

Derecho Administrativo

(Lecciones dictadas por el Profesor del
Curso Sr. Dr. Fernando Tola).

CAPITULO I

CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.—*El Estado.* El Estado es la nación jurídicamente organizada, es decir dirigida por una autoridad, por un Poder que dicta el Derecho y al mismo tiempo está reglado por el Derecho.

El Derecho, como dice en las magistrales páginas que ha consagrado a su definición Georges Gurtvich, es siempre un ensayo con el fin de realizar la justicia y la justicia es la racionalización, la reducción a una etapa cuantitativa del ideal moral que es de por si cualitativo e individual. No cabe pues separar el Derecho de la Etica como lo hacía la doctrina individualista.

El Estado no pre-existe al Derecho ya que esto sería subordinar el último a la noción de fuerza, despojándolo así de su conexión con el ideal moral. El concepto de Derecho y el concepto de Etica forman parte de la naturaleza humana. Copiando el silogismo que ha formulado el profesor Del Vecchio: "Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus ergo, ubi homo, ibi jus".

Según L. Duguit, el Derecho no es una creación del Estado sino que existe fuera del Estado. "Tenemos la felicidad de poderlos colocar bajo la gran autoridad de Gierke, según la cual hay una regla de conducta por el hecho solo de que haya un grupo humano y como producto necesario y concomitante de este grupo; esta regla de conducta es una regla de Derecho haya o no haya coacción organizada".

En realidad el concepto de Estado y el orden jurídico se identifican. El orden jurídico que reposa sobre ciertos principios fun-

damentales que forman la Constitución escrita o consuetudinaria de los pueblos, crea los órganos del Estado por medio de los cuales se dictan, se aplican y ejecutan las reglas mas importantes del derecho. El llamado período constitucional no viene a ser mas que una reforma de principios constitucionales consuetudinarios, realizada en virtud de la revolución.

La Constitución de los Estados modernos que ha brotado de la tradición y de la voluntad popular, no ha hecho así otra cosa que sujetar con mayor estrictez la autoridad de los órganos del Estado dentro de ciertos marcos o normas jurídicas.

2.—*División de Poderes.* El Estado dicta el Derecho y lo aplica y ejecuta, de donde nacen tres funciones o sea la Legislativa, la Judicial y la Ejecutiva.

Montesquieu en su obra "L' Esprit des lois" (1748), fué el que hizo resaltar la necesidad de que estas tres funciones se instituyeran en tres órganos diferentes.

Sus frases, por ser una consagración de principios racionales, no han sido refutadas. Aunque al presente haya una crisis política en ciertos Estados, es lo cierto que "mientras en una misma persona o en un mismo cuerpo de magistratura el Poder Legislativo esté reunido al Poder Ejecutivo, no hay libertad porque se puede temer que el mismo monarca, y el mismo Senado elabore leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente".

El Poder Ejecutivo no debe legislar, porque, a parte de la retrogradación en el camino de la libertad, según el pensamiento de Montesquieu, el Poder Ejecutivo es mal legislador; sus normas carecen de control de la opinión pública y de la discusión abierta y son inspiradas por las necesidades de la política del momento con estrecho criterio.

En cuanto a la independencia del Poder Judicial, ella es evidentemente necesaria y va contra el régimen de libertad, contra la organización de derecho del Estado, el reunirlos en uno de los otros dos Poderes. La creación de jurisdicciones especiales para delitos especiales, dependientes del Poder Ejecutivo, no es mas que la vuelta disimulada al Poder absoluto en el que la autoridad arbitrariamente castiga.

Pero si los tres Poderes deben ser primariamente independientes, no lo pueden ser en absoluto; hay forzosamente casos en que el Poder Legislativo dicta normas de ejecución, el Poder Ejecutivo expide reglamentos que tienen fuerza de ley e impone sanciones de carácter penal. Pero esta confusión de atribuciones de

los tres Poderes, en los casos en que se establece, debe reposar en la Constitución y en las leyes pre-existentes.

3.—*La Constitución y las leyes.* La obediencia a la Constitución del Estado es el distintivo de una nación culta. Si la autoridad pasa sobre la Constitución se sale del régimen de derecho y se entra en un régimen de arbitrariedad regido por el principio: "Hoc volo, sic jubeo sit pro ratione voluntas". En este caso no hay adhesión de los ciudadanos al Estado, sino mero sojuzgamiento de un pueblo de hombres que no tienen libertad.

Si la Constitución debe ser obedecida por los poderes del Estado, las leyes deben ser acatadas principalmente por los ciudadanos. También es síntoma de la decadencia de un pueblo el que las leyes y reglamentos de la autoridad no se cumplan. Ese incumplimiento crea un estado de desorden en el que se multiplican las ordenanzas inobservadas y crea una atmósfera de falsa libertad, ya que el no acatamiento de las masas a las leyes, invita a los Poderes Públicos a desacatar a su vez la Constitución que garantiza las libertades.

En principio el Poder Legislativo no puede dar una ley que viole la Constitución y el Poder Ejecutivo no puede dar un reglamento que en algún modo no se apoye en la ley. La Constitución y las leyes son la fuente de donde tienen que emanar todas las normas; pero para que la Constitución y las leyes tengan el carácter de verdaderas normas jurídicas y la eficacia de tales, deben encerrar un contenido ético, racional y conforme con la justicia, como dijimos al ocuparnos del concepto de Estado.

Hobbes y la escuela analítica inglesa, sostienen que la fuerza obligatoria de la norma jurídica proviene únicamente de la autoridad. Esto equivale a rebajar el concepto del derecho y ponerlo a merced de la fuerza bruta. Merkel, sostiene que la fuerza obligatoria de la norma está fundada en la correspondencia de la misma con el sentimiento social de justicia en un momento dado. Es evidente el concepto de Merkel: la norma jurídica para tener el carácter de tal, debe realizar la justicia, tal como la entiende la sociedad para la que se dicta.

Las Constituciones, como Cartas fundamentales de los Estados, dadas las formas en que se elaboran y la gran publicidad que tienen los debates que las originan, corresponden por regla general al sentimiento de lo justo, de lo moral que predominan en los Estados. Así las Constituciones del Perú en raras ocasiones se han apartado de las normas de la libertad y de derecho.

La Constitución que hoy nos rige tiene preceptos ampliamente liberales.

En los Estados debidamente organizados, las leyes siguen la inspiración de las Constituciones. Es señal de desorden el que los Congresos dicten leyes contrarias a la letra o al espíritu de las Cartas fundamentales.

El hecho de que la Constitución y las leyes tengan que encerrar un contenido ético y de justicia, es lo que justifica la existencia de esta disciplina jurídica que llamamos Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo solo existe en cuanto se procura encontrar en las normas de la administración los elementos que se conformen con los principios de la moral y del derecho. Si las normas administrativas estuvieran a merced únicamente del principio de autoridad, a merced de las órdenes dictadas por los gobiernos, no habría ciencia del Derecho Administrativo sino un mero prontuario para el uso de los funcionarios de la Administración.

Si el Poder Legislativo dicta leyes que van contra preceptos constitucionales esas leyes son obligatorias porque están respaldadas por la autoridad, por la coacción del Estado, pero carecen del valor de una verdadera norma de derecho.

Tenemos así la ley 7479, llamada ley de emergencia dictada en 1932 por la Asamblea constituyente, que después de enumerar los actos contrarios a la estabilidad de las Instituciones y al bienestar social faculta al Poder Ejecutivo para imponer las penas de confinamiento o expatriación. La Asamblea Constituyente olvidó el precepto fundamental de que nadie puede ser extrañado del territorio de la República, sino por sentencia ejecutoriada. Este precepto iba a aparecer en la Constitución de 1933, y en virtud de ese precepto la ley 7497 debía ser derogada, y sin embargo, el art. 5 de la misma ley declaraba que esta quedaría vigente si no era derogada al clausurar sus labores el Congreso Constituyente.

Al dar esta facultad al Poder Ejecutivo, no solo se violaba una libertad esencial del individuo, sino lo que es peor se establecía una confusión entre los poderes del Estado.

Cabe igualmente decir de los reglamentos que expide el Poder Ejecutivo cuando van contra preceptos constitucionales o leyes, lo mismo que hemos dicho de las leyes anticonstitucionales: son obligatorias, pero no tienen el valor de normas de derecho, son mandatos impuestos por la fuerza.

Hay reglamentos que se refieren a la organización adminis-

trativa, a la prestación de los diversos servicios públicos; hay otros que se refieren al orden público, a la libertad y seguridad de las personas. Tratándose de los primeros la administración tiene más libertad para dictar normas. Tratándose del orden público, el Poder Ejecutivo se ve mas constreñido y debe sujetarse mas estrictamente a la ley, porque de lo contrario se verían amenazadas las libertades de los ciudadanos.

En todo caso, podemos sentar como principio general en esta materia que toda disposición reglamentaria, en contradicción con los términos de la ley, con el espíritu de la ley, o con una libertad reconocida por la Constitución, debe ser tachada de ilegal y que los jueces en los casos en que tengan que conocer de la aplicación de esa reglamentación, deben hacer primar la ley.

Hemos visto como la ley 7479, viola un principio esencial de la organización del Estado, lo que le quita su eficacia. Veamos un caso de una disposición del Poder Ejecutivo análoga al de esa ley. Por resolución suprema de 26 de setiembre de 1927, se dispuso que los pilotos de automóviles que atropellen a los custodios del orden, están obligados independientemente de la acción judicial a resarcir todos los gastos que demande la asistencia de aquellos, y a la indemnización de los perjuicios derivados del accidente. Los carros serán detenidos en la Policía para los efectos del pago.

Esta disposición va contra el principio de que a la autoridad judicial le corresponde: 1.º considerar si ha habido culpa, 2.º avalar el daño.

Por resolución suprema de 17 de julio de 1936, se prohibió en la República la venta por intermedio de vendedores ambulantes de toda clase de mercaderías. Esa resolución, aunque no tiene la trascendencia de la anterior, y aunque se inspira en razones fundadas, es también ilegal, porque el artículo 42 de la Constitución, establece la libertad de trabajo: "Puede ejercerse libremente toda profesión, industria u oficio que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública".

4.—*Fines del Estado.* Si la nación se organiza jurídicamente, ¿cuál es el fin que persigue con esa organización? Ese fin tiene que ser necesariamente la realización de la justicia y mediante ella obtener el bienestar general.

Como una reacción contra el Poder absoluto que había suprimido la libertad trayendo un mal moral y material a los hombres, la escuela individualista sostenía que el único fin del Es-

tado era mantener el orden público y aplicar la justicia por medio de los Tribunales. El orden público es indispensable para que los hombres puedan convivir socialmente, pero cualquiera otra intromisión del Estado resta a los hombres su libertad.

La escuela individualista sostiene que el individuo lo es todo en el derecho, que la sociedad es una mera suma de individuos. Según Spencer, el principio individualista tiene su fundamento en la biología y supone la supervivencia de los mas aptos. El Derecho debe limitarse a impedir el daño a los otros, pero no debe inmiscuirse, fuera de esa regla, en la acción de los individuos.

Esta teoría no es exacta porque siempre el Estado ha llenado otros fines distintos de la seguridad y la defensa. La ley biológica de la supervivencia de los mas aptos no se cumple precisamente en la vida social. Si el Estado no interviniera, la libertad de la mayoría quedaría suprimida frente a la explotación contractual de los poseedores de la riqueza, que no siempre son los mas aptos ni física, ni intelectual, ni moralmente.

Los hombres son seres inteligentes y seres morales; si se agrupan socialmente lo hacen con fines mas amplios y menos egoistas que la supervivencia de los mas aptos, o que el predominio de los mas astutos.

