

# UNA OJEADA A LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA Y AL INTERÉS PÚBLICO

\*

Por

Emilio Tafur Charun

“Cualquier hecho se vuelve importante cuando es conectado con otro. La conexión cambia la perspectiva; te lleva a pensar que cada detalle en el mundo; cada voz, cada palabra escrita o dicha tienen más que su significado literal, que nos venden un secreto. La regla es simple: sospecha, solo sospecha. Puedes leer subtextos hasta en las señales de tránsito que dicen “no echar basura”.

Umberto Eco/ El Péndulo Foucault

Cabe preguntarse cómo la administración pública adquiere la legitimidad necesaria para ejercer la competencia de dar reglamentos y actos administrativos. Asimismo, cómo se justifica que la competencia para la dación de estas fuentes suponga el despliegue de privilegios, el ejercicio de *ius imperium* y el goce de poderes exorbitantes.

En primer lugar, resulta necesario hacer una digresión y es que hemos dado tratamiento equivalente en cuanto a su significado, a los siguientes conceptos jurídicos indeterminados: ‘intereses generales’, ‘interés general’, ‘fines públicos’, ‘fines de interés general’, ‘interés público’, ‘interés nacional’, ‘fines públicos de interés general’, ‘interés social’, ‘utilidad pública’, ‘utilidad social’,

“necesidad pública”. Se podrá notar, asimismo, que gran parte de los autores consultados y citados en el presente trabajo proceden de igual manera.

Ya he indicado, en otro lugar y no sin cierta reserva, que toda competencia administrativa se origina de modo positivo en el ordenamiento jurídico. He ahí la operatividad del principio de legalidad. Así, toda competencia es otorgada de modo positivo por el ordenamiento. Sin embargo, todo lo hasta aquí dicho no encuentra fundamentación valedera que en alguna medida justifique el atributo de privilegios y otras exorbitancias que detenta la administración pública cuando dicta reglamentos que, por cierto, se integran y forman parte del ordenamiento jurídico, así como en lo que respecta a la dación de actos administrativos que resultan siendo una aplicación de este.

Sin embargo, y a esto es a lo que me refiero al decir ‘reservas’, dadas situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, se podría recurrir al principio de «poderes implícitos» en cuanto excepción al principio de legalidad. Ello siempre y cuando tales poderes implícitos sean razonablemente idóneos, necesarios y apropiados para la consecución de fines valiosos reconocidos por el ordenamiento como tales y que además la consecución de tales fines corresponda al ente de que se trate.

Es de precisar que como ejemplo de lo que constituye la idea de los «poderes implícitos» y en lo que al Derecho comunitario europeo se refiere, Lasagabaster (Lasagabaster 1986: 75) sostiene que el

artículo 235 del TCEE viene a recoger una cláusula característica de los Estados federales, que ha dado lugar al concepto de «competencias implícitas». En este precepto se dice que cuando una acción a adoptar por los órganos comunitarios «resulte necesaria para lograr el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad», y el tratado no haya previsto las potestades necesarias para lograr este objetivo, a propuesta de la comisión y oída la asamblea, el consejo adoptará por unanimidad las «disposiciones pertinentes».

Volveremos sobre este tema.

Gómez Ferrer-Morant (Gómez Ferrer-Morant 1999: 196) sostiene que:

«En este sentido, puede hablarse de una vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico en el sentido de que los fines de interés general que deben alcanzarse, las competencias necesarias para ello y las potestades, prerrogativas y, en su caso, privilegios de la administración han de estar establecidos en una ley, con el alcance y límites que sean proporcionados y justificados para la consecución del interés general».

Es útil recordar que etimológicamente la palabra ‘privilegio’ se origina en la capacidad de profanar lo privado, mientras que ‘sacrilegio’ no es sino la capacidad de profanar lo sagrado.

El jurista español Luis de la Morena y de la Morena (De la Morena 1978: 153) define la competencia así:

«Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y solo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, *lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento* en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular» [las cursivas son mías].

Constatamos que existe un necesario correlato entre los términos ‘competencia’ e ‘interés público’.

