrativas deben actuar con

respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. El mismo artículo en su numeral 1.17 prescribe que, “La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general”. Y, notablemente, el artículo 3 prescribe que, entre otros, es requisito de validez de los actos administrativos, “Adecuarse a las

finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad”. Y dentro de esta misma tendencia, el artículo primero del título preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) establece que, “Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las

leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.” De igual modo, el artículo II del mismo título preliminar dispone que, “Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del interés general de la nación (...)”. El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) preceptúa que la misma tiene por finalidad “establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de

bienes, servicios y obras, *de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos*". (Las cursivas son nuestras). También tenemos el artículo primero de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), cuyo texto es el siguiente: "La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo *y la efectiva tutela de*

los derechos e intereses de los administrados. Por último, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) prescribe que, “Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.”

Así, pues, entre otros, tenemos los siguientes privilegios de la administración, siendo algunos de ellos recogidos de modo positivo por el ordenamiento jurídico patrio como lo veremos. Autotutela administrativa, la presunción de legalidad de los actos

administrativos, ius variandi, los contratos con cláusulas exorbitantes, la vía previa, potestad sancionatoria, potestad fiscalizadora, plazos breves de caducidad.

Un tipo de privilegios son los procesales. Entre ellos tenemos la vía previa, el pago previo y la inembargabilidad de los bienes públicos. Y finalmente aun cuando suene a oxímoron, los privilegios en menos, esto es que la administración para adquirir bienes y servicios deberá hacerlo previo concurso público o licitación.

A continuación, y para graficar aún más la institución materia de estudio,

procedemos a transcribir el texto que se refieren a algunos privilegios de la administración pública, los mismos que, claro está, han sido positivados en el ordenamiento jurídico patrio.

(1) Principio de autotutela administrativa.

- a) Artículo 24 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA).- “La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.
- b) Artículo 203 de la LPAG.- Ejecutoriedad del acto administrativo “Los actos

administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.”

c) Artículo 258.2 (LPAG). “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.”

d) Artículo 226 (LPAG).- Suspensión de la ejecución 226.1. “La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”.

e) Artículo 48 (LOM).- DECOMISO Y RETENCIÓN. “La autoridad municipal debe disponer el decomiso de artículos de consumo humano adulterados, falsificados o en estado de descomposición; de productos que constituyen peligro contra la vida o la salud y de los artículos de circulación o consumo prohibidos por la ley; previo acto de inspección que conste en acta y en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) u otro vinculado al tema, con la participación del Ministerio Público”.

f) Artículo 49 (LOM).- CLAUSURA, RETIRO O DEMOLICIÓN. “La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario”.

(2) Principio de la vía previa

- a) Artículo 19 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA).- Agotamiento de la vía administrativa. “Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales”.
- b) Artículo 228 (LPAG).- Agotamiento de la vía administrativa 228.1. “Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso

administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.”

c) Artículo 50 (LOM).- AGOTAMIENTO DE VÍA ADMINISTRATIVA Y EXCEPCIONES. “La vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios (...)”.

(3) Principio de presunción de legalidad de los actos administrativos.

a) Artículo 9 (LPAG).- Presunción de validez. “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad

administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”

(4) Silencio administrativo negativo

(a) 199.3. (LPAG). El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.

b) 199.4. (LPAG) Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de

los recursos administrativos respectivos.

c) Artículo 43 (LCE). Denegatoria ficta, “En el caso que la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda, no resuelva y notifique sus resoluciones dentro del plazo que fija el reglamento, los interesados deben considerar denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. En estos casos, la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado devuelve la garantía presentada

por los interesados al momento de interponer su recurso de apelación”.

(5).- NULIDAD

- a) Artículo 213. (LPGA). Nulidad de oficio 213.1. “En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales”.

- b) Artículo 44 (LCE). Declaratoria de nulidad. 44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos

los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco”.

6) REVOCACION

- a) Artículo 214.- Revocación 214.1.
Cabe la revocación de actos

administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

214.1.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma. 214.1.2.

Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada. 214.1.3.

Cuando apreciando elementos de

juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros. 214.1.4. Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público.

(7) FISCALIZACION Y SUPERVISION

- a) Artículo 239 (LPGA).- Definición de la actividad de fiscalización 239.1. “La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección

sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.”

- b) Artículo 10.1 (LCE).Supervisión. “La Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos,

no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.”

- c) Artículo 14.1 (LCE) “Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para

que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación.”

d) Artículo 14.2 (LCE). Supervisión.
“Cuando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en el marco de sus funciones, tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del

procedimiento de selección afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la Entidad que los elimine. Si, adicionalmente, el OSCE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público”.

- e) ARTÍCULO 31.- Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) FISCALIZACIÓN. “La prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el concejo municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley”.

(8) PRINCIPIO SANCIONADOR

- (a) CAPÍTULO III (LPAG) Procedimiento Sancionador. “Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.”
- b) Artículo 50 (LCE). Infracciones y sanciones administrativas. 50.1 “El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda (...)”

c) ARTÍCULO 46 Ley Orgánica de Municipalidades (LOM).-
SANCIONES. “Las normas municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, sin perjuicio de promover las acciones judiciales sobre las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.”(...).
“Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios,

paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras”.

d) Artículo 47 (LOM).- MULTAS “El concejo municipal aprueba y modifica la escala de multas respectivas.”

(9) INTERES GENERAL (Concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad)

Artículo 2 (i) LCE. “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, *sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la*

gestión del interés general”. (Las cursivas son nuestras.)

(10) IUS VARIANDI – EXORBITANCIA

- a) Artículo 30 (LCE). IUS VARIANDI. EXORBITANCIA. Cancelación. 30.1
“La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados

expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento. 30.2 La Entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.”

b) Artículo 34 LCE. Modificaciones al contrato 34.1 IUS VARIANDI. EXORBITANCIA. “El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del

contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.”

- c) Artículo 37 (LCE). Cesión de derechos y de posición contractual. “Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder su

derecho al pago a favor de terceros. No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento”.

Como es de notar, la normatividad citada, especialmente la LPGA, no es generosa en cuanto a privilegios de la administración se refiere. Es una norma que refleja el interés general y con él la finalidad del estado esto es, el bienestar y bien común. Y ello se logra como diría Rodríguez Arana a través de una “buena administración”. Pues reiteramos que el fin del estado es el bien común y su ejecución es tarea de la administración pública.

De la “buena” administración pública. Por último, no deja de ser interesante el artículo 44 de la Carta de 1993 que a grandes rasgos define los fines del estado a ser ejecutados por la administración y que bien podría formar parte de un preámbulo constitucional.