

# El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias

Juan Carlos Morón Urbina  
Profesor de Derecho Administrativo en la  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

*"Ningún órgano estatal puede dictar un acto particular que deje sin efecto lo que ha dispuesto una norma general para su aplicación. Esta regla, que a veces se deja sin efecto con expresiones eufemistas, destaca empero dos garantías fundamentales: la exclusión de la voluntad particular, sea por capricho resentido o generoso de los funcionarios; y el respeto al tratamiento igualitario que es la esencia de toda norma de derecho".*

Bartolomé A. Fiorini.

## 1. Introducción.

Acertadamente, el artículo 5.3. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, No. 27444, incluye como vicio en el objeto o contenido del acto administrativo, el que **infrinja normas administrativas de carácter general provenientes de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto**. La fórmula es completada por el artículo 10 del mismo cuerpo normativo que instituye a la nulidad como la consecuencia directa de la contravención de las normas reglamentarias, conjuntamente con las infracciones a las normas constitucionales y legales.

Con esta norma se reinstala en nuestro Derecho Administrativo una de las reglas jurídicas más antiguas del Derecho Público, incluso preexistente a la conformación del Derecho Administrativo contemporáneo: **la inderogabilidad singular de las normas reglamentarias**<sup>(1)(2)</sup>.

De ordinario, a las autoridades administrativas les resulta difícil comprender, que sus competencias y atribuciones de dictar actos administrativos quedan

vinculadas por las regulaciones, reglamentaciones y procedimientos que preexisten a su actuación. Se suele pensar equivocadamente, que si es la Administración quien establece la norma, y puede derogarla, también podría dispensar de su cumplimiento, en una aplicación más del principio jurídico *a maiore ad minus*. En el extremo, menos comprensible aun, les resulta a los jerarcas: Ministros, titulares de entidades, jefes de órganos autónomos, que se encuentren sujetos a las reglamentaciones que pudieren haber dictado organismos distintos a ellos, y más aun cuando, se trata de dependencias de menor jerarquía.

Pero indudablemente deben reconocerlo, así debe ser, en función de la regla de la **Inderogabilidad singular de las normas generales o reglamentos**, por la que se relacionan las potestades reglamentaria y adjudicativa de las autoridades administrativas.

## 2. La potestad reglamentaria.

La atribución de la Administración para emitir declaraciones unilaterales de voluntad de las entidades

(1) En el presente trabajo mantenemos la terminología acuñada históricamente para esta regla administrativa, por considerar que ha adoptado carta de ciudadanía en la doctrina y legislación comparadas aun cuando coincidimos con Alberto Bianchi, en que al no tratarse propiamente de la derogación de una norma reglamentaria sino de su "inaplicación" por la autoridad administrativa, el nombre más apropiado para esta regla sería la de: "inaplicabilidad singular de las normas reglamentarias" (BIANCHI, Alberto. *El caso Promenade y la Llamada Inderogabilidad Singular de Reglamentos en un controvertido fallo*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año I. Depalma, 1989).

(2) Dentro de nuestro sistema jurídico podemos afirmar que esta regla tiene base constitucional en el artículo 118, numeral 8 que consagra como atribución del Presidente de la República la de "**ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones**". Por esta regla, la fórmula precisa la subordinación del reglamento a la ley, pero, a su vez, la de los actos administrativos (decretos y resoluciones) a los reglamentos.

públicas con efectos normativos jurídicos generales y directos es denominada potestad reglamentaria. Estamos frente al remanente de la antigua atribución que tenían los monarcas de dictar norma leyes y preceptos de conducta generales, sólo que, luego de la constitución del Estado liberal, quedó debilitada en su fuerza y en su pretendida soberanía, con lo que subsiste sólo una atribución subordinada al resto del ordenamiento jurídico.

Su producto típico: el reglamento es la “norma jurídica de carácter general dictada por la autoridad administrativa en materia de su competencia, conferida por la ley formal, con el objetivo de facilitar su aplicación”<sup>(3)</sup>.

Cuando la autoridad administrativa, investida con facultades expresas para ello, aprueba un reglamento, está creando una regla de derecho objetivo, que participa de la naturaleza material de la ley, aunque -a diferencia de ésta- subordinada, en cuanto sus fines y alcances, al ordenamiento superior (Constitución y ley formal).