Así, por ejemplo, el artículo 7.3 de la LBD preceptúa:

«El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del *interés público*» [las cursivas son mías].

*Pero es de precisar, como lo veremos en el presente texto y siguiendo a Sainz Moreno, que lo normal es que la noción de interés público cumpla dos funciones a un tiempo: es fundamento y límite de las competencias administrativas; éstas no existen más que en*

*tanto así lo determine el interés público. Además, el interés público constituye también la “medida” o “parámetro” para enjuiciar la validez o regularidad del acto o reglamento de que se trate. (Las cursivas son nuestras)*

*Como dice el autor Nieto, citado por Acosta (2016), “la ideología del interés general ha servido siempre para legitimar el poder y al mismo tiempo (en una contradicción, aparentemente paradójica, pero en realidad inevitable) para limitarlo”*

De otro lado, Eduardo García de Enterría y T. R. Fernández, citados por De la Cruz Ferrer (De la Cruz Ferrer 1988: 99), exponen una concepción del elemento de la causa extraordinariamente útil para un control incisivo de la actuación administrativa:

«El acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico».

Para reforzar este último aserto, es de citar a Pérez Tremps (Pérez Tremps 1998: 53) cuando señala:

«El elemento central del sistema de reparto de competencias entre la Unión Europea y el Estado miembro es el denominado ‘principio de

atribución'. Según este, la Unión solo puede ejercer aquellas competencias que le han sido conferidas por los tratados. La forma en que se ha realizado la atribución es bastante imprecisa ya que los tratados se limitan a fijar unos fines que deben conseguirse y a establecer unos medios a través de los cuales obtener dichos fines».

Mi posición:

La teoría de la causa, tomada en préstamo del Derecho privado, es para nosotros de la mayor importancia. En el caso que nos ocupa diré que la actuación de la administración será reconocida como valiosa y, por ende, validada y acogida por el ordenamiento cuando esta, en ejercicio de su competencia y del grado de discrecionalidad que corresponda, se ajuste a la consecución de determinados fines públicos, trazados por el mismo ordenamiento y no a cualquier otro fin, aun cuando el mismo sea público. De configurarse, por ejemplo, una desviación de poder, la actuación administrativa perseguirá fines diversos a los señalados por el ordenamiento y que habrían justificado o legitimado la atribución de la competencia y, también con ella, el goce de exorbitancias, privilegios o prerrogativas. Tal competencia solo puede ejercerse para los fines por los que ella misma fue atribuida por el ordenamiento. De darse, pues, una arbitrariedad, tal acto o reglamento será purgado del ordenamiento, pues en

modo alguno este —el ordenamiento— puede reconocer y acoger como digna de tutela una actuación administrativa que resulta a todas luces carente de competencia. Acto incompetente, pues la atribución de competencia se origina en la necesidad de adecuar su actuación para cumplir fines específicos, previamente «publicados» por el ordenamiento.

Al propósito de la desviación de poder, Bustillo Bolado (Bustillo Bolado 2012: 75) sostiene:

«De ahí que si se ejercitan las potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el ordenamiento jurídico [...] se hable de desviación de poder, que es un vicio de la causa del reglamento o de alguno de sus preceptos (o, en su caso, del acto administrativo). El ejercicio de la potestad reglamentaria supone que la administración se encuentra ante situaciones necesitadas de regulación, pero cuyas situaciones a regular permiten, dentro del fin concreto que marca la norma habilitante, una cierta libertad de elección: de lo que no se puede apartar el reglamento es del fin esencial que la marca la norma habilitante».

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (citados en STC 0090-AA), sostienen:

«La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso

lógico y jurídico que ha determinado la decisión [...] motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto [...]. La ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan».

Parafraseando al ya citado De la Morena y de la Morena (De la Morena 1978: 169), se puede afirmar que no hay competencias sin fines declarados previo y legalmente de interés público («No hay voluntad sin una finalidad», diría Jhering. «Donde hay interés hay acción», diría algún civilista), lo que contrario sensu significa que si no media esa previa «publicación», o bien el Estado no podrá intervenir o si interviene no podrá ya hacerlo investido de poder público.

También es De la Morena y de la Morena (De la Morena 1983: 865), quien sostiene:

«Donde esté la administración pública, actuando como tal, estará presente el interés público o, invirtiendo los términos, donde esté el interés público estará presente y actuando, la

administración pública, ya de una manera ‘real’ o efectiva, si ese interés ha sido previamente ‘publicado’, ya de una manera ‘virtual’ o potencial sí se piensa en la posibilidad irrenunciable de que se ‘publifiquen’ tan pronto como las circunstancias lo exijan o aconsejen. Actuación que podrá ser también ‘directa’, cuando se ejerza a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o ‘indirecta’, *cuando se considere que la realización del interés público podrá alcanzarse con la misma eficacia y a menor coste social, a través de agentes sociales o de simples particulares*» [las cursivas son mías].

Un buen ejemplo de cómo opera la «publicación» lo encontramos en el artículo 60, último párrafo, de la Constitución de 1993 al prescribir:

«Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional» [el subrayado es mío].

Enrique Silva Cimma (Silva Cimma 1992: 25) opina que:

«Es función administrativa la actividad estatal que tiene por objeto la de los fines del Estado en cuanto requieren ejecución práctica mediante actos jurídicos reglamentarios o subjetivos e incluso, mediante operaciones materiales».

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 445-446) opinan:

«Las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la administración como organización; positivamente, la administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta ‘adherencia al fin’ (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades».

Marienhoff (Marienhoff 1983: 52) sostiene:

«Se ha dicho que el principio de la ‘legalidad’ también le impone a la administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su acción el interés público; es esta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto incurriéndose, por ejemplo, en ‘desviación de poder’, que es una de las formas en que se concreta ‘la ilegitimidad’. El mismo autor enseña que la actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfagan las necesidades e intereses públicos, por ser este el fin de la actividad del

Estado. Por eso es que al derecho le interesa siempre cómo actúa la administración para lograr sus finalidades».

Según Rodríguez Arana-Muñoz (Rodríguez Arana-Muñoz 2008: 113) y citando a Santa María Pastor, el principio de legalidad en la medida en que es proyección, según Vedel, de una regla de naturaleza psicológica, reclama una actitud por parte de los funcionarios en su tarea administrativa de vinculación al interés general, lo cual se traduce, entre otras cosas, dar la existencia de la desviación de poder para impugnar las actuaciones administrativas en las que el interés general brilla por su ausencia.

Aun cuando se refieren a los actos administrativos, resultarían aplicables, por analogía, también a los reglamentos, los artículos III, IV.1.1.1, IV.1.1.4, IV1.17, 213, 3.3 de la LGPA los cuales disponen que:

“Artículo III.- 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”. (Las cursivas son mías)

“Artículo IV.1.1.1 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.”

“Artículo IV.1.1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

“IV.1.1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- 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”.

«Artículo 3.3 Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Finalidad pública.- *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» [las cursivas son mías].*

También es de citar el artículo 75.1 de la misma ley cuando dispone:

«Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes los siguientes:

1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones».

“Artículo 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 agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales”.

El artículo II.1 del Título Preliminar de la LOPE establece:

«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, asegurando que su actividad se realice con arreglo a:

1. Eficacia: la gestión se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y las metas gubernamentales».

Queda claro, pues, que la legitimidad que detenta la administración pública para ejercer la competencia de dictar reglamentos y actos administrativos, y con ello el goce de prerrogativas o privilegios exorbitantes del Derecho privado que también supone, tienen como requisito ineludible, a partir de la «publicación» previa y correspondiente, la consecución y realización de los fines públicos que el orden jurídico así dispone o contempla, sin dejar de lado el principio de legalidad en cuanto mecanismo atributivo de tales competencias de modo positivo.

Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta materia. Así, la alta Corte ha precisado:

«El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa [...]. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines

del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público [...]. Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo» (STC 0090-2004-AA).

En el ámbito presupuestal, es de citarse el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto cuando prevé que el *crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que haya sido autorizado en los presupuestos*, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la Ley General. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el Presupuesto del Sector Público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público. (Las cursivas son mías)

Finalmente, cabe preguntarse si la noción de «interés general» puede ser materia de control

constitucional. Al respecto Gimeno Feliú (Gimeno Feliú 1994: 209) se pregunta y sostiene:

« ¿Es una decisión política o estamos ante un concepto jurídico indeterminado? Ciertamente la cuestión es difícil [...]. Hemos de afirmar que la noción ‘interés general’ sí es un concepto jurídico indeterminado por lo que resulta posible la fiscalización judicial a fin de valorar la razonabilidad de la misma en relación al fin propuesto».

El mismo autor (Gimeno Feliú 1994: 209-210), y sobre la misma materia, cita la sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC68/1984, de 11 de junio):

«No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado, llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlado, frente a posibles abusos, y a posteriori, por este tribunal».

En esta misma línea y como señala Porres Azkona (2017), citando a García de Enterría, «el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, *porque no admite más que una solución justa*, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción de sus categorías en un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre

alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales» [las cursivas son mías].

Ahora bien, podemos ensayar que es importante que la «publicación» no genera por sí misma poderes o potestades absolutos para la administración y que, a su vez y en tal sentido, agravien o contravengan los derechos fundamentales de los particulares o administrados. Se podría plantear, también, que debe existir un límite a la actuación de la administración. Así, en un Estado social de derecho no habría lugar para exorbitancias, poderes o potestades que pasen por encima de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cuando se habla de privilegios o prerrogativas de la administración, «en tanto capacidad de profanar lo privado», se aludiría, en principio, a los derechos patrimoniales (por ejemplo, derechos de crédito, la posesión y otros que no tengan substrato constitucional), los mismos que no necesariamente coinciden con los derechos fundamentales. Sobre el particular, Robert Alexy, citado por Carbonell (Carbonell 2010: 16), señala:

«El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella [...]. Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos

como el de ‘bien común’, ‘seguridad nacional’, ‘interés público’, ‘moral ciudadana’, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental».

Y, sin embargo, es de citar el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), según el cual:

«Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de *interés general* y con el propósito para el cual han sido establecidas». (Las cursivas son mías)

El artículo 32.2 del mismo tratado prescribe:

«Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y *por las justas exigencias del bien común*, en una sociedad democrática» [las cursivas son mías].

Por último, artículo 21.1 establece:

«Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*» [las cursivas son mías].

Ahora bien, según Carpio Marcos (Carpio Marcos 2003: 494), también es un criterio de justificación que los límites introducidos en la regulación jurídica de un derecho se sustenten en otros bienes constitucionalmente protegidos, como pueden ser el orden público constitucional, la seguridad jurídica, el interés nacional, entre otros.

Para graficar que los derechos no son absolutos como sería el caso de la propiedad —derecho constitucional y patrimonial por excelencia— y de configurarse una antinomia entre un derecho privado, inclusive de rango constitucional, y el interés público, baste citar el artículo 70 de la Constitución:

«Artículo 70.- [...] El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

Asimismo, es de citar el artículo 957 del Código Civil, en cuanto establece:

«La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y

subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas».

Resulta también conveniente citar el artículo 1355 del Código Civil, el cual prescribe:

«La ley, por consideraciones de *interés social, público* o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos» [las cursivas son mías].

Como fuere reiteramos que el artículo III del Título Preliminar de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) dispone:

«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*» [las cursivas son mías].

Aun cuando este tema no es en rigor materia de este trabajo, pienso que la protección de los derechos fundamentales no es absoluta. Sin embargo, nunca se podrá afectar el contenido esencial o núcleo duro del derecho fundamental de que se trate. Esto no es recogido expresa y positivamente por la Constitución, no obstante ha sido reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1417-2005-PA-TC, Fundamento Jurídico 37).

La Constitución española sí recoge este principio del «núcleo duro» o contenido esencial de los

derechos fundamentales cuando dispone en su artículo 53.1:

«Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)» [el subrayado es mío].

Por otra parte, resulta nítido que todo lo hasta aquí dicho es también aplicable a los contratos administrativos, cuando están sujetos al Derecho público. Por ello, es de la mayor importancia citar a Meilán Gil (Meilán Gil 2013: 16), cuando afirma:

«No es discutible que el contrato administrativo está ligado al interés general, que vincula a la administración y no existe en el contrato entre particulares, presidido por la autonomía de la voluntad. Al servicio del interés general se admiten las prerrogativas de la administración, hasta el punto de que la jurisprudencia, en una interpretación tradicionalmente restrictiva, sostiene que son *actuales en razón a un interés público constatado y siempre que persiga los fines públicos que le son propios*» [las cursivas son mías].

Siguiendo a la publicista española María José Cabezudo Bajo (Cabezudo Bajo 2010: 146) también es de mencionar el concepto de «restricción de los

derechos fundamentales», del cual se puede afirmar que, si bien las actuaciones de los poderes públicos que inciden sobre derechos fundamentales pudieran resultar en principio lesivas de tales derechos, lo cierto es que si efectivamente están justificadas en el principio de proporcionalidad, constituirán medidas constitucionalmente legítimas.

Para finalizar este tema (colisión entre derechos fundamentales e interés público), si bien es cierto de carácter adjetivo aun cuando de cierta relevancia, es de citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

«Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional [...]. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe

ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel» (STC 2235-2004/AA-TC).

Como veremos, conforme a la Constitución de 1993, el Estado ha asumido una participación subsidiaria en la actividad económica. Ello ha supuesto una reforma integral del Estado y, así, se han adoptado medidas como la privatización de la actividad empresarial del Estado, la desregularización de precios, tasas y tarifas, y la creación de organismos reguladores que cautelen el correcto funcionamiento del mercado, la libre competencia, y la tutela de los derechos de los consumidores. Hemos visto que la «publicación» supone, a contrario, el acto de la administración pública en cuya virtud se declara una actividad o un servicio como de interés público, y en tal sentido sujeto a las normas de Derecho público y el goce por parte del mismo ente administrativo de competencias adicionales y de poderes exorbitantes y prerrogativas. ¿Cómo se activa la «publicación» cuando la operación es a la inversa? De la Morena ya lo ha insinuado (De la Morena 1983: 865). Esto es, cuando la gestión del servicio público se transfiere de la administración pública a los privados. En este contexto, Juan Carlos Cassagne (Cassagne 1996: 103) ha manifestado:

«Sin embargo, lo único que implica la publicación es la transferencia —fundada en la necesidad y trascendencia social— de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público, a través de la gestión privada de una determinada actividad» [el subrayado es mío].

Ahora bien, se trata de que la Administración, que ha acumulado en sus manos la obligación de prestar una masa inmensa de servicios, se ha visto obligada a requerir el auxilio de los particulares en estas tareas de gestión, pero ello no ha supuesto una dejación de sus funciones ni una ruptura de posiciones monopolísticas, sino una utilización de los particulares como colaboradores suyos, dotándoles de prerrogativas y medios jurídicos que, en principio, sólo a la Administración pertenecen, para que su gestión pueda ser eficaz. De esta manera «la posibilidad de que existan actos administrativos en sentido propio emanados de una persona jurídica formalmente privada encuentra completa explicación, en cuanto que dichas personas no actúan como simples sujetos privados—que también pueden hacerlo—ni ejercitan poderes propios, sino que se presentan como órganos, delegados o agentes de la Administración en

virtud de mecanismos bien conocidos que transmiten poderes originariamente administrativos para el ejercicio de funciones previamente asumidas de modo formal y expreso por la Administración Pública» (Muñoz Machado)

Gimeno Feliú (2017:9-10) manifiesta que en este siglo XXI se constata la consolidación de un modelo de “liberalización” de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva “desregulación” o “desreglamentación” de actividades que hasta entonces se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, *por mor de la satisfacción del interés público*, hacia un modelo de “re-regulación” o “neoregulación”, en virtud del cual la “Administración Económica” se ha adaptado a las nuevas circunstancias, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y la dirección de una política económica concreta: se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del derecho administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativo. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular,

continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público). (Las cursivas son mías)

Así, por ejemplo, se puede mencionar el Decreto Legislativo 674 cuyo artículo primero declaró de *interés nacional* la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado.

De igual manera, podemos citar el Decreto Supremo 059-96-PCM (texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos), cuyo artículo 1 prescribe:

«Declárase de *interés nacional* la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos» [las cursivas son mías].

Pero el concepto y naturaleza del contrato ley también importa, y en gran medida, desplegar esta política de «publicar» a efectos de liberalizar la actuación de la administración pública.

Así, el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución dispone:

«Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin

perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

En el mismo sentido y más detalladamente el artículo 1357 del Código Civil prescribe:

«Por ley, sustentada en razones de *interés social, nacional o público*, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato» [las cursivas son mías].

Por su parte, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece en su artículo 39:

«Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes».

Tal parece que existiría una huida del Derecho público.

Pese a todo lo hasta aquí dicho, no se puede dejar de mencionar que no es el «fin público» que esgrime la administración, la única y exclusiva «causa» que habilite el ejercicio de la competencia por parte de la administración. No solo los intereses de la administración están en juego ni pueden ser catalogados en exclusividad como generadores de la «publicación». Los intereses de los ciudadanos o administrados, su bienestar general y el bien común,

no cabe duda, deben también ser considerados como causa de la «publicación» y en tal sentido dar lugar al nacimiento de la competencia y, con ella, la detentación de exorbitantes privilegios por parte de la administración, aun cuando mediatizados. Se trata, en suma, de articular intereses y, como efecto de ello, restringir la discrecionalidad y suprimir la arbitrariedad de la administración al ejercer la competencia correspondiente.

Pero siguiendo a Acosta (2016) se debe relieves que el interés general no es la acumulación desordenada de los intereses de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Aunque contásemos con un instrumento para la fiable medición de los intereses y voluntades de cada uno de los ciudadanos, sería un instrumento inservible porque el interés general no se construye mediante la acumulación sin más de los intereses particulares. De este modo, afirmar que el interés general coincide con el interés de la mayoría llevaría a ignorar las necesidades de las minorías, idea incompatible con el principio de igualdad y con el fundamento mismo de la democracia.

Sobre el particular, Inmaculada Revuelta Pérez (Revuelta Pérez 2014: 109), aludiendo al procedimiento reglamentario, sostiene:

«Las memorias de impacto normativo, como se ha visto, tienen que justificar el reglamento, su

propia existencia y su contenido en el procedimiento reglamentario. Ya no es suficiente la simple invocación de un fin público, como hacían las tradicionales memorias, sino que la administración tendrá que demostrar en ellas que su aprobación ha venido precedida de un proceso de análisis, adecuado al caso, en el que se han ponderado los intereses en juego, evaluado sus posibles efectos, valorado distintas opciones y escogido medios adecuados».

Engarzado con lo afirmado por Revuelta Pérez, resulta interesante citar a Gimeno Feliú (2017: 70) cuando alude a los límites que supone la pretendida activación del interés público y a los excesos que tal activación puede generar. Excesos que como bien dice la cita, agravan la seguridad jurídica, la confianza legítima y el respeto al principio *pacta sunt servanda*, y a su vez bien podrían configurar una arbitrariedad. Por mi parte, sostengo que el interés público implica una fuente de privilegios y prerrogativas para la Administración pública y es un concepto jurídico indeterminado y en tanto tal, bien puede ser materia de enjuiciamiento. Así las cosas, Gimeno Feliú precisa que, *en el Derecho comunitario Europeo el interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la*

*regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado.* Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. Esta regulación europea (y sus principios) obliga a reajustar y reinterpretar la normativa española pues, la figura del rescate se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como forma específica de resolución de contratos tanto para la concesión de obras públicas como para el contrato de gestión de servicios públicos. *Opción que se justifica en la prerrogativa de defensa del interés público,* lo que significa que no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario (esta potestad de rescatar una concesión es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar – y justificar– el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión. (Las cursivas son mías)

“La invocación del interés público no puede ser justificación suficiente para romper la relación contractual”. (Gimeno Feliú 2017:84). En efecto, “el interés público ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato o la concesión (o fórmulas

paraconcesionales). Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son, como se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo, tan necesarias”. (Gimeno Feliú 2017:117)

No obstante lo indicado, preciso es manifestar que la pieza clave de lo que pretendemos demostrar en este texto —esto es, la estrecha ligazón entre exorbitancias, interés público, privilegios y actuación administrativa— la constituye, en primer lugar, la «revocación». La revocación ha adquirido rango de derecho positivo al estar reconocida por el artículo 214 y siguientes de la Ley 27444.

Al respecto, Morón Urbina (Morón Urbina 2011: 425) sostiene que:

«[La] institución de la revocación consiste en la potestad que la ley confiere a la administración para que, en cualquier tiempo, de manera directa, de oficio o a pedido de parte y mediante un nuevo acto administrativo modifique, reforme, sustituya o extinga los efectos jurídicos de un acto administrativo conforme a derecho, aun cuando haya adquirido firmeza debido a que su permanencia ha devenido —por razones externas al administrado— en *incompatible con el interés*

*público tutelado por la entidad»* [las cursivas son mías].

Igualmente, es de citar el artículo 5 del Decreto Legislativo 1012, el mismo que establece entre los principios que deben regir en todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos bajo la modalidad de asociación público privada:

«Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el *interés público* y el perfil del proyecto» [las cursivas son mías].

Como ya se dijo, a su vez, el artículo 7.3 de la LBD preceptúa:

«El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público».

Por su parte, en la Norma IV numeral 3 del Título Preliminar del Código Tributario se prescribe:

«En los casos en que la administración tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere más conveniente para el *interés público*, dentro del marco que establece la ley» [las cursivas son mías].

Por último y con el mismo propósito, es de citar el artículo 4 literal E del Decreto Legislativo 1017,

que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prescribe:

«En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el *interés público* y el resultado esperado». (Las cursivas son mías)

Es notable que el ordenamiento jurídico patrio es ubérrimo en lo que se refiere a la participación directa de los administrados en la deliberación y discusión con miras a la dación de reglamentos administrativos. Ello lo notamos en los tres niveles de gobierno. En tal sentido, es de relieves, “que no es que con la participación se vaya a sustituir o eliminar totalmente la decisión soberana e irresistible que está encomendada a la Ley sino que el ciudadano, que, en definitiva, es depositario del derecho originario de la soberanía ya no está dispuesto a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando las decisiones se resuelven en puros criterios de oportunidad. El ciudadano ya no interviene sólo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive”. (Muñoz Machado)

De otra parte ¿qué se entiende por interés público y sus variantes?

Según Acosta (2016) el interés general es una categoría jurídica formal. Que su estructura dogmática y sus características principales están predeterminadas por las normas jurídicas, con la Constitución a la cabeza, y que su determinación en un momento concreto no puede depender, salvo de forma tangencial, de la ideología política de cada uno o del criterio personal del empleado público.

Y entiendo que el interés general es un concepto jurídico indeterminado abierto a la interpretación y en tal sentido plenamente justiciable. Así las cosas, corresponderá al legislador, al juez o a la autoridad administrativa definir, como lo he insinuado antes, caso por caso y según las circunstancias de que se trate, qué es de interés general y qué no lo es. O se configura el interés general o no. Ello se llevará a cabo a partir del principio de razonabilidad y proporcionalidad. Esto es, que el ejercicio de la competencia de que se trate sea el más idóneo y fundamentalmente el menos oneroso y restrictivo, en su acepción más amplia, en lo que se refiere al administrado, para la consecución del fin público y sus variantes que “publifican” tal competencia.

Al respecto, baste citar como ejemplo de fijación de interés público el “preambular” artículo 44 de la Constitución:

«Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior».

Sin embargo, si nos viéramos forzados a dar una definición de interés público, tomaríamos en préstamo de Gaspar Ariño (Ariño 2007: 17) el siguiente aserto:

«Resulta evidente para mí que el hombre y su libertad es el centro y el objetivo de toda política. El Estado existe justamente para promover y asegurar la libertad del individuo porque esta es la clave de su felicidad. Por libertad entiendo algo muy simple: la ausencia de toda coacción, de toda opresión sobre las gentes, para que cada uno pueda adoptar sus decisiones como seres verdaderamente humanos. Libertad es capacidad de disposición, de decisión no forzada por nadie. En ello consiste no solo la grandeza máxima del hombre, sino también la clave del bienestar y de la riqueza de un país, como la historia reciente ha venido a demostrar. La diferente trayectoria

seguida por los países libres, frente a los países socialistas (del socialismo real) ha sido algo irrefutable».

**\*Para la elaboración del presente texto me he basamentado en el capítulo III del libro de mi autoría intitolado “La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano”.**

### **Bibliografía**

- Acosta, Pablo. (2016) “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. Disponible en:  
<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505813>
- Ariño Ortiz, G. (2007). Modelo de Estado y sector público empresarial. *Revista de Derecho Administrativo*, 13-28.
- Astarloa Huare-Mendicoa, I. (1985). «Teoría y práctica del decreto ley en el ordenamiento español». *Revista de Administración Pública*, 97-169.
- Bustillo Bolado, R. (2012). «La desviación de poder en el Derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos humanos». *Revista de Administración Pública*, 65-97.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2010). «La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional». *Revista de Derecho Político*, 143-182.
- Carbonell, M. (2010). «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina». *Pensamiento Constitucional*, 12-31.
- Carpio Marcos, E. (2003). «La interpretación de los derechos fundamentales». *Derecho PUCP*, 463-530.
- Cassagne, J. C. (1996). «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. Hacia una nueva concepción». *Revista de Administración Pública*, 95-110.
- De la Cruz Ferrer, J. (1988). «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria». *Revista de Administración Pública*, 65-105.
- De la Morena y de la Morena, L. (1983). «Derecho administrativo e interés público. Correlaciones básicas». *Revista de Administración Pública*, 847-880.
- De la Morena y de la Morena, L. (1978). «Los fines de interés público como ‘causa’ y como ‘límite’ y ‘medida’ de control jurídicos». *Revista de Administración Pública*, 151-221.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gimeno Feliú, J.M (2017) EL INTERÉS PÚBLICO Y SU SATISFACCIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica. Disponible en  
[http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION\\_files/Colaboracion\\_Publico\\_Privada.pdf](http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/Colaboracion_Publico_Privada.pdf)

- Gimeno Feliú, J. M. (1994). «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas del sector público en actividades económicas». *Revista de Administración Pública*, 149-211.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1999). «Incidencia de la Constitución sobre el Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública* (150), 159-208.
- Lasagabaster Herrarte, I. (1986). «Las comunidades europeas y los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51-82.
- Marienhoff, M. (1983). «Tratado de Derecho administrativo». Recuperado el 18 de febrero de 2017, de Escuelas Superiores: [www.escuelassuperiores.com.ar](http://www.escuelassuperiores.com.ar).
- Meilán Gil, J. L. (2013). «Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos. Propuesta de revisión». *Revista de Administración Pública*, 11-41.
- Morón Urbina, J. C. (2011). «La revocación de los actos administrativos, interés público y seguridad jurídica». *Derecho PUCP*, 419-455.
- Pérez Tremps, P. (1998). «La integración europea desde la perspectiva constitucional española». *Pensamiento Constitucional*, 47-63.
- Porres Azkona, J. (23 de abril de 2017). *Revista Vasca de Administración Pública*. Obtenido de [www.ivap.euskadi.eus/r61-vedrvap/es](http://www.ivap.euskadi.eus/r61-vedrvap/es).
- Revuelta Pérez, I. (2014). «Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria». *Revista de Administración Pública*, 83-126.
- Silva Cimma, E. (1992). *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