Las teorías individualistas aunque sirvieron para combatir al Poder absoluto, trajeron sin embargo el mal del sojuzgamiento de las clases proletarias y media a las clases capitalistas. Todo el Derecho elaborado en la época individualista es un derecho para los poseedores de la riqueza.

Como reacción, volvieron a surgir las teorías socialistas que tienen su abolengo en la antigüedad griega.

Según las extremas conclusiones de estas teorías, la sociedad lo es todo frente al individuo, y los fines sociales son los que debe tener en cuenta el Derecho.

Las ideas socialistas son opuestas al Estado, al menos en su forma actual, en cuanto constituye un elemento de dominación y se arroga facultades metajurídicas.

Por el contrario recientes teorías llevan a la Estadolatria, a convertir al Estado en una entidad mística con plenos poderes de dominación sobre las libertades individuales, a la centralización total, a la negación de división de poderes, a hacer, en suma, del Derecho una mera expresión de la fuerza.

Entre estas teorías extremas, debemos tener siempre presente que el Derecho tiende a la realización de la justicia; que esta no se consigue si se deja a los mas fuertes imponer su ley a los mas débiles; pero que tampoco se obtiene suprimiendo al individuo y sus libertades ante el poder de la sociedad o ante el poder absoluto del Estado.

Los fines que hoy persigue la administración son múltiples y variados, comprenden la seguridad individual, la Enseñanza o cultura de los ciudadanos, la Salud Pública, la asistencia a las clases desvalidas, la Previsión Social, la intervención en los contratos de trabajo, etc.

Todos estos fines debe y puede realizarlos el Estado, sin convertirse en un poder odioso de dominación y recogiendo de la sociedad las normas jurídicas para cristalizarlas en derecho positivo.

J. Ramsay Mac Donald, dice: "Así la revolución francesa y el movimiento general del espíritu humano, al cual sirvió de expresión, nos han legado la tarea de conciliar el derecho individual y la actividad colectiva, la libertad del individuo y la organización social".

5.—*Objeto del derecho administrativo. Su definición.* La actividad que el Estado despliega para realizar los fines que persigue es, con las restricciones que luego indicaremos, el objeto del Derecho Administrativo.

Así como el Derecho Político parte del concepto de Estado, así el Derecho Administrativo tiene que partir del concepto de administración o sea de la actividad del Estado.

La administración dentro de un concepto general es toda la actividad del Estado, pero, dentro de un concepto mas limitado, que sirva de base para el Derecho Administrativo, se debe restringir la administración a la actividad del Estado con exclusión de la Legislación y de la Justicia.

Este concepto de administración está pues condicionado por dos negaciones y hay que ver en que sentido se toman los conceptos de legislación y de justicia.

Desde luego no puede tomarse el concepto de legislación en un sentido amplio dentro del cual la norma jurídica es todo mandato apoyado en la coacción del Estado, lo que sobrepasa el concepto de la ley formal.

Por otra parte, bien sean los reglamentos del Gobierno, bien sean las mismas leyes formales dictadas por el Poder Legisla-

tivo, que la Administración debe ejecutar, todo entra en el objeto y campo del Derecho Administrativo. Por lo tanto si consideramos la Administración con exclusión de la Legislación, se entiende únicamente de la actividad del Poder Legislativo dentro de las atribuciones que la Constitución le asigna, pero no con exclusión de las leyes administrativas una vez dadas.

Me parece mas fácil la exclusión del concepto de justicia, que consiste en la declaración del derecho que compete al Poder Judicial en sus tribunales ordinarios o fueros extraordinarios, pero con la restricción de todo lo relativo a lo contencioso administrativo que, aunque es declaración de derecho y por consiguiente misión de la Justicia, por el hecho de versar sobre los procedimientos administrativos y ser sus decisiones dictadas por tribunales administrativos, debe ser estudiado por el Derecho Administrativo.

Con las ideas que hemos enunciado podemos formarnos ya un concepto de lo que es el Derecho Administrativo sin avanzar una definición cerrada de él. El dicho "omnis definitio periculosa" se cumple aquí, si se examinan las diversas teorías y polémicas que se presentan cuando se trata de dar una definición del Derecho Administrativo.

Siguiendo la clásica división dada por Ulpiano, el Derecho se divide en público y privado, el primero se subdivide en interno y externo. Son ramas del derecho público interno además del Derecho Penal y para muchos el de Procedimientos Civiles, el Derecho Político o Constitucional, y el Derecho Internacional. El Derecho Privado persigue el interés individual y regula de un modo especial el derecho de familia y de propiedad como en el Código Civil y el Código de Comercio.

El Derecho Administrativo es una rama separada del Derecho Político; este último estudia la Constitución de los tres poderes del Estado, sus relaciones entre sí y con las libertades fundamentales de los ciudadanos: es decir, estudia como está constituido el Estado. El Derecho Administrativo, en cambio, estudia como actúa el Estado. Si no se hubiera desglosado el Derecho Administrativo del Derecho Político, sus múltiples problemas habrían acabado por desplazar el Derecho Político.

El Derecho Administrativo es pues una rama del Derecho Público que estudia las normas conforme a las cuales se desarrolla la actividad de la Administración.

Para Ducrocq, el Derecho Administrativo es el conjunto de principios y de reglas que resultan de leyes de interés general y de las que presiden el funcionamiento de todos los órganos no judiciales del Poder Ejecutivo encargados de su aplicación.

Según Jeze, el Derecho Administrativo es el conjunto de las reglas relativas a los servicios públicos. Hauriou ataca vivamente esta definición, en la que los servicios públicos lo son todo y se olvida el poder del Estado.

Según Hauriou el Derecho Administrativo es la rama del derecho público que regula, primero la organización de la gestión de la Administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales ella está encarnada; segundo, los poderes y los derechos que poseen estas personas administrativas para accionar los servicios públicos; tercero, el ejercicio de estos poderes y deberes por la prerrogativa, especialmente por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se originan.

6.—*La Administración, la ley y el Poder discrecional.* Por reacción contra la omnipotencia del Poder absoluto, por influencia de las teorías liberales e individualistas, al establecerse la división de los tres poderes se pretendió que el Poder Ejecutivo tenía que ceñirse únicamente a la ley, que era un mero ejecutor de la misma y que no podía agregarse nada que no estuviera implícitamente contenido en ella. “El Estado Constitucional ha introducido el principio de la Administración reglada, es decir la sujeción de la Administración a la ley”. (Fritz Fleiner).

Esta regulación de la Administración por la ley se atempera con la potestad discrecional otorgada al Poder Ejecutivo por el mismo legislador, que considera que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar ciertas disposiciones en sentido favorable al interés público.

El Poder Ejecutivo es discrecional en sus actos, desde el punto de vista de que no se le puede exigir la aplicación de las leyes que quedan confiadas a su iniciativa. Así la ley impone la instrucción obligatoria, pero queda a la iniciativa del Gobierno el abrir los centros escolares.

El poder discrecional del Gobierno se revela en manera clara frente a los particulares que no tienen por regla general derecho para exigir de la administración, ni la prestación de servicios establecidos, ni el establecimiento de nuevos servicios.

Mas aún, el poder discrecional del Gobierno con relación a los particulares se manifiesta en el pago de los créditos, ya que este pago depende de la voluntad de la administración a la cual no pueden los jueces constreñir. Esta prerrogativa de la Administración queda establecida en el artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles: "contra la hacienda nacional no hay acción ejecutiva".

Con todo, al aceptarse el poder discrecional, se hace la salvedad de que él se encuentre enmarcado dentro de disposiciones legales pre-existentes, o que sea obtenido en virtud de una delegación del Poder Legislativo.

El acrecentamiento de actividades del Estado, la riquísima variedad de su contenido, ha minado el concepto de la eficacia absoluta de la ley y el poder discrecional de la Administración rebasa del concepto que acabamos de indicar. El Poder Ejecutivo tiene que seguir el ritmo acelerado de la vida social y de sus múltiples necesidades y procede en muchísimos casos dictando normas que no están contenidas en la ley y sin que medie declaración del legislador.

El inciso 2.º del artículo 154 de la Constitución, señala como atribución del Poder Ejecutivo: "Mantener el orden interno y la seguridad exterior de la República sin contravenir a la Constitución ni a las leyes". En todo lo relativo al mantenimiento del orden interno y de la seguridad está así establecido el poder discrecional de la administración.

Por otra parte, el inciso 8.º del mismo artículo constitucional faculta al Presidente de la República para: "Reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas y con esta misma restricción dictar decretos y resoluciones".

La Administración está así facultada para dictar normas de derecho con la condición de que no vayan contra las leyes.

Esa actividad creadora de derecho por parte de la Administración, es de la misma naturaleza que la actividad creadora de derecho por parte de los tribunales de justicia. Así como en el derecho privado, la jurisprudencia crea normas, la equidad atempera las leyes, se forma el derecho no escrito; así con mas razón, dada la mayor intensidad de la actividad de la Administración, ésta también crea normas de derecho y atempera o interpreta las leyes con criterio de la necesidad vital del momento.

Pero es de suma importancia advertir que esa actividad creadora de derecho del Poder Ejecutivo, no puede invadir el

campo de las libertades individuales, campo reservado a la acción de la ley formal. "Las limitaciones de la libertad y de la propiedad del ciudadano pertenecen a las materias reservadas a la ley". (Otto Mayer).

Se acostumbra distinguir la administración ejecutiva de la administración gubernativa: la primera pone en ejecución las leyes dictadas por el Poder Legislativo o ejecuta los fallos dictados por los tribunales de justicia; la segunda realiza la propia voluntad de la administración encargada de proteger a los súbditos, de proteger al territorio frente a otros estados, de mantener el orden público y demás tareas similares aunque no medie una ley que especialmente se las encomiende.

Pero en todo caso, bien sea en la función ejecutiva, bien sea en la función gubernativa, aún cuando la administración use de su libre arbitrio, de su poder discrecional, el concepto de ley en el estado de derecho ha introducido el ejercicio de un derecho igual para todos los ciudadanos.

La igualdad ante la ley exige: primero que no se puedan dar órdenes singulares en reemplazo de los decretos generales; y segundo que la ley y las disposiciones similares obligan a autoridades y ciudadanos por igual sin que quepa concesión de privilegios.

La administración no podría sin incurrir en incumplimiento de la ley renunciar a cobrar a un ciudadano un impuesto determinado o en general cualquiera prestación a que esté obligado por el derecho público; en cambio, en los casos en que procede dentro del terreno del derecho privado, como por ejemplo en los casos de arrendamiento de un inmueble del Estado, si puede hacer concesiones a los particulares.

En el Poder discrecional la autoridad debe proceder con el mismo criterio de absoluta igualdad en las disposiciones que tome.

7.—*Importancia del Derecho Administrativo.* Vanni en su Filosofía del Derecho, divide las Ciencias, en Ciencias teóricas y Ciencias prácticas, las que a su vez se subdividen en Ciencias técnicas y Ciencias éticas. Estas Ciencias éticas, tienen por objeto fines necesarios a la vida que deben ser obtenidos mediante determinados medios, y en los que interviene el elemento obligatorio de la acción o del deber; y entre ellas figura el Derecho Administrativo.

Tomando cualquiera de los fines que el Estado persigue en su actividad, por ejemplo el fin de la Salubridad Pública, se descubre que es un fin necesario para la vida, que el Estado debe adoptar los medios necesarios para obtener la máxima salubridad, que por esta razón se dictan leyes y ordenanzas que tienen carácter jurídico por ser mandatos de la autoridad. Se hace indispensable estudiar si esas leyes o mandatos llenan el fin de la Salubridad o si son insuficientes. Se trata pues de un estudio científico de las normas dictadas para conseguir la salud pública.

Naturalmente que ese estudio científico supone conocimientos especiales y técnicos en cada una de las materias que el Derecho Administrativo trata, pero en todas ellas se hace indispensable también el estudio en conexión con los principios generales del derecho.

Así por ejemplo al dictarse la ley de Conscripción Vial, había que estudiar esta ley desde un punto de vista económico, pero había también que relacionarla con los principios generales del derecho, y en este caso especial con el principio de una de las libertades fundamentales del hombre que estaba consignada en el artículo 22 de la Constitución, que establecía que no podían ser obligados los ciudadanos a prestar trabajos personales sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.

Por eso la ciencia de la Administración que se refiere a la parte doctrinaria de la misma, a su estudio racional, y el derecho administrativo o sea el derecho objetivo o positivo, la disciplina traducida en leyes, reglamentos y decretos, constituyen una ciencia muy vasta en la que se hace necesaria la división del trabajo entre las distintas especialidades.

A parte de los principios generales tomados de la ciencia de la Administración nos ocupamos en este curso del estudio relacionado con el estatuto de los funcionarios públicos, municipalidades, orden público, educación, salud pública, asistencia social, obras de utilidad general, servicio militar obligatorio, y lo relativo al problema de lo contencioso administrativo.

La administración de la Hacienda pública, en sus distintos aspectos, forma una especialidad del derecho administrativo que merece un tratado especial y se enseña en esta Universidad en Cátedra distinta. Lo mismo cabe decir de la intervención de la Administración en la protección del Comercio y de la Industria y de la intervención de la misma en la llamada legislación del trabajo.

El interés del Derecho Administrativo se acrece en proporción al mayor incremento de los fines y actividad del Estado y del poder de la Administración y surge como consecuencia lógica derivada de esos hechos la indispensable necesidad de estudiar las diversas actividades que la administración ejerce para determinar en cada caso si los medios corresponden—y corresponden dentro de un concepto de derecho—a los fines del Estado. Deriva también la necesidad de organizar las distintas reparticiones administrativas en forma eficiente con personal idóneo y técnico que esté penetrado de la importancia de sus funciones en relación con el bienestar social.

CAPITULO II

FUNCIONES Y SERVICIOS PUBLICOS

1.—*Definición de Funciones y servicios públicos.* Cualquiera que sea la definición que se adopte del derecho administrativo, ella supone el enunciado de que la administración tiene que accionar los servicios públicos y por consiguiente el concepto de servicio público es primario en el derecho administrativo.

El profesor Bielsa, en su obra sobre Ciencia de la Administración, distingue la función pública del servicio público; la primera es “en el fondo lo abstracto, lo jurídico institucional, y el servicio público es lo concreto, lo real, lo actual. Los Ministerios son un índice de la evolución jurídica y social de cada Estado, pues a medida que el Estado se socializa por así decirlo, nuevas funciones entran en la órbita de su actividad”.

Es así como en el Perú, por ese intervencionismo creciente del Estado, se creó en 1896, el Ministerio de Fomento y ha sido indispensable formar recientemente los Ministerios de Educación, que comprende la función de Enseñanza, y de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social que abarca esas funciones.

Hauriou define el servicio público como una organización pública de poderes de competencias y de costumbres, que asumen la función de prestar al público de una manera regular y continua un servicio determinado en un criterio de policía, en el sentido elevado de esta palabra.

Para Jeze el servicio público dá satisfacción regular y continua a determinada categoría de necesidades de interés gene-

ral, mediante la aplicación por los funcionarios de los procedimientos del derecho público.

Como se ve la idea de la continuidad y regularidad es esencial en el servicio público. No cabe en este caso la suspensión o interrupción admisible en los servicios privados; los ferrocarriles, la electricidad, el agua potable, la policía, la enseñanza, tienen que ser suministradas de manera ininterrumpida. Es por eso que las huelgas que paralizan el servicio, son inaceptables en el ramo de los servicios públicos. El artículo 7.º del decreto de 12 de mayo de 1920, prohíbe a los empleados públicos el declararse en huelga y la ley 4774 ordena que el Poder Ejecutivo militarice los servicios de transporte, luz y fuerza motriz, a fin de que no se interrumpan en ningún momento ni por ninguna causa.

2.—*Necesidades colectivas.* ¿Cuáles son las necesidades de interés general que la Administración debe satisfacer?

Ello depende del estado social de una nación en un momento determinado y de la voluntad del legislador. Ha habido épocas en que la enseñanza, por ejemplo, no era considerada como un servicio público; hoy lo es. El servicio del culto es o no público, según el estado religioso de la colectividad.

El profesor Bielsa define en esta forma lo que debe entenderse por necesidades colectivas que el Estado debe satisfacer: "Necesidad colectiva no es necesidad general. En economía política se hace una distinción radical al respecto. La necesidad general tiene un carácter propio; es una suma de elementos homogéneos y, aritméticamente, de cantidades positivas; al paso que la necesidad colectiva resulta de una suma algebraica, donde entran elementos no homogéneos; ellos son positivos y negativos. Es por eso por lo que se discute, con frecuencia, si determinada actividad pública debe ser o no materia de servicio público propio, ya que para muchos un servicio público, puede ser necesario, y para otros no. Algunos por ejemplo, no les interesan los servicios de tranvías, ni los de asistencia social; pues ellos para estos servicios (desde que utilizan sus propios medios de transporte, automóvil, etc), no satisfacen su necesidad, la que para ellos deja de ser colectiva; y como el servicio público en cuestión suele ser pagado en parte con el impuesto, ya que la tasa suele ser inferior al costo, ese servicio hasta puede ser resistido por los no usuarios, los cuales por eso mismo constituyen una cantidad negativa".

“Como dijimos, la necesidad colectiva resulta no de una suma de elementos homogéneos, sino heterogéneos, y de ahí que muchas veces el que recibe la prestación no pague lo que el servicio cuesta, sino que, al contrario, a ese pago concurren recursos financieros de contribuyentes que no utilizan el servicio; esos recursos provienen de impuestos en general. Por ejemplo, los servicios públicos, tanto de la enseñanza superior como de la enseñanza a primaria y de la secundaria no los costea el Estado con las tasas escolares, ni mucho menos, que serían insuficientes, sino con las llamadas “rentas generales”, (impuestos), o bien afectadas, como el producto de impuestos a las herencias”.

“En suma: el servicio público tiene como carácter esencial el siguiente: que él satisface una necesidad colectiva, es decir, una necesidad respecto de la cual hay intereses positivos y negativos. Cuando predominan los primeros, el Estado toma a su cargo la función y crea el servicio público, cuya regularidad y continuidad se asegura por los medios propios del poder público”.

3.—*Procedimientos de derecho público y de derecho privado.* El servicio público es satisfecho mediante procedimientos de derecho público, es decir, mediante un régimen jurídico especial.

El procedimiento del derecho privado supone la igualdad de los intereses particulares en conflicto; el procedimiento de derecho público reposa sobre la idea de la desigualdad de los intereses en colisión. Los intereses particulares deben rendirse ante el interés público y ante el poder del Estado que lo representa.

Esta desigualdad da lugar al derecho público cuya característica es la decisión unilateral acompañada de la coerción.

El Estado tiene la potestad imperativa, el imperium, sobre las personas, que no está al alcance de los particulares y del cual solo queda vestigios en la patria potestad.

Pero si la administración usa de su potestad imperativa y del derecho público para accionar los servicios públicos, ello no le impide el usar también las normas del derecho privado.

Tenemos así, por ejemplo, la facultad de expropiación, concedida al Poder Ejecutivo en los casos de necesidad y utilidad de una obra pública. Esta facultad es exorbitante del derecho común. Impone al propietario la cesión obligatoria de su bien no por un precio que él libremente ha fijado, sino por el precio de tasación.

Pero la administración podría en el caso en que necesitara de un bien para una obra pública prescindir de su facultad imperativa, prescindir de la expropiación y concertar la compra dentro de las normas del derecho privado.

Dentro de la múltiple actividad de los pueblos modernos, los Estados han ido constituyendo organismos autónomos, con personalidad jurídica independiente para satisfacer necesidades generales. Son los llamados establecimientos públicos que realizan una función estatal con patrimonio propio y que quedan al margen de la influencia de la política y de los partidos.

Pero la experiencia ha demostrado al Estado la conveniencia de emplear los procedimientos de la economía privada tanto en los casos en que se limita a dar satisfacción a los intereses generales, sin pretender realizar un lucro, como en los casos en que se propone obtener un mayor incremento de sus rentas, y se inició así una separación entre la administración soberana y la administración industrial.

La administración industrial suele tomar la forma de sociedades de responsabilidad limitada.

Mediante estas sociedades de responsabilidad limitada en las que el Estado posee la totalidad de las acciones, la administración realiza su actividad con la elasticidad de las normas del derecho privado y esa actividad repetimos no está sujeta a las influencias políticas.

Esta forma de sociedades colectivas adoptada por el Estado tuvo su comienzo en empresas económicas mixtas, en las que el patrimonio del Estado se asociaba con el patrimonio de los particulares para satisfacer determinados fines lucrativos.

En cada caso de un establecimiento público creado por el Estado debe pues averiguarse, por su ley y estatutos de formación, si está gobernado por los principios del derecho público o privado, y si puede hacer valer ante los usurarios de los servicios o ante los particulares, con quienes se pone en relación, los principios del derecho público, o sea de la potestad imperativa, o las normas del derecho privado.

4.—*División de los servicios públicos.* Hay la costumbre de establecer la división de las funciones del Estado en necesarias y contingentes. El profesor Berthelemy divide los servicios del Estado en servicios esenciales, que comprenden la Policía, la Armada y la Administración del dominio nacional, y servicios facultativos que abarcan el régimen de transportes, de minas, de

forestas, la organización de los servicios destinados al desarrollo de la agricultura, de la industria y del comercio, los servicios de enseñanza y bellas artes, los servicios de previsión y asistencia pública.

A mi juicio esta división es un rezago de la época, que ha quedado atrás, dominada por el concepto liberal e individualista que limitaba la acción del Estado a la aplicación de la Justicia y la Seguridad.

El aumento considerable de la población, el desarrollo de la industria con la formación de las densas poblaciones obreras, ha determinado en los Estados nuevas actividades tan vitales como la Justicia y la Seguridad. No se trata de servicios facultativos, son servicios indispensables que el Estado debe realizar si quiere sobrevivir. Así como en el cuerpo humano todos los órganos son necesarios, pero hay algunos mas vitales que los otros, así en el Estado moderno, casi todas las funciones son necesarias aunque haya algunas mas importantes que las otras.

Podría afirmarse que hoy la Salubridad y la Enseñanza son funciones tan esenciales del Estado como la seguridad.

Los servicios se pueden dividir como lo hace el profesor Bielsa en propios e impropios.

El servicio público propio lo presta directamente el Estado o por medio de concesiones, es decir por contratos que el Estado celebra con particulares, en virtud de los cuales éstos se encargan de determinados servicios públicos, generalmente con el monopolio, con tarifas previamente convenidas y con sujeción a determinadas reglas pactadas con la Administración.

En el servicio público impropio, que es prestado también por particulares, no hay contrato con la Administración, no existe monopolio; el Poder Público se limita a cuidar de la continuidad del servicio y a regular sus tarifas.

Para Jeze el servicio impropio viene a ser una empresa reglamentada. Se trata de un servicio que el público aprovecha pero que es suministrado por un particular bajo la vigilancia del Estado, tendente a asegurar la continuidad, la regularidad y la imparcialidad con relación a los que solicitan el servicio y con aplicación de determinadas tarifas.

Como ejemplos de servicios prestados directamente por el Estado, tenemos la enseñanza fiscal, la asistencia social por las Sociedades de Beneficencia, el servicio de Policía, etc.

Ejemplos de concesiones, tenemos el servicio de Teléfonos, el servicio de luz y transporte; y ejemplos de servicios públicos impropios el servicio de automóviles, el servicio de farmacia, en los que el Estado se limita a cuidar la continuidad del servicio y fijar los precios.

Se podría agregar a la subdivisión de los servicios propios prestados directamente por el Estado, o por concesionarios, una tercera categoría de servicios públicos hechos por cooperación gratuita de los particulares, en los llamados establecimientos de utilidad pública como hospitales, escuelas, etc., sostenidos por particulares y en los que la Administración Pública se limita a ejercer una función de control. En el Perú tenemos como caso muy especial, el servicio de Bomberos que íntegramente se presta por instituciones privadas.

Existe por último la prestación de servicios públicos por organismos híbridos en los que se pretende conciliar el capitalismo con el estatismo.

En estas empresas económicas mixtas de las que hemos hablado al ocuparnos de los procedimientos de derecho público, el patrimonio del Estado se asocia con el de los particulares para la prestación de servicios públicos.

Estas instituciones de carácter mixto se basan aparentemente en la incapacidad técnica del Estado, pero en el fondo son debidas en gran parte al predominio del capital en el Estado actual.

Tenemos como ejemplo la Compañía Administradora del Guano. El guano para la agricultura nacional, es de propiedad del Estado, el cual prestando un servicio a la agricultura, se lo vendía a precio bastante inferior al que podría obtenerse si lo exportara. Para prestar este servicio por la ley No. 3069, se organizó una Compañía anónima entre los agricultores para la administración del guano. Una somera apreciación de la forma en que el Estado presta este servicio, demuestra que no hay razón alguna para que la Administración se desprenda de él, y lo entregue a particulares y a los mismos interesados.

De igual modo el servicio público de Recaudación de los impuestos, que es función primordial del Estado, está confiado en el Perú a los Bancos que lo realizan mediante una comisión que asciende, según el Presupuesto de 1941, a la suma de S/. de 600.000.00

Igualmente han estado entregados a empresas particulares

el Servicio de Correos y Telégrafos y la explotación de muelles fiscales.

Si al desligarse el Estado en esa forma de servicios que él directamente debía realizar, con evidente mayor provecho para la colectividad, con evidente economía en sus gastos, se apoya en la supuesta incapacidad técnica, parece que el remedio consiste—y es lo que ha debido hacerse—en ir formando especialistas en las distintas materias y dar leyes que prohiban la intervención política en esos ramos. Es lo que se ha hecho en otros servicios, al formar la carrera sanitaria, la carrera diplomática y la carrera del magisterio nacional.

En 1935, se disolvió la Compañía Administradora de Almacenes Fiscales que realizaba el servicio del Estado de atender a los depósitos de cereales y explosivos y funcionaba en forma análoga a la Compañía Administradora del Guano, a la Compañía de Recaudación, etc.

A partir de 1937 o 1938, se disolvieron igualmente las Compañías Administradoras de Muelles.

Con todos estos servicios se formó en el Ministerio de Hacienda un Departamento de Muelles y Almacenes Fiscales, mediante el cual el Estado presta directamente esos servicios y esto está demostrando la verdad de la tesis que sostenemos, de que si el Estado quiere, puede irse librando de la tutela en que lo tienen las empresas particulares e ir prestando directamente los servicios públicos con mayor ventaja general y mayor economía, como la que se ha realizado en la administración de muelles y almacenes generales.

Dentro de la actividad de la administración tendente a favorecer el desarrollo del comercio y de la industria merece especial atención la creación de Bancos especiales en los que el Estado es fuerte accionista o aporta íntegramente el capital.

Tenemos así la institución del Banco Central de Reserva cuyas acciones están suscritas por el Gobierno, por los Bancos asociados y por los particulares. Sus operaciones consisten en redes-cuentos a los Bancos asociados, en negocios bancarios en general; y tiene además el derecho exclusivo de emitir billetes bancarios con un encaje legal del 50 % en oro, plata y aceptaciones negociables en Londres y Nueva York, del total de los billetes en circulación.

Otra institución en la que el Estado tiene determinado número de acciones y personeros en su directorio es el Banco Central

Hipotecario destinado a dar préstamos con hipoteca de inmuebles.

En el Banco Agrícola, el Estado es el único accionista. Dirigido por personas vinculadas a la Banca y a los fuertes intereses agrarios, ha demostrado cierta tendencia a otorgar los préstamos principalmente a los grandes agricultores con preterición de la pequeña agricultura. No se nos escapan las dificultades y riesgos que correría el Banco invirtiendo grandes cantidades en préstamos a los pequeños agricultores, pero es lo cierto que el Banco Agrícola no llena completamente su misión si no atiende en forma mas preferente a la pequeña agricultura.

El Banco Industrial creado en virtud de la ley 7695, y que se estableció en 1936, tiene también por principal accionista al Estado, con un aporte hasta de 20 millones de soles oro, cubierto con el producto de un impuesto de 1 % ad valorem a todas las mercaderías de importación. Su finalidad principal es favorecer el desarrollo de la industria nacional.

El Banco Minero creado por la ley 8055, y su modificatoria 9175, tiene un capital autorizado formado por impuestos especiales a los productos mineros de S/. 50.000.000 que pertenece al Estado íntegramente. Su finalidad es favorecer el desarrollo de la minería y otorgar préstamos a la industria minera.

CAPITULO III

FORMAS DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

1.—*Decisiones ejecutivas.* La administración para realizar sus fines y atender a los servicios públicos, ejercita medidas que constituyen la expresión de sus derechos, que son, como acabamos de decir, derechos públicos y privados.

Esta actividad de la administración se manifiesta mediante decisiones ejecutivas por el procedimiento de acción de oficio; solo en casos especiales está la administración obligada a acudir al juez.

Este procedimiento de oficio queda bajo la responsabilidad de la administración, pero responsabilidad que solo puede traducirse en un crédito contra ella, pues los jueces no pueden constreñirla a hacer o no hacer alguna cosa.

Las decisiones ejecutivas del Gobierno, una vez dadas, pueden ser cumplidas inmediatamente por sus agentes y es obliga-

torio para todos el acatarlas, sin que quepa intervención de un poder extraño para impedir las y solo una vez acatadas, cabrá un recurso ante los tribunales ordinarios. Esto lo vemos diariamente en las órdenes dadas por la Policía, en el cobro de los impuestos, en el derecho que tiene la administración de exigir a sus funcionarios el pago de las deudas liquidadas por el Tribunal Mayor de Cuentas, y en lo dispuesto en la ley de 1857, según la cual los Prefectos pueden observar las órdenes superiores por ser contrarias a las leyes, o traer perjuicios de terceros, pero si el superior insiste deben cumplirlas.

La fuerza ejecutiva de las decisiones existe desde el momento en que son dictadas sin que las formalidades posteriores de publicación se la aumenten, ni quepa tacharlas de ilegales por defectos o irregularidades en su publicación o notificación.

Pero con todo, las decisiones ejecutivas pueden ser nulas, ipso jure, con nulidad absoluta y todos pueden considerarlas in-existentes cuando no reúnen ciertos caracteres esenciales o simplemente anulables. Son nulas en los siguientes casos:

1.º cuando la autoridad de la cual emanan no tenga competencia por razón de la materia o del lugar; 2.º cuando la decisión no tenga una forma prescrita por la ley; y 3.º cuando disponga algo imposible o contrario a una ley prohibitiva.

Fuera de estos casos, las decisiones pueden ser anuladas a instancia de parte por el superior jerárquico o por los tribunales ordinarios.

2.—*Clases y modalidades de las decisiones ejecutivas.* Las decisiones ejecutivas de la administración se concretan por regla general en dos formas: decretos y resoluciones.

Por los primeros, la administración suele dar reglas generales estableciendo normas valederas para todos los ciudadanos. Por las resoluciones se dictan órdenes generalmente para casos particulares.

Los decretos llevan la firma del Presidente de la República y las resoluciones supremas solamente la rúbrica.

Las leyes son promulgadas en forma de decreto por el Poder Ejecutivo.

Los reglamentos se expiden casi siempre en forma de decretos y son dictados unas veces porque así lo determina la ley, otras, sin que haya prescripción legal, para glosar la ley, y otras veces, sin necesidad de que medie ley alguna, el Poder Ejecutivo.

vo dicta normas de administración de los servicios públicos que corren a su cargo.

Las resoluciones ministeriales dan órdenes para casos particulares con solo la firma del Ministro.

Las resoluciones directoriales y las providencias en los expedientes administrativos constituyen órdenes en las materias que se han dejado de competencia de las direcciones y son firmadas por los directores.

En ninguna de estas decisiones ejecutivas de la administración se requiere un formulismo especial.

Las resoluciones suelen constar de tres partes: una expositiva, en que se expone el asunto sobre el que va a versar, otra considerativa, en que se dan las razones que la fundamentan, la tercera parte resolutive. A veces se dan resoluciones que constan de solo una parte, la resolutive. Los decretos supremos por regla general constan de dos partes, una considerativa y otra resolutive.

Las autoridades políticas expiden decretos que tienen el carácter de bandos y en virtud de los cuales llaman a los ciudadanos al cumplimiento de sus deberes cívicos, o dictan disposiciones encaminadas a asegurar el orden o a cumplir ordenanzas municipales.

Los municipios y sus alcaldes, expiden decretos prohibiendo u ordenando algo, decretos que toman el nombre de ordenanzas municipales.

Las decisiones ejecutivas pueden dar margen a disposiciones accesorias y quedar sujetas a las modalidades de los actos jurídicos previstas en el Derecho Privado.

Pueden así las decisiones ejecutivas quedar sujetas a condición suspensiva o resolutoria, regir hasta determinado término o comenzar en determinado plazo; quedar ligadas a señaladas disposiciones o cargos.

Frecuentemente se ven estas disposiciones accesorias principalmente en los casos de concesiones a particulares sujetas a condición, a término o acompañadas de un cargo o imposición especial que debe cumplir el concesionario.

3.—*Recursos contra las decisiones ejecutivas.* Característica de estas decisiones ejecutivas es la intención de afirmar el derecho de la administración y por consiguiente de producir un efecto de derecho. Es por consiguiente lógico que frente a los

particulares den lugar las decisiones ejecutivas a reclamos y recursos.

Estos recursos pueden ser el de reconsideración, en virtud del cual se pide a la misma autoridad que ha dictado la decisión ejecutiva que la revoque o enmiende; el de revisión que se interpone ante la autoridad que dicta la resolución para que eleve el expediente al superior jerárquico, a fin de que este revise el acto del inferior; y el de queja en mérito del cual se acude directamente ante el superior, cuando el inferior no accede a la revisión solicitada.

De acuerdo con la resolución suprema de 15 de marzo de 1873, se dispuso: "Que por una sola vez pueden los particulares pedir reconsideración de las resoluciones que expidan, tanto el Gobierno como las oficinas del Estado y en el término de un mes para los que residan en esta provincia y en la del Callao y en el de tres meses para los demás puntos de la República". Este plazo de 30 días se cuenta prácticamente desde la fecha en que la resolución ha sido expedida, registrada o comunicada a los interesados en ella.

De acuerdo con el artículo 6.º de la ley orgánica de municipalidades, están sujetas a revisión todas las resoluciones que se expidan en los Concejos sin perjuicio de que el Poder Judicial conozca las reclamaciones referentes a asuntos contenciosos. Conforme al artículo 7.º, las revisiones pueden pedirse dentro del término de 10 días, por los interesados o por cualquiera de los miembros del Concejo. La revisión se pide ante el Concejo y se reclama ante el superior jerárquico de este: Concejo provincial en el caso de resolución expedida por un distrital, o Concejo departamental, en el caso de resolución expedida por un Concejo provincial.

En los procedimientos aduaneros, el interesado puede reclamar del reconocimiento efectuado por los vistas en el plazo de cinco días útiles. Con arreglo al artículo 279 del Código Aduanero, los reclamos por pago de mayores derechos debidos a errores numéricos en la liquidación de las pólizas, mala aplicación de los derechos o impuestos y por derechos consulares o multas por falta de factura, deben presentarse a las aduanas dentro del plazo de un año de efectuado el pago.

Estos recursos de los particulares son meros recursos jerarquizados, no constituyen ningún procedimiento contencioso. Para restablecer la contención, como no tenemos tribunales con-

tencioso-administrativos, los interesados tienen que acudir al fuero común y verse envueltos en un litigio con el Estado.

4.—*Poder coercitivo de la administración.* Hemos dicho que la característica del derecho público es la decisión unilateral acompañada de la coerción.

La administración puede coercitivamente obligar al cumplimiento de sus decisiones ejecutivas.

¿Cuáles son los medios coercitivos de que disponen las autoridades? Ellos pueden resumirse en tres clases:

1.º la sanción penal por desobediencia consistente en multa o prisión.

La multa suele estar establecida en diversas leyes, principalmente tributarias, pero puede también establecerse reglamentariamente por el Poder Ejecutivo, cuando el legislador faculta a la administración para reglamentar la ley.

A parte de la pena pecuniaria, consistente en las multas, las autoridades pueden detener a los ciudadanos que desacatan sus órdenes y ello está previsto en el artículo 56 de la Constitución, conforme al cual: "Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público...."

2.º La ejecución subsidiaria.

Cuando se trata de una prestación que puede ser ejecutada por otra persona, y en el caso de resistencia del obligado, la autoridad puede hacerla ejecutar a costa de este.

Esta ejecución subsidiaria tiene lugar principalmente en los casos de salubridad pública, de higiene local, etc.

3.º La coerción inmediata sobre el patrimonio y las personas.

Las cantidades que los ciudadanos están obligados a pagar al Estado por razón de impuesto, indemnizaciones por ejecución subsidiaria, multas reglamentarias, etc., pueden ser cobradas coactivamente por la administración misma por vía de apremio y embargo sobre los bienes de los obligados.

También tiene la administración el poder coercitivo sobre las personas, si bien este poder es mucho mas limitado en su ejercicio que los otros medios coercitivos.

Puede la administración coercitivamente obligar a la persona a prestar el servicio militar. Puede igualmente, ejerciendo coerción sobre las personas, proceder a la vacunación, a la re-

clusión de enfermos contagiosos, a obligar a los particulares a presentarse ante la autoridad para dar informes necesarios.

En otra forma, puede también coercitivamente la autoridad impedir el tráfico de un automóvil por no llevar brevete el chofer, puede prohibir mitines, clausurar establecimientos de baile fuera de las horas reglamentarias y en general, la Policía está facultada para constreñir a las personas al acatamiento de las disposiciones relacionadas con el orden público.

A parte de estos medios coercitivos que son propios del Poder público, la administración usa frecuentemente en las concesiones a particulares de su derecho privado de agregar cláusulas accesorias de carácter penal para los casos de mora o inejecución por parte de los concesionarios. Estas cláusulas penales funcionan en la misma manera que las contraídas entre particulares.

CAPITULO IV

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS

1.—*Definición. Vínculo jurídico de los funcionarios y el Estado.* El Estado actúa por intermedio de sus agentes, o sea de los funcionarios públicos, que ocupan así un rol importante en el Derecho Administrativo.

En principio tienen el carácter de empleados o funcionarios públicos todos los que ocupan cargos permanentes en la administración en virtud de un nombramiento de la autoridad pública.

Son empleados públicos, los de las municipalidades y también los de las Compañías fiscalizadas de Recaudación y del guano, no obstante que su nombramiento no emana de la autoridad pública sino de un Directorio comercial, porque este Directorio procede a la nominación en virtud de una delegación del Estado.

No basta el hecho de atender a un servicio público para tener el carácter de empleado público, pues atienden a esos servicios, los empleados de las Empresas concesionarias de Ferrocarriles, Muelles, etc., y sin embargo no son agentes de la administración, porque no reciben su nombramiento de la autoridad pública, ni por delegación de la misma.

En nuestra vida administrativa se emplean los términos de funcionario, empleado público y magistrado, sin que haya una definición y distinción precisa de ellos. La delimitación del término magistrado es la mas factible, él se refiere principalmente a los miembros del Poder Judicial; tratándose de funcionarios y empleados ya son conceptos mas empíricos. Se suele establecer la diferencia entre unos y otros por la mayor o menor importancia de sus funciones y la mayor o menor autonomía.

El profesor Berthelemy en su tratado de Derecho Administrativo hace una distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión. Por actos de autoridad, el Estado, como Poder Público, impone mandatos. Esta distinción nos puede servir de base para diferenciar los términos de funcionarios y empleados en la vida administrativa del Perú.

La Constitución del Estado dice en efecto: "El poder del Estado emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios". Quiere decir que a tenor de este artículo son funcionarios los que ejercen autoridad.

El Código Penal en la sección 12 se ocupa de los delitos contra la autoridad pública, y en toda esa sección el concepto de funcionario va ligado al concepto de autoridad. Lo mismo acontece en la sección 14 con el delito de abuso de autoridad. Tratándose de la concusión, peculado o corrupción de empleados, como estos delitos pueden ser cometidos por personas que ejercen autoridad o no la ejercen, el Código se refiere ya a funcionarios o empleados públicos.

Por lo demás, la distinción entre funcionarios y empleados públicos carece de importancia ya que unos y otros tienen los mismos deberes, iguales derechos y están sometidos al mismo estatuto legal.

Las personas que ejercen la actividad del Estado pueden hacerlo o voluntariamente o como una carga del Estado.

Como carga del Estado, constituye una obligación impuesta a los ciudadanos para que presten determinados servicios, obligación inexcusable en la que no media consentimiento. Tenemos así el servicio militar obligatorio, del que nos ocuparemos al tratar de la defensa nacional, las funciones de las mesas receptoras de sufragios en las elecciones, el cargo de concejal en los municipios.

En cuanto a los funcionarios o empleados que sirven voluntariamente al Estado, la mayor parte lo hacen mediante una

retribución o sueldo, pero los hay también ad honorem, que no perciben remuneración, como en ciertos Cuerpos Consultivos de los Ministerios, funcionarios diplomáticos ad honorem, los Directores de la Sociedad de Beneficencia, etc.

Respecto a los funcionarios o empleados remunerados, se plantea la cuestión de averiguar cual es la naturaleza del vínculo jurídico que se establece entre los servidores del Estado y éste.

La teoría contractual ve en ese vínculo jurídico una mera figura del Derecho Civil: la locación de servicios.

Pero hay muchos que, mirando únicamente al lado del Estado, repudian esa teoría y la repudian apoyados: primero, en el concepto de Estado, en el concepto de Poder público; y segundo en modalidades especiales de la relación jurídica, que se apartan de las que rigen en la locación de servicios y sostienen el estatuto legal, o sea que la institución de un funcionario es un acto de autoridad, una forma particular de requisición.

El profesor Berthelemy, que como hemos dicho, distingue entre actos de autoridad y actos de gestión, sostiene que los funcionarios, que tienen la autoridad del Estado, no la reciben ni la pueden recibir por contrato, pues no cabe que la autoridad sea objeto de contrato, y por otro lado, dentro de la doctrina de este profesor, el Estado en cuanto es poder de autoridad no es persona, no puede contratar al delegar la autoridad; pero acepta la teoría contractual para los demás funcionarios que realizan actos de gestión, que corresponden al Estado ya como persona jurídica.

Hauriou sostiene que el reclutamiento de los funcionarios civiles es como el de los militares a base de una requisición consentida: de una parte los funcionarios son incorporados a la administración por una nominación, decisión unilateral del Poder público; de otra parte su estatuto es legal o reglamentario y no contractual.

Con la teoría de la adhesión elude Hauriou la dificultad que se presenta en el hecho de que el funcionario debe prestar su consentimiento a la nominación: "pero aún cuando el funcionario nombrado acepte su nominación, esto se analiza en un acto de adhesión a una requisición y no en un cambio de consentimientos contractuales". Si no son consentimientos contractuales, son adhesiones contractuales que viene a ser lo mismo.

Según la teoría contractual, las relaciones entre el servidor del Estado y éste dan derechos y obligaciones a ambas partes. Esa existencia de derechos y obligaciones recíprocas, derivada

del libre consentimiento de ambas partes, supone la existencia de un contrato o sea de la figura del Derecho civil de locación de servicios.

En cuanto a las modalidades especiales que pueda tener el contrato, como por ejemplo, el que los empleados públicos no estén comprendidos en la ley del empleado y la modalidad especialísima de que el funcionario va a ejercer la autoridad del Estado, no desnaturaliza el contrato mismo.

2.—*Estatuto de los funcionarios y empleados públicos. Su nombramiento.* El estatuto de los funcionarios y empleados públicos es el conjunto de reglas que determinan los derechos y deberes de los mismos.

Dentro de una buena administración, el valor de los principios que se sienten en esta materia es incalculable. Mas aún, puede decirse que la mayor parte de los defectos que se observan en una administración pública, se encuentran en la ausencia de principios, en la forma de escoger a los empleados, en la manera de ascenderlos, en la deficiencia de la disciplina, en las deficiencias y desigualdades de los sueldos.

Es pues necesario estudiar las normas que deben regir el estatuto de los funcionarios.

Ante todo, dada la importancia que las funciones administrativas tienen para los intereses colectivos, es indispensable que los que las desempeñan reúnan requisitos de honorabilidad e idoneidad. La honorabilidad de los funcionarios públicos responde al estado de cultura de un pueblo; de modo que haciendo una especie de estadística de empleados públicos tarados con antecedentes delictuosos, se puede deducir el estado de una administración y del pueblo que ella dirige.

En cuanto a la idoneidad, dado el carácter que van tomando las actividades del Estado, se hace cada día mas necesaria la preparación técnica de los empleados públicos, el hacer una verdadera carrera administrativa y dar estabilidad a los puestos. La improvisación, que siempre es dañosa, lo es mas en el ejercicio de funciones que requieren ya conocimientos técnicos especiales. Lo primero que hay que examinar es pues, la manera como la administración escoje a sus servidores.

En regla general existen dos formas. La forma electiva y la forma arbitraria; dentro de la segunda, existe la forma absolutamente libre y la forma previo concurso.

En cuanto a la forma electiva tenemos, aún saliéndonos del campo de la administración, propiamente dicho, la manera como son elegidos por el Congreso y por el Poder Ejecutivo los magistrados judiciales a propuesta en terna doble presentada por el Poder Ejecutivo o el Judicial, según los casos. Igualmente la nominación de arzobispos y obispos era realizada por el Congreso por elección.

El personal técnico de las administraciones de aguas es nombrado por el Consejo Superior de Aguas, por elección de las ternas que forme la Dirección de Aguas.

En cuanto al nombramiento arbitrario, el se hace por regla general por el Presidente de la República que tiene entre sus atribuciones con arreglo al inciso 11 del artículo 154 de la Constitución vigente, el de nombrar y remover a los funcionarios y empleados públicos, cuyo nombramiento o remoción no corresponda a otros funcionarios o corporaciones.

Este nombramiento ad libitum puede sin embargo estar condicionado por determinadas pruebas de idoneidad. Tal es el sistema de los concursos, mediante los cuales los diversos postulantes de un empleo público rinden determinadas pruebas para demostrar su capacidad y se escoge al que haya obtenido mas altas notas.

El régimen del concurso se encuentra establecido para el ingreso a la Escuela Militar y a la de Policía.

Al presentar al Gobierno el proyecto de Reglamento general de Correos en 1916, el Director señor E. Zapata, llamó la atención sobre los artículos 30 y 31, que establecían el concurso y promoción de empleados. Y en su dictamen fiscal el Dr. J. A. de Lavalle decía que: "ve con satisfacción que en los artículos 30 y 31 se establece el concurso y la promoción para la provisión de los empleos. *Así lo exigen la justicia y el buen servicio*".

El régimen del concurso se encuentra también establecido en el Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de la ley número 6602. De acuerdo con sus disposiciones se publican avisos para que se presenten postulantes, se nombra jurados compuestos de tres miembros presididos por el Ministro o por el oficial Mayor, se reciben los exámenes y se designa a cualquiera de los que hayan obtenido los cinco primeros puestos en el concurso.

La reciente ley orgánica de Enseñanza establece también en su artículo 274, para el nombramiento de Directores de escue-

las elementales, el concurso de méritos o de aptitudes. En su artículo 305, se estatuye que todo nombramiento de preceptor o profesor se hará en concurso de méritos requiriéndose con arreglo al artículo 306, acreditar capacidad técnica, moral y física, para el cargo.

Con arreglo a la Resolución Suprema de 20 de mayo de 1936, teniéndose en cuenta que los Inspectores Regionales del Trabajo deben reunir condiciones especiales de preparación e idoneidad se establece el concurso para su nombramiento, señalando las reglas de exámenes y composición de jurados.

Por resoluciones supremas de 21 y 26 de marzo de 1942, se ha establecido en la Superintendencia General de Contribuciones el examen de competencia, de acuerdo con las condiciones de preparación y capacidad que demanden la vacante a proveerse; la organización y reglamentación de los concursos para los cargos en que se considere necesario este requisito y la constitución de una junta de personal formada por el Superintendente, dos miembros del personal superior y dos miembros elegidos por los empleados, cuya misión es asesorar en lo referente a nombramientos, ascensos, traslados o sanciones.

Como se ve el nombramiento condicionado por pruebas rendidas va tomando importancia en nuestra legislación administrativa y ello es señal de un evidente progreso que pone una barrera al favoritismo y que proporciona a la administración un personal capacitado.

La revocación de un empleado sin causa justificada y probada, es un acto explicable en las Empresas particulares, pero que toma relieves de injusticia cuando se realiza en la Administración pública.

En Francia el Consejo de Estado trata de proteger a los empleados públicos contra esa amenaza y exige que la revocación no pueda ser dictada, en principio, sino por la autoridad que haya hecha la nominación y en la misma forma.

3.—*Promoción de empleados.* El derecho al ascenso que rige en la carrera militar, no puede regir en la misma forma en la Administración civil, pero esta debe velar por la promoción de su propio personal y dar reglamentos que den normas sobre los ascensos. Y al hacerlo así procede por razones de su propio interés, por un concepto de justicia y aún por interés social.

El interés de la propia administración se descubre fácilmente si se tiene en cuenta que por regla general está mas capacita-

do para servir una función pública un empleado del mismo servicio que tiene la práctica de él, que una persona traída de fuera.

Por razones de justicia porque no es conforme con el criterio de lo justo el posponer empleados antiguos y aptos para el nombramiento de plazas superiores, trayendo personal extraño, por razones de favoritismo o de interés político.

Por último, el interés social está comprometido en que no exista una clase formada por empleados secundarios, sin expectativa alguna de avance en su carrera.

La ley No. 6602, que establece la carrera diplomática fija, en su capítulo segundo, las reglas para las promociones, que se verifican dentro de ciertas condiciones de tiempo o por merecimientos o por antigüedad, alternando ambas formas en los nombramientos. Por la ley No. 7372, se unificaron los servicios diplomático y consular y se estableció que todo el personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, que hubiera prestado servicios cinco años, sería inscrito en el Escalafón diplomático, estableciéndose las equivalencias.

En el reglamento interno del Ministerio de Fomento, aprobado por resolución de 19 de enero de 1933, se establecía en el artículo 18, la disposición siguiente: "La puntual asistencia a las labores y el bien probado cumplimiento del deber, cristalizados en alta nota consignada en la foja de servicios, se tomarán en cuenta cuando se trate de promociones a empleos superiores. El 50 % de los cambios del personal anual se destinará a ser llenado mediante el ascenso, a que da derecho la clasificación anotada en la foja de servicios".

Con arreglo al artículo 24 del decreto supremo de 22 de febrero de 1937, reglamentario de la ley que declara carrera pública la función sanitaria, se establece que para los altos puestos de la Dirección General de Salubridad Pública, se requiera haber prestado servicios eficientes en el ramo entre 15 y 5 años, según las distintas categorías de las funciones establecidas en dicho decreto.

Igualmente, con arreglo de los artículos 21 y siguientes de la ley orgánica de Enseñanza se prescribe para la mayor parte de las Direcciones del Ministerio de Educación, haber prestado mas de 10 años de servicios en el ramo.

Como se ve por estas disposiciones, hay la tendencia en la Administración pública a establecer el derecho del ascenso en la carrera administrativa.

4.—*Disciplina.* Como dice el profesor Berthelemy: “nadie es funcionario si no quiere, aquel que consiente en serlo se somete voluntariamente a las reglas que aseguren la ejecución del servicio y a las sanciones que garantizan el respeto de las obligaciones que él impone. Los jefes, agregan al poder del comando, el de reprimir las faltas de las reglas de la función”.

El derecho disciplinario, agrega este autor, no es un derecho penal especial; toda persona en el Estado debe estar sometida a la autoridad pública, pero al derecho disciplinario solo están sometidos los que voluntariamente han aceptado una función pública.

Las sanciones establecidas en el derecho disciplinario son la reprensión, la multa, la suspensión y la separación del puesto que es la pena máxima en este derecho.

La disciplina supone la obediencia de los inferiores a sus superiores jerárquicos. Esta obediencia pasiva cesa cuando se da la orden de cometer ilegalidades. Desde luego, nos referimos a las meras ilegalidades administrativas, no a los delitos del derecho común. Consideramos por eso defectuosa la redacción del inciso 5.º del artículo 85 del Código Penal que exime de pena: “al que obre por disposición de la ley o por orden obligatoria de la autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones”. La autoridad no puede nunca obligar a cometer un acto punible, puede forzar a su comisión, pero me parece que hay diferencia en ambos conceptos. Y si el acto no es delictuoso, ya no hay que hablar de exención de pena.

Es evidente que si los inferiores pudieran oponerse a las órdenes, con el pretexto de que son ilegales, cesaría toda disciplina y la organización administrativa sufriría serio quebranto.

En Francia es la doctrina admitida corrientemente que la responsabilidad del funcionario está cubierta por la del superior jerárquico que da la orden y aún hay sentencias del Consejo de Estado, que establecen que no corresponde a un alcalde apreciar la regularidad de los actos que está encargado de publicar.

La disciplina supone además la obligación de asistir a su oficina en las horas determinadas y de observar ciertas reglas de conducta con el público, con sus jefes y con la administración en general; reglas que se puntualizan en los distintos reglamentos internos de las reparticiones de la administración pública.

Por la ley 8523 de 3 de abril de 1937, se estableció que los funcionarios y empleados públicos que cometan delitos contra el patrimonio del Estado, no pueden acogerse a las disposiciones sobre libertad provisional bajo fianza, contenidas en el Código de Procedimientos en materia criminal y en el Código de Justicia militar. Disposición esta que encaja dentro del derecho disciplinario especial de los funcionarios públicos.

Por último, hay que tener en cuenta, como lo hemos dicho al ocuparnos de los servicios públicos, que los empleados de la administración no pueden declararse en huelga por la naturaleza misma de los servicios que prestan y porque los prestan al Estado, al Poder Público, el que se supone que no puede explotar a su personal y al que a su vez no se le puede imponer normas.

5.—*Retribución de los funcionarios y empleados públicos.* Los empleados rentados tienen el derecho de exigir a la Administración el pago del sueldo fijado. Por regla general la clase de los empleados públicos no tienen otro ingreso que el proveniente de la retribución de su empleo; de ahí la necesidad de que la administración, que no es una Empresa particular que busca el lucro, pague a sus empleados en forma compatible con las necesidades de la vida.

En la última ley orgánica de Educación de 1.º de abril de 1941, se establecen estas dos reglas importantes: primero que los preceptores y profesores gozan del derecho de no ser privados de colocación en el Ramo mientras observen buena conducta y conserven sus aptitudes; segundo, que por cada cinco años de servicios que presten en la enseñanza tendrán derecho, si no hubieren sido ascendidos, a un tanto por ciento de aumento sobre sus sueldos que será fijado por el Reglamento y siempre que hayan observado buena conducta. Ambos preceptos satisfacen un principio de elemental justicia para con esos empleados, y sería de desear que se hicieran extensivos a todo el personal de la Administración.

Con arreglo al artículo 18 de la Constitución, nadie puede percibir mas de un sueldo o emolumento del Estado, salvo una mas, por razón de la enseñanza.

En cuanto a los adelantos de sueldos, no podrá hacerse el adelanto de mas de tres sueldos con arreglo a la ley de 14 de marzo de 1921. Con arreglo a la ley No. 2760, los sueldos de los empleados públicos solo son embargables por deudas alimenticias hasta la tercera parte. Esta ley se hizo extensiva a todos los em-

pleados del comercio y de la industria por la ley No. 8562, y forma así parte de la legislación social.

CAPITULO V

PENSIONES

I.—*Concepto de las pensiones.* El empleado público civil o militar, que se retira del servicio o fallece, tiene y trasmite derecho en virtud de las leyes vigentes y dentro de ciertas condiciones, a que el Estado continúe atendiéndolo con una retribución por los servicios prestados.

Los empleados públicos desempeñan en el conjunto de las actividades de una sociedad, las funciones de mayor trascendencia e importancia, puesto que ejercen la actividad del Estado, que es tutela de seguridad, de salud, de asistencia social, de ordenación de los individuos todos que forman la Nación.

Esas tareas tan importantes deben tener su compensación en prerrogativas especiales. Y como los funcionarios públicos no pueden entablar reclamaciones ante la autoridad, ni pueden declararse en huelga, ni están amparados por las diversas leyes que resguardan a los empleados particulares en sus relaciones comerciales con los patronos; de ahí la necesidad y el fundamento legal de los goces o derecho a las pensiones.

Se discute si se trata de ventajas adquiridas por los empleados públicos en mérito de una especie de seguro obligatorio o si se trata del pago de una deuda por parte del Estado. A mi juicio ambos factores concurren a dar nacimiento al derecho, porque la figura del seguro se advierte en el descuento mensual que el empleado hace; pero como este es insuficiente, la administración se reconoce una deuda por los servicios prestados, para atender al monto total de la pensión.

Mas aún, se discute el carácter contractual del derecho a la pensión. Jeze afirma que no tiene ese carácter; cita con todo la opinión del Ministro de Finanzas francés que en 1877, declaró: "Es un principio incontrovertido que la pensión es el resultado de un contrato a título oneroso entre la administración y el funcionario. Cuando éste último ha adquirido las dos condiciones de edad y de duración del servicio, ha adquirido su derecho y la administración no puede sustraerse a la obligación que ha consentido".

A mi juicio el derecho a pensiones forma parte del contrato de locación de servicios celebrado por los empleados públicos con el Estado.

Hauriou que sostiene la teoría del régimen legal, no contractual, en el vínculo que une a los funcionarios con el Estado, reconoce que el régimen de pensiones es el gran móvil que determina al funcionario a dedicarse a la administración por toda su carrera.

El pago de los sueldos y el pago de las pensiones constituyen las prestaciones del Estado, a cambio de los servicios, que es la prestación del funcionario y ese cambio de prestaciones constituye el contrato.

De ahí que una vez adquirido el derecho a la pensión ya no quepa retroactividad, a menos de una situación excepcional por parte del Estado; es decir, que una ley que disminuyera el monto de las pensiones no podría aplicarse a los pensionistas con derechos adquiridos.

Las pensiones son constatadas y liquidadas conforme a las tarifas en vigor en el momento en que el empleado cesa en el servicio.

Problema importante es para el Erario público el de sufragar con los ingresos del Presupuesto fiscal el servicio cada vez mas creciente de las pensiones de jubilación, cesantía y montepío, para los empleados civiles y militares. Es por eso que en los últimos años se han venido estudiando diversos proyectos para organizar una Caja de Pensiones, que mediante la capitalización, principalmente de los descuentos sobre los sueldos, puede atender al servicio de las listas pasivas.

Berthelemy, en su Tratado de Derecho Administrativo, sostiene que estas Cajas de Pensiones solo ocasionarían mayor gasto y complicación, desde el momento que el Fisco paga anualmente mas de lo que recibe por los descuentos.

2.—*Pensiones Civiles.* Las pensiones civiles son las de Cesantía, o sea derecho a determinada renta cuando el empleado cesa en su función; Jubilación, derecho a determinada renta cuando se incapacita por razón de edad o de salud; Montepío o sea transmisión de derecho a la renta a sus herederos. Descansan originariamente en la ley de 22 de enero de 1850 las dos primeras y la de Montepío en el reglamento, que tiene fuerza de ley, de 4 de noviembre de 1851.

Estas leyes surtieron sus plenos efectos hasta 1873, fecha en la cual se declararon todos los empleos públicos en comisión. Posteriormente fueron dándose por leyes diversas, derechos a funcionarios de determinados ramos, hasta la ley 8435 de 7 de agosto de 1936, que declara comprendidos en la ley de enero de 1850, y demás disposiciones vigentes sobre Jubilación, Cesantía y Montepío a todos los funcionarios, profesionales y empleados que presten servicios al Estado en las diversas ramas de la Administración pública. Quedan igualmente comprendidos en los beneficios de la ley todos los empleados de Municipalidades, Beneficencias y Compañías fiscalizadas con fondo propio de ellas.

Los médicos e ingenieros que se invalidan totalmente o fallecen a causa directa del ejercicio de su cargo, disfrutan o transmiten una pensión igual al íntegro de su haber conforme a las leyes números 5967, 6197 y 9015, cualquiera que sea el tiempo de servicios que tenga prestados.

3.—*Jubilación y Cesantía.* La ley de enero de 1850, da derecho de Jubilación en los casos en que una edad avanzada o una enfermedad crónica impida a los empleados públicos continuar en el servicio.

La edad avanzada se entiende de 70 años con arreglo a la ley No. 4233 de 14 de marzo de 1921. Los Magistrados del Poder Judicial, con arreglo a la ley de 24 de octubre de 1899, se jubilarán obligatoriamente a los 75 años, pero los miembros de la Corte Suprema lo pueden hacer voluntariamente a esa edad y obligatoriamente solo a los 80 años, con arreglo a la ley No. 9029.

Con arreglo al art. 16 de la ley de 1850, los empleados quedan en condición de cesantes cuando sus destinos sean suprimidos por ley del Congreso, o por ser subrogados con otros conforme al art. 6.º, o por otras causas legales.

Para regular las pensiones de Jubilación y Cesantía, de acuerdo con la misma ley, el haber se dividirá en 30 partes; los que alcanzaran a contar 7 años de servicios, disfrutarán de siete treintavas partes, aumentándose una parte por cada año hasta el completo de las 30, en que percibirán el sueldo íntegro. Con notable espíritu de justicia, el art. 6.º de la ley de 1850, concede pensión a los que se invaliden en el rigor del servicio y por consecuencia del mismo, aunque no cuenten siete años de servicios.

Quizá el plazo de 30 años para el disfrute de la pensión íntegra es muy breve y sea él uno de los mayores obstáculos para constituir una Caja de Pensiones que funcionara regu-

larmente. En Sud América, ha habido países que se han visto obligados a extender a 40 años dicho plazo.

La regulación del sueldo para los jubilados se hará con arreglo a la dotación del último empleo, si ha gozado de ella dos años seguidos, en caso contrario servirá de base la dotación del empleo anterior, aunque no haya disfrutado dos años de ella. Para los cesantes es indispensable tomar como base la dotación que hayan disfrutado dos años completos. Esta regla está contenida en el art. 6.º y, aunque su redacción no es clara, ese parece ser su espíritu, si bien no es conforme con la equidad.

Conforme a las leyes Nos. 5524 y 6432, los funcionarios del Poder Judicial que se jubilan, con mas de 30 años de servicios, por haber llegado al límite de edad o por enfermedad, tienen derecho a que se regule su pensión en el último cargo titular o interino que hayan desempeñado por mas de un año.

Se trata de excepciones a la regla común que nada justifican.

Los cesantes están obligados a continuar sirviendo al Gobierno cuando éste los llame, debiendo disfrutar de la dotación íntegra que gozaban antes de cesar (art. 15. Ley de 1850).

Los empleados con derecho a Cesantía y Jubilación deben comprobar sus servicios con la hoja respectiva, visada por el Jefe de la repartición en que sirven y certificada por el Tribunal Mayor de Cuentas (artículo 4.º Ley de 1850).

La intervención del Tribunal Mayor de Cuentas trae en la práctica por el enorme cúmulo de trabajo, una morosidad extraordinaria en la tramitación de los expedientes.

En cuanto al descuento sobre sueldos y otras reglas, las trataremos al ocuparnos de las disposiciones comunes a todas las pensiones.

4.—*Montepío civil.* Los derechos a Montepío civil están normados principalmente por el reglamento de 4 de noviembre de 1851. De acuerdo con el artículo 1.º, y con la ley No. 8435, todos los empleados públicos y de Compañías fiscalizadas, que tengan seis años cumplidos de servicios y los jubilados y cesantes, dejan a sus familias acción al goce de Montepío, sin que ni a los unos ni a los otros les sea permitido renunciar a ese derecho. La irrenunciabilidad se apoya en razones de orden moral.

Esta acción consiste, conforme a la ley No. 6278, en una renta mensual igual a la mitad de la pensión de Jubilación o de Cesantía que gozaba o a que tenía derecho el cesante; y en ningún

caso será menor del quinto del haber de éste en la última plaza que hubiera servido en propiedad.

El derecho al Montepío corresponde en primer lugar a las viudas, en segundo a los hijos legítimos o legitimados y en tercero a las madres aunque sean naturales, siempre que no se hallen casadas. (art. 5.º del Reglamento de 1850). De acuerdo con la ley de 28 de enero de 1809, gozan también del derecho de Montepío los hijos naturales, pero si concurren con la viuda o hijos legítimos, percibirán solo la quinta parte y si concurren con la madre percibirán la mitad, conforme al artículo 902 del Código Civil, que fué después derogado. Esta última disposición se conformó con lo dispuesto en el artículo 762 del Código Civil vigente, por la resolución suprema de 25 de noviembre de 1938.

De acuerdo con la resolución legislativa No. 1341 de 22 de noviembre de 1910, se comprendió en la percepción del Montepío a las hermanas legítimas o ilegítimas de los servidores del Estado, siempre que reunan las condiciones de soltería e indigencia y las establecidas en el artículo 910 del Código Civil, que se referían al lugar que les correspondía en la herencia de los hijos ilegítimos.

Pierden el derecho al montepío las viudas, hijas y madres que se casaren o prostituyeren y los hijos luego que cumplan 18 años.

Los partícipes del Montepío no pueden salir del territorio nacional sin licencia del Gobierno (art. 9.º) y están obligados a presentar cada seis meses a las tesorerías certificado de la autoridad política y del Párroco, que acrediten su capacidad para recibir la pensión. (art. 16 Reglamento de 1851).

5.—*Pensiones Militares.* Las leyes fundamentales que rigen las pensiones militares son las de 16 de enero de 1850 sobre Montepío Militar, la ley 1041 de 20 de febrero de 1909 sobre pensiones de invalidez y la ley 1042 de la misma fecha sobre retirados, y las leyes números 2118 y 5735 de situación militar.

Todas esas disposiciones legales fueron vaciadas en el Reglamento de pensionistas militares expedido en 21 de Junio de 1910.

El Cuerpo de Investigación y Vigilancia goza de los mismos derechos a pensiones con arreglo a la ley No. 8154.

Por ley No. 6184 de 9 de julio de 1928, se estableció la pensión de retiro para los individuos de tropa de la Guardia Civil y de Seguridad.

La ley 6183 y su decreto reglamentario de 9 de julio de 1928, complementan las pensiones de que gozan los individuos de tropa de la Guardia Civil y de Seguridad.

Vamos a extraer las normas mas sustanciales contenidas en estas distintas leyes y reglamentos.

Conforme al extenso reglamento de pensionistas militares de 1910, que consta de 134 artículos, el militar que deja el servicio o es separado de él, queda en una de estas condiciones:

A.—*Retiro temporal*, para los Jefes y Oficiales separados por disposición o concesión del Gobierno. El retiro temporal puede ser con goces si se tiene siete años de servicio o sin goces en caso contrario.

B.—*Retiro absoluto*, para los retirados temporales que se hubieran negado a prestar servicios; que lo soliciten con motivos fundados o que sean incapaces por razón de enfermedad.

Conforme a la ley 5735, que modificó la ley de situación militar 2118, es obligatoria la separación de la actividad y el pase al retiro en los límites de edad siguientes: General de División 68 años; General de Brigada 64 años; Coronel 60 años; Teniente Coronel 58 años; Sargento Mayor 55 años; Capitán 53 años; Teniente 50 años; Subteniente 45 años.

C.—*Inválidos*, para los militares y asimilados que resulten incapacitados para el servicio como consecuencia precisa de las faenas que le son anexas, no pudiendo la lesión ser referida a otra causa.

D.—*Licenciados*. Los Jefes y Oficiales que deben pasar al retiro absoluto y no tengan siete años de servicios, y en general los que han dejado de ser militares por absoluta separación del servicio, se denominan licenciados; no tienen goces y al incorporarse al Ejército o Armada entran como si nunca hubiesen servido.

La pensión de retirados sigue las mismas reglas que las de jubilados y cesantes en materia civil.

Se toma como base el sueldo correspondiente a la clase en la que cesa el retirado, si ha pasado en ella 24 revistas. En caso contrario se va descendiendo en clases hasta que el retirado, con la suma de los servicios en las distintas clases complete 24 revistas, tomándose en este caso como base la clase inferior en que ha servido.

Para la pensión de inválidos se establecen tres clases y en cada clase se reconocen seis grados. Inválidos de primera clase:

los que se inutilizan en acción de guerra o en acto del servicio igualmente peligroso; de segunda clase los que se inutilizan en campaña activa, y de tercera clase los que se inutilizan en guar-nición.

Los seis grados corresponden a seis grupos de lesiones de mayor o menor gravedad.

Las pensiones están reguladas de acuerdo con la clase de invalidez y el grado que corresponda.

Puede hacerse la declaración de invalidez en condición de inválido en plaza o sea sujeto a depósito o cuartel, o inválido disperso sin esa sujeción.

Se pierde el derecho a la pensión: primero por haber cesado la incapacidad; segundo por aceptar servicio activo o ascenso; tercero por haber usado de engaño para obtenerla; cuarto por haber permanecido ausente de la República un año sin licencia del Gobierno; y quinto por prescripción.

Con arreglo a la ley 6184 se estableció el derecho a pensión de retiro para todo individuo de la clase de tropa de los Cuerpos de Guardia Civil y de Seguridad, por razón de cumplir la edad máxima reglamentaria, o por razón de enfermedad.

La edad máxima es de 52 años para la Guardia Civil y 56 años para el Cuerpo de Seguridad.

Con arreglo al artículo 4.º de esta ley, a los 20 años de servicios efectivos se obtiene el 50 % del haber que va aumentando hasa el 80 %, al llegar a los 30 años.

De acuerdo con el artículo 6.º del decreto reglamentario de esta ley, de 9 de julio de 1928, obtienen el derecho de retiro los individuos de tropa con 7 años de servicios, que adolezcan de enfermedad incurable adquirida como consecuencia del servicio.

Consideramos que la ley No. 8435, que abrazó en los goces a todos los funcionarios y empleados que prestan servicios en los diversos ramos de la Administración, no modificó la ley especial para los individuos de tropa de las fuerzas de Policía, y que esta ley subsiste en todo su articulado y debe ser aplicada, con prescindencia de las normas que rigen para el retiro de Oficiales de que ya nos hemos ocupado.

Naturalmente, el montepío a que dejan derecho esos individuos de tropa, del que luego vamos a tratar, sigue el mismo principio.

El espíritu de la ley 8435, fué el de incluir en el goce de pensiones, reglado por las leyes de 1850 y 1851 a muchas ramas de

la administración que estaban excluidas, no tuvo ni la mas remota intención de derogar los preceptos especiales de la ley 6184 para los individuos de tropa de Policía.

6.—*Montepío Militar.* Dejan derecho a montepío, los militares y sus asimilados que fallezcan: 1.° en vivo servicio, contando no menos de 5 años cumplidos en él; 2.° en acción de armas o actos equivalentes del servicio; 3.° en condición de pensionistas.

Pertenecen a la primera clase, los jefes, oficiales, auditores, comisarios de guerra, cirujanos militares, los empleados del Ministerio de Guerra y los oficiales del Cuerpo Político de la Armada.

Pertenecen a la segunda clase: 1.° los militares de general a soldado que mueren en acción de guerra o de resulta de heridas recibidas en ella, antes de pasar un año; 2.° los militares que se consideran como finados en acción de guerra, a saber: los ejecutados por el enemigo; los que mueren sosteniendo el orden público; los que fallecen por causa de ejercicios o salvas militares, incendios o explosión de pólvora o naufragio y los que fallecen en calidad de prisioneros, y 3.° los paisanos que por servir a la República fallecen en acción de armas.

No dejan opción a montepío los que fallecen sosteniendo autoridad ilegal, los que se casan después de cumplir 60 años y los que se casan en artículo mortis.

El derecho al montepío corresponde a los deudos, en forma análoga a la que rige para el montepío civil, y está establecido en los artículos 53 y siguientes del reglamento de 1910.

En cuanto al monto de las pensiones de montepío, ellas se fijaron en el 50 % de la pensión de retiro a que tenía derecho el causante en la misma forma que rige en el montepío civil, con arreglo a la ley 8180 de 18 de febrero de 1936.

En virtud del art. 2.° de esa misma ley se elevó el descuento que sufren los militares del 4 al 5 %.

De conformidad con la ley 4533 el 'montepío que corresponde a los deudos de los jefes y oficiales del ejército y de la Armada, que muriesen en acción de armas o a consecuencia de las heridas recibidas, será equivalente al haber íntegro que disfrutaban los causantes conforme a la escala de 1912.

La escala de 1912 está sustituida hoy por la escala de 1939, según la ley No. 9000.

El art. 2.º prescribe que la familia de cada uno de los individuos de tropa o civiles, que fallecieren en acciones de armas, recibirán un premio pecuniario de 50 libras por una sola vez, previa la calificación efectuada por una comisión.

En el reglamento de 1910, se establece con detalle el procedimiento que debe seguirse en la tramitación de los expedientes y las diversas pruebas que se deben actuar.

En la ley 6184, del retiro de los individuos de tropa de Policía, no se sentó precepto ninguno sobre el montepío, pero como en la ley 6183 de 22 de abril de 1928, se establecía que todo servicio prestado en actividad sería considerado de abono para los goces de retiro, invalidez o montepío, implícitamente se reconoce el derecho a montepío a los individuos de tropa, precepto que quedó expresamente consignado en el artículo 39 del decreto reglamentario de la precitada ley No. 6183.

7.—*Montepío de los miembros del Cuerpo General de Bomberos que fallecen en el ejercicio de su misión.* Por ley 8840, se dispuso que se consideraría como muerto en acción de armas y con 30 años de servicios en el grado de subteniente del ejército, a los miembros del Cuerpo General de Bomberos que pierden la vida en el ejercicio de su misión o como consecuencia directa de este servicio.

Esta ley profundamente justa, viene a ser el reconocimiento de la responsabilidad de la administración en el caso general de pérdida de la vida por causa de un servicio público.

8.—*Disposiciones comunes a todas las pensiones.* Hemos enunciado las normas principales de las pensiones civiles y militares. Naturalmente que en su aplicación se presentan casos diversos, principalmente cuando se trata de Montepío, relacionados con las distintas situaciones jurídicas de los herederos. Esos casos diversos da lugar a la jurisprudencia administrativa existente en la materia.

Vamos a hacer una breve reseña de los preceptos mas importantes comunes a todas las pensiones.

De acuerdo con la ley No. 8638 de 17 de marzo de 1938, quedan sujetos al descuento del 5 % para el fondo de Montepío, sin excepción, todos los sueldos de los funcionarios y empleados públicos que se abonen por el Estado, cualquiera que sea la denominación que se les dé, y sufren igual descuento las mismas pensiones de Cesantía, Jubilación y Retiro.

Todos los servidores a quienes no se les haya descontado el 5 %, reintegrarán lo que adeudan mediante un descuento adicional de otro 5 %.

Las pensiones, lo mismo que los sueldos, son inembargables, salvo por deudas alimenticias como lo establece el artículo 1.º de la ley No. 2760, que permite el embargo por esa razón hasta la cuarta parte de las pensiones de Montepío y hasta la tercera de las otras pensiones.

Los descuentos no se reintegran en el caso de que el empleado no tenga derecho a la pensión o la pierda. La pérdida de los derechos a los goces, acompaña por regla general a la destitución del puesto por algún hecho delictuoso. Así se estableció por la Resolución Legislativa No. 1606 de 18 de octubre de 1912, que los funcionarios judiciales destituidos conforme a la ley de 28 de setiembre de 1901, pierden los goces de jubilación y cesantía.

La acción contra el Estado en cualquiera de los casos en que se solicite el reconocimiento de los derechos que determinan las leyes de Montepío, Cesantía, Jubilación y Retiro, prescribe a los tres años, conforme al artículo 1.º de la ley de 4 de noviembre de 1901. Esta prescripción se refiere solo a la acción de reconocimiento de derechos, no a los derechos mismos una vez reconocidos que prescriben a mi juicio, a los 15 años, conforme al artículo 1.º de la ley No. 8599.

Con arreglo a la ley 8485 de 15 de noviembre de 1936, el monto de las pensiones de jubilación y demás goces se eleva como límite máximo a la suma de 1,200 soles. Antes con arreglo a la ley 7671, se establecía el límite en 800 soles, pero, por la ley 8071 se eximió de ese límite a los Magistrados de la Corte Suprema. Hay que suponer que hoy siguen exentos del nuevo límite fijado, pero indudablemente que la ley 8071, no responde a un criterio de igualdad y de justicia.

Por ley 4202, se estableció que los deudos de individuos de tropa, que fallezcan en acción de armas, percibirán como pensión de montepío la cantidad de 3 libras peruanas mensuales, y se elevó a 5 libras peruanas las pensiones correspondientes a las familias de los jefes y oficiales cuyo monto no alcance a esta cifra.

Estos límites mínimos rigen hoy para toda la administración.

Ningún empleado puede percibir mas de una pensión por Cesantía o Jubilación como está establecido en la ley de 6 de noviembre de 1897, pero sí puede percibir pensión y volver a ocupar otro puesto percibiendo el sueldo correspondiente. Este criterio no fué el que tuvo la ley 2001, que estableció que los funcionarios, empleados públicos y militares jubilados no podrán desempeñar cargo alguno público rentado, ni percibir del Fisco otra renta que la pensión de jubilación. Pero esta ley fué derogada por la No. 2972, que establece que los empleados y funcionarios civiles y militares podrán percibir, al mismo tiempo que los emolumentos correspondientes a los servicios que prestan, la pensión que les fija su respectiva cédula. Como el art. 18 de la Constitución vigente determina que nadie puede percibir mas de un sueldo o emolumento del Estado, por ley No. 7868 de 23 de octubre de 1933, el Congreso Constituyente, absolvió la consulta formulada por el Poder Ejecutivo, y resolvió que las pensiones no están comprendidas en la denominación de sueldos a que se refiere al citado artículo 18 y que subsiste en todo su vigor la ley No. 2972.

No consideramos acertada esta disposición legal. El Estado cumple un deber de justicia al reconocer el derecho a los goces a sus servidores, pero ese deber de justicia se apoya también en un fundamento de previsión social que falta cuando el empleado jubilado vuelve a obtener otra renta o emolumento del Estado. Por lo menos, habría que distinguir los casos diferentes que pueden presentarse.

Según la ley No. 8692 de 1.º de julio de 1938, se acumulan los servicios prestados al Estado en la administración central y en las Compañías fiscalizadas, Municipalidades, Beneficencias, Universidades y demás reparticiones análogas, pagando el Estado y las otras entidades la parte que les corresponde. Si se atiende a que el Estado es uno, que se diversifica en diversas reparticiones y servicios descentralizados, es claro el fundamento con que se procede a la acumulación de los años de servicios en las distintas reparticiones.

Por decreto de 24 de julio de 1940, se estableció la cédula provisional de pensión para los militares mientras tramitan los expedientes administrativos para obtener los goces y por Resolución Suprema de 18 de junio de 1941, se estableció como regla general el abono provisional hasta el 80 % del monto de las pensiones.

En virtud de la ley 8801, se creó la Dirección General del Escalafón Civil y Listas Pasivas dependiente del Ministerio de Hacienda y cuyas atribuciones fueron reglamentadas por el decreto de 21 de marzo de 1939.

9.—*Pensiones de Gracia.* Con prescindencia de las normas legales, el Poder Legislativo puede otorgar pensiones de gracia, pero con arreglo a la Constitución vigente solo puede otorgarlas a iniciativa del Poder Ejecutivo, (art. 85 C). El Poder Legislativo no puede intervenir en la concesión de pensiones de Jubilación, Cesantía y Montepío (art. 122 C).

Es muy discutible la facultad que tenga la administración, para, fuera de casos excepcionales, conceder estas pensiones de gracia que constituyen, en lo más de los casos, privilegios para determinadas personas, obtenidas por regla general por el favoritismo y la influencia, y que vienen a gravar al Erario Público constituido por la contribución general.

FERNANDO TOLA.

(Continuará)