Las normas reglamentarias pueden responder al objetivo de la administración de precisar, desarrollar, pormenorizar, aplicar o complementar una ley, para asegurar la correcta operatividad administrativa de una ley previa, pero sin que pueda llegar a condicionar su vigencia, o a transgredir, desnaturalizar, limitar, corregir o perfeccionar la norma legal. En este caso, estaremos frente a los llamados, reglamentos de ejecución o ejecutivos, como por ejemplo, los Reglamentos Generales de OSITRAN, SUNASS y OSINERG, aprobados por Decreto Supremo No. 10-2001-PCM, No. 17-2001-PCM y No. 54-2001-PCM, que dictan normas, dentro de ámbito material, para la ejecución de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores.

Por otro lado, también, una norma reglamentaria puede contener normas indispensables sobre zonas de reserva administrativa, o en tópicos en los que no se ha producido una reserva de ley formal (por ejemplo, en temas de funcionamiento interno de la administración, organización, deberes funcionales, administración de patrimonio público, etcétera), en los que tampoco es necesaria alguna autorización, remisión o apoderamiento expreso de alguna ley. En estos casos, estaremos frente a los denominados reglamentos independientes o autónomos, por cuanto no tienen una referencia causal en una ley, como sucede, por ejemplo,

con el Reglamento General de los Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal aprobado por Decreto Supremo No. 154-2001-EF y, en su momento, lo fueron el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el Reglamento Único de Adquisiciones de Bienes, Servicios y Suministros y el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública, antes de ser asumidas dichas materias por el legislador.

En los reglamentos ejecutivos como en los autónomos aparece la finalidad común de la atribución reglamentaria de particularizar la norma a la realidad, pues como se ha dicho, un reglamento “illega al detalle de las situaciones contempladas en el orden normativo superior (la ley); pero su finalidad no sólo es de complementación de la ley, sino que también crea situaciones jurídicas generales, lo que en la esfera administrativa hace posible afrontar de manera equitativa los problemas que se presenten dentro de la dinámica social”<sup>(4)</sup>.

En efecto, cuando la Administración aprueba un reglamento, está imponiendo uno o más deberes a los administrados para seguir determinada(s) conducta(s), pero, también, se está obligando a sí misma a dispensar el mismo tratamiento a todos los destinatarios de la norma. De este modo, se muestra el alto sentido igualitario que importa el ejercicio de esta potestad.

Cuando, ante la ausencia de norma reglamentaria, la Administración cumple con su deber de resolver los asuntos concretos sometidos a su conocimiento mediante actos individuales, producen en los administrados un mayor nivel de incertidumbre, debido a la diversidad de criterios y sentidos con los que pudiera resolver y conducir los expedientes. Más bien, cuando se aprueba el reglamento, es que se posibilita afrontar los casos iguales de manera equitativa y previsible, con lo cual, de paso, se introduce algún estándar jurídico objetivo para efectuar su control por el Poder Judicial.

Cuantitativamente, los reglamentos son la fuente más prolífica de nuestro Derecho Administrativo, pues pueden provenir del Presidente de la República, con la suscripción de uno o más ministros de Estado (por ejemplo, un reglamento del sector energía y minas aprobado por el Ministerio y el Presidente, mediante decreto supremo<sup>(5)</sup>), de un organismo público descentralizado (por ejemplo, la SUNAT o Registros

(3) CRETELLA JUNIOR, José. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Río de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 390.

(4) MARTINEZ MORALES, Rafael I. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo 3. Serie: Diccionarios Jurídicos Temáticos. México: Editorial Oxford, University Press, 2001. p. 219.

(5) No es exacto identificar la forma jurídica del Decreto Supremo con el contenido reglamentario, puesto que los Decretos Supremos pueden contener también actos administrativos (por ejemplo, la declaratoria de emergencia), y, de otro lado, los reglamentos pueden ser

Públicos), de un organismo regulador (OSINERG, OSITRAN, OSIPTEL, etcétera), de un organismo autónomo (por ejemplo, la Superintendencia de Banca y Seguros o Contraloría General de la República) un Gobierno Regional, o un Gobierno Local (por ejemplo, los reglamentos de aplicación de sanciones que emiten las municipalidades), cada uno en sus respectivas competencias, materiales y territoriales.

La pluralidad de autoridades con competencia reglamentaria se encuentra reconocida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, cuando en el artículo V de las Fuentes del Procedimiento, considera a: “2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado” y “2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos”.

A diferencia de la potestad adjudicativa que por antonomasia consiste en una actividad inmediata, práctica y concreta de vincular a los administrados, mediante la imposición de cargas (acto de gravamen) o la ampliación de su status jurídico (actos favorables); la potestad reglamentaria consiste en una actividad jurídica de la Administración de carácter general destinada a regular situaciones objetivas e impersonales.

En particular, la doctrina coincide en indicarnos como las principales diferencias entre ambas potestades de las entidades gubernamentales, las siguientes:

Los reglamentos poseen un sentido **normativo**, en la medida que están dirigidos a integrarse al ordenamiento innovando el conjunto de preceptos de conducta aplicables a sus destinatarios, siendo fuente de Derecho objetivo (imperativo jurídico); mientras que los actos carecen en lo absoluto de alguna vocación normativa, pues son más bien la **aplicación casuística de los preceptos normativos a los hechos**.

La **prelación jerárquica** del reglamento respecto del acto administrativo, ya que existe una superioridad cualitativa del reglamento respecto del acto administrativo, se plasma en la pirámide jurídica del Derecho Positivo.

Las normas reglamentarias poseen una **indeterminación de los destinatarios**, pudiendo comprender en su alcance a todos aquellos que se encuentren o sobrevengan a las mismas condiciones (generalidad), mientras que el acto administrativo, se limita a aplicar un precepto de conducta a una situación plenamente determinada en el expediente organizado previamente<sup>(6)</sup>. En tal sentido, lo diferencial es la indeterminación *a priori* de los destinatarios, y no su número cuantitativo, pues pueden haber actos administrativos que se refieran a un número determinado de administración cuantitativamente mayor que los sujetos que puedan ser sujetos de un reglamento. Piénsese por ejemplo, en el acto administrativo que aprueba una tarifa a los usuarios de un servicio público, versus un reglamento que regule el transporte de determinados bienes en la circunscripción de un distrito de Lima.

Las normas reglamentarias poseen un alto nivel de abstracción de su objeto, puesto que se aplica al número indefinido de situaciones comprendidas en la hipótesis prevista en el reglamento. No hay reglamentos singulares, de caso único o para un sujeto específico, pues contravendría la naturaleza misma del reglamento. Por el contrario, una de las características del acto administrativo es precisamente el referirse a una situación concreta o específica, que una vez producida se agota.

Las normas reglamentarias, por lo general, tienen una vigencia indefinida en el tiempo, mientras que el acto administrativo se agota con su ejecución. Para dejar de existir el reglamento se requiere una decisión

aprobados bajo forma de Resolución Ministerial o Directoral, si tuvieran la competencia específica conferida por la ley. La existencia de Decretos Supremos que contengan actos administrativos materiales es sustentada por RUBIO, Marcial cuando afirma “(p)or el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieran a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derecho y obligaciones de las personas; los que se refieran a resolución administrativa de conflictos y asuntos de contratación, son normas administrativas que no ingresan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual (...) Estos decretos y resoluciones pertenecen a la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado y los llamaremos disposiciones resolutivas (...)”; En: *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: PUC, 1996. p. 145. En este mismo sentido PAREJA PFLUCKER, Piedad; afirma “(a)demás de los decretos expresamente nombrados en la Constitución (...), para la ejecución de atribuciones administrativas que requieran de normatividad, el Presidente dicta decretos y resoluciones. Así, por ejemplo, en la práctica, por decretos supremos se aprueban los planes de desarrollo, se regulan las tarifas arancelarias, se convoca a elecciones, se encarga el Despacho Presidencial al primer vicepresidente por ausencia del Presidente, (...) se autorizan operaciones de transferencias de partidas, (...) se exonera del requisito de licitación pública, (...)”. En: *Atribuciones Constitucionales del Presidente de la República*. Perú: Rikchay, 1987.

(6) Excepcionalmente un acto administrativo puede tener efectos generales indeterminados, como cuando se convoca a un concurso o licitación pública para un contrato administrativo, a un proceso de selección de personal, pero en estos casos, estos actos generales no tienen ningún atisbo de carácter normativo (se les denomina actos administrativos generales o actos administrativos no normativos).

reglamentaria, salvo que tenga en sí mismo un plazo de vencimiento. Por el contrario, el acto administrativo, una vez ejecutado el pago que decide, cumplida la prestación que él ordena, o la construcción que habilita, se tiene por sí mismo agotado, para que sea aplicado en otra oportunidad, se requiere un nuevo acto administrativo.

La atribución reglamentaria radica en aquellos organismos expresamente facultados por la ley (no es una competencia implícita), y dentro de ellos, es asignada a los máximos jerarcas o a sus niveles directivos; mientras que la potestad adjudicativa, por la que se dictan los actos administrativos, es connatural a la actividad gubernativa, por lo que es atributo inherente a todo órgano y autoridad administrativos.

Como consecuencia de esta distinción entre la naturaleza esencial del reglamento y del acto administrativo, es que el ordenamiento les depara tratamientos distintos en cuanto a su procedimiento para su generación, en sus formas de transmisión a los ciudadanos, en cuanto a su grado de estabilidad, y finalmente, en cuanto a los mecanismos para su impugnación por parte de los afectados.

En cuanto al procedimiento para su distinción resulta claro que la producción de los actos administrativos, las entidades públicas deben de seguir las reglas y exigencias establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, régimen que no es aplicable, sino de modo analógico y excepcional para la generación de normas reglamentarias. La diferencia de tratamiento se funda en la necesidad de una mayor rigurosidad formal para la generación de decisiones gubernativas con efectos intersubjetivos inmediatos, que no resulta indispensable para los reglamentos, al no generar efectos directos.

En lo referente a las exigencias para que los actos administrativos alcancen eficacia subjetiva, quedan sujetos al deber de ser notificados, en vía principal, y sólo, en vía excepcional, mediante la publicación sustitutiva, cuando la primera es infructuosa o impracticable. Por el contrario, el régimen jurídico contempla, exclusivamente la publicación como el mecanismo para transmitir válidamente los reglamentos a la ciudadanía.

Otra de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento dispensa a estos productos jurídicos de la Administración es la tendencia a proteger la estabilidad de los actos administrativos, sobre todo los favorables a los administrados, mediante figuras como la firmeza que alcanza cuando no es impugnado el acto y el plazo para prescribir la anulación de los actos. Por el contrario, en cuanto a la potestad reglamentaria, la

---

Con el dictado de un reglamento  
la Administración limita a sí  
misma sus facultades  
discrecionales, pues se obliga, a  
partir de su vigencia, a respetar su  
propia norma en cada caso a  
resolver.

---

Administración mantiene su plena libertad para derogar, modificar, e interpretar sus propios reglamentos.

Por último, el ordenamiento brinda a la ciudadanía distintas vías procesales para someter los actos administrativos y los reglamentos a control judicial: el proceso contencioso administrativo (previo agotamiento de la vía administrativa) para los actos administrativos y la acción popular (sin exigencia de agotamiento de la vía administrativa), para los reglamentos.

### **3. El efecto autolimitante del ejercicio de la potestad reglamentaria.**

Como hemos advertido, con el dictado de un reglamento la Administración limita a sí misma sus facultades discrecionales, pues se obliga, a partir de su vigencia, a respetar su propia norma en cada caso a resolver.

Hasta antes de dictar un reglamento, la Administración podía resolver el asunto sometido a su conocimiento, mediante actos administrativos independientes en cada oportunidad que se presentaran los asuntos concretos. Existiría, entonces, una multiplicidad de actos que resuelven los expedientes, vinculados solamente por la noción del precedente, pero que, finalmente, podrían entrañar libremente la identificación de las particularidades de cada caso para resolver conforme a ellos, ejerciendo su potestad discrecional. Por el contrario, cuando la Administración opta por aprobar un reglamento sobre una determinada materia, está procediendo a restringir su posibilidad de apreciar las singularidades de cada expediente, sustituyéndolo por una regulación abstracta y general, con vocación de igualdad para los administrados. En tal sentido, la potestad reglamentaria involucra la producción de disposiciones operacionales uniformizadoras (requisitos, plazos, trámites, precisiones normativas, etcétera) del accionar de sus destinatarios, pero también de su propio accionar.

En suma, salvo mandato legal expreso que ordene la emisión de un reglamento, la Administración podrá, frente a un determinado supuesto reiterado, abordarlo mediante decisiones aisladas, o tratar de normarlo mediante un reglamento. En esta segunda opción, indudablemente, la entidad renuncia a su capacidad de identificar singularidades, en aras de la abstracción y generalidad de las normas reglamentarias. Por ejemplo, antes de la dación del Reglamento de Interconexión de OSIPTEL, podría haber resuelto estos casos mediante resoluciones individuales, sujetándose sólo a las normas legales y constitucionales vigentes, pero una vez dictada la norma reglamentaria, deberá aplicarlo, en los casos concretos que conozca.

En verdad, podría la Administración optar por mantener su capacidad de apreciación casuística o, por el contrario, limitarse a ciertos estándares comunes reconocidos jurídicamente a través de su reglamento. Al respecto, concordamos con la opinión de Aguilar Valdez, quien afirma: "(e)n definitiva, parecería ser que la regulación por vía de solución de casos concretos resulta ser el mecanismo regulatorio más apto para aquellas situaciones que exigen flexibilidad y respeto por los particularismos"<sup>(7)</sup>.

Por el contrario, para la Administración sería más conveniente optar por soluciones reglamentarias cuando se trata de temas suficientemente examinados, cuando la Administración pretende generalizar una cierta posición institucional o una política pública determinada.

Ahora bien, no se puede perder de vista que la opción de la reglamentación se ve exacerbada en la administración por factores perniciosos, como la tendencia a la sobrerregulación normativa, el temor a la adopción de decisiones de apreciación profesional y la consecuente búsqueda de respaldos jurídicos previos, para limitarse a ser un aplicador de normas previas, y no un creador de posiciones. En todos estos casos, la consecuencia de la reglamentación traerá consigo el tratamiento igualitario de supuestos distintos. Sobre este tema volveremos al analizar el caso de la reserva expresa de dispensación.

#### 4. Caracterización de la regla de la inderogabilidad singular de normas reglamentarias.

Estamos frente al fenómeno jurídico en materia administrativa, por el cual, siempre se asegura la prevalencia de la norma reglamentaria anterior sobre

el acto individual posterior<sup>(8)</sup>, de tal suerte que se limita el contenido u objeto de los actos administrativos específicos.

La inderogabilidad singular quiere decir que, dictada una norma como el reglamento, no pueden existir actos administrativos que eximiéndose de la vinculación de esa norma, decida algo distinto. Los actos administrativos por su carácter particular o específico, no pueden vulnerar (incluso bajo el argumento de crear excepciones) lo establecido por una norma administrativa de carácter general. Así se dice, las decisiones administrativas de carácter particular (actos administrativos) no pueden vulnerar lo establecido en ninguna norma general emitida por la administración (reglamentos).

Siguiendo el planteamiento del profesor Agustín Gordillo, podemos identificar la aplicación de esta regla en tres supuestos distintos:

a) La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior. La fuerza vinculante del reglamento actúa con independencia de la posición jerarquía de los órganos administrativos. Por ejemplo, la Gerencia General de OSINERG no podría desconocer al resolver un caso concreto, algunos de los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de dicho regulador.

b) La decisión individual de un órgano no puede contravenir el reglamento dictado por el mismo órgano que toma la medida individual: ninguna autoridad - independientemente de la persona que ocupare el cargo - puede inaplicar sus propias reglamentaciones. Aquí, converge la regla de la inderogabilidad singular de normas reglamentarias, con el adagio latino *legem patere quam ipse fecisti* (padece la norma que tú mismo hiciste).

c) La decisión individual no puede contravenir al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior dentro de los límites de su competencia. Por ejemplo, las resoluciones supremas que dicta el Presidente de la República para designar a un funcionario, deben cumplir las exigencias normativas contempladas en los reglamentos que regulan en cargo. Asimismo, las acciones presupuestales que sean aprobadas por el Ministro de Economía como titular del pliego, deben respetar los reglamentos dictados para la ejecución presupuestal por la Dirección Nacional de Presupuesto.

Cabe mencionar que este principio sólo alcanza como sujeto a las dependencias administrativas, no resultando de aplicación el ejercicio de la función

(7) AGUILAR VALDEZ, Oscar. *El acto administrativo regulatorio*. En: *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. Facultad de Derecho, 2002. p. 433.

(8) GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. Capítulo VIII. Fuentes Nacionales del Derecho Administrativo. p. 42. Ver: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

legislativa por el Congreso, respecto de los cuales mantiene plena vigencia el principio de *lex posterior derogat priori et lex specialis derogat generali*, por el que siempre pueden expedirse leyes singulares, no quedando vinculado por sus leyes generales<sup>(9)</sup>.

En este sentido, los reglamentos -a diferencia de las leyes- no pueden ser derogadas por actos subjetivos. Las leyes individuales pueden prevalecer sobre las normativas. En los reglamentos no ocurre nada parecido. No puede hablarse nunca de un reglamento individual; por propia esencia, el reglamento es abstracto y general<sup>(10)</sup>.

Finalmente, es bueno tener en cuenta que la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos se aplica a todos los tipos de reglamentos: sean autónomos o de ejecución, internos o externos, nacionales, regionales o municipales<sup>(11)</sup>.

De tal modo, toda la Administración siempre queda sujeta en el ejercicio de su potestad adjudicativa al ordenamiento jurídico, incluyendo a los reglamentos que ella misma hubiera producido.

## 5. Incorporación de la regla en Derecho Administrativo comparado.

Estamos frente a una de las reglas jurídica que proviene del Derecho regio, prerevolucionario francés, conforme nos expone Cassagne<sup>(12)</sup>. En tal sentido, el Derecho Administrativo contemporáneo lo redescubre, para afirmarlo dentro de su sistema jurídico positivo.

Ahora bien, su acogimiento en los ordenamientos se produce a través de dos vías: la jurisprudencial y la legislativa. La vía jurisprudencial ha sido preferida por aquellos sistemas jurídicos nacionales con mayor comprensión del principio de legalidad administrativa, y por ende, una Administración Pública conciente de su subordinación a la ley. Por ejemplo, la regla de la inderogabilidad singular de las normas reglamentarias

ha sido incorporada por la jurisprudencia francesa<sup>(13)</sup> y norteamericana<sup>(14)</sup>.

Por otro lado, existen otros sistemas jurídicos nacionales que, por la necesidad de fortalecer aún la sumisión de la actuación administrativa frente a la legalidad, han considerado necesario acoger la regla como norma jurídica en su Derecho Positivo, haciendo explícito este deber. Particularmente en esta situación, entramos los ordenamientos administrativos de Costa Rica, Ecuador, Venezuela, España, Panamá, Honduras y, Perú, recientemente incorporado.

En Ecuador, su Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece al respecto que:

“Artículo 66: Restricción de contenido: Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado de igual o superior a éstas”.

Por su parte, la Ley General de la Administración Pública (Ley No. 6227) de Costa Rica contempla la regla, del modo siguiente:

“Artículo 13.1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

13.2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que estos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente”.

A su vez, la Ley española, Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento de las Administraciones Públicas, lo acoge así:

“Artículo 52: Publicidad e inderogabilidad singular.

1. Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda.

(9) Si bien el Congreso mantiene la capacidad soberana para apartarse de sus normas anteriores, y dictar una ley singular, solo lo puede hacer en función de la diferencia de las cosas y no de en función de las personas, pues afectaría la prohibición de no discriminación.

(10) GARCIA TREVIJANO, José. *Derecho Administrativo*. Tomo I. p. 263.

(11) Incluso se aplica a los reglamentos de naturaleza no administrativa, como por ejemplo, los reglamentos congresales o parlamentarios. En efecto, al igual que en el caso aquí abordado, la doctrina reconoce que tratándose de procedimientos parlamentarios, el Congreso no puede inaplicar o derogar en un caso concreto, una norma reglamentaria.

(12) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. p. 54. El autor manifiesta “(u)no de los principios más importantes del derecho administrativo anterior a la Revolución Francesa era el denominado de la inderogabilidad singular del reglamento. Durante el Derecho Regio, la forma jurídica que instrumentaba las normas de alcance general que emitía el monarca o príncipe, no podía derogarse para los casos particulares a través del dictado de actos de excepción”.

(13) Son bien conocidos los precedentes *arret Delloye* de 1905, C.E. de 28 de noviembre de 1930, de 28 de abril de 1948, 2 de noviembre de 1960, de 3 de abril de 1968. Véase: VEDEL Georges. *Derecho Administrativo*. p. 246

(14) En los Estados Unidos la Corte Suprema consagró este principio en las siguientes sentencias: *Unites States ex rel. Accardi v. Saughnessy, Service vs. Dulles, Vitarello vs. Seaton*, y *American Farm Lines vs. Black Ball Freight Service*. Véase: MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Depalma. 1994.

2. Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas”.

La Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos de Venezuela, prescribe la regla, así:

“Artículo 13: Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía, ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general”.

En Panamá, su Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales ordenamiento jurídico panameño, Ley No. 38, contempla esta regla bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 36: Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque esta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos”.

Finalmente, la Ley General de la Administración Pública de Honduras (Decreto No. 146-86) la prevé como principio general del funcionamiento de la administración del modo siguiente:

“Artículo 8: Los órganos y entidades de la Administración Pública no podrán:

Vulnerar, mediante actos de carácter general o particular, las disposiciones dictadas por un órgano de grado superior;

**Dictar providencias o resoluciones que desconozcan lo que el mismo órgano o entidad haya dispuesto mediante actos de carácter general;**

Reconocer, declarar o limitar derechos de los particulares, si no tienen atribuidas por ley tales potestades; y,

Ejecutar actos que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos y garantías reconocidas por la Constitución de la República”.

## 6. Los fundamentos de la regla.

La doctrina ha ensayado varias razones para fundamentar la exigencia de la regla de la

inderogabilidad singular de las normas reglamentarias. En el Derecho Administrativo español antiguamente se afirmaba que se sustentaba en la tesis del derecho adquirido por el que si la Administración no puede privar de los derechos declarados a favor de particulares por un acto singular, tanto más, cabría concluir, si tales derechos están declarados no por un acto, sino por un reglamento<sup>(15)</sup>. A partir de los estudios del profesor García de Enterría, la doctrina española prefiere fundamentar esta regla a partir de la propia construcción del principio de legalidad que sujeta a la Administración<sup>(16)</sup>.

No obstante la acogida del argumento de García de Enterría, la propia doctrina española ha explorado un segundo justificativo de la regla, en el principio constitucional de la igualdad ante la norma que también vincula a los órganos administrativos<sup>(17)</sup>.

En una perspectiva minoritaria también el Derecho norteamericano ha creído encontrar el fundamento de esta regla, en la doctrina de los actos propios, por la cual un sujeto de derecho no puede contradecirse mediante actitudes sucesivas en el tiempo. Sin embargo, compartimos el planteamiento de Mairal, por el cual descarta esta posibilidad por considerar que la regla no excluye, en absoluto, que el órgano administrativo modifique o derogue la norma reglamentaria, siempre que lo haga con efectos generales, sino cuando lo realiza a título singular. No implicando, por tanto, un ejemplo de la doctrina de los actos propios<sup>(18)</sup>.

### 6.1. El principio de legalidad como fundamento de la regla.

Ha sido García de Enterría, quien mejor ha argumentado a favor de la legalidad como fundamento de la regla de la inderogabilidad de las normas reglamentarias. El maestro español ha establecido que “(...) la Administración puede derogar o modificar un reglamento por vía general en virtud de su potestad reglamentaria, que es una potestad formal, pero no puede decidir en casos concretos en contra de la prescripción general de un reglamento porque no tiene potestad para ello, porque la potestad de actuar en la materia de que se trate se le ha atribuido el propio reglamento en los términos estrictos que de sus preceptos se derivan, y el ir en contra de estos límites implicaría claramente una actuación ilegal”<sup>(19)</sup>. Para nuestro autor, el acto

(15) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 27. p. 67.

(16) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit.; p. 65.

(17) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. Madrid: Marcial Pons. p. 64.

(18) MAIRAL, Héctor A. Op. cit.; p. 99.

(19) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, 1981. p. 285.

administrativo no puede contravenir lo previsto en un reglamento, porque se trata del ejercicio de potestades diferentes.

Más claro es el profesor González Salinas, cuando sobre el particular explicita que “(e)l fundamento de la inderogabilidad no es otro que el principio mismo de legalidad. Si los poderes de la Administración han de ser conferidos por el ordenamiento, ella misma puede autoatribuírselos mediante la potestad reglamentaria, siempre que esta se mueva, naturalmente dentro de su ámbito propio. Esta posibilidad de autoatribución de potestades por la Administración es importante, pero no es menos importante la precisión de que ha de ser hecha, precisamente, a través de la creación de Derecho objetivo (puesto que es siempre el Derecho objetivo la fuente de atribución de potestades administrativas); es decir, en este caso, mediante un reglamento, sin que quepa el sistema de apropiación casuística y ocasional de potestades”<sup>(20)</sup>.

En el mismo sentido, se pronuncia Hutchinson, quien explica de la siguiente manera, como el principio de legalidad justifica esta regla: “(l)a explicación de esta regla reside en la construcción técnica del principio de legalidad de la Administración. Ésta está sometida a todo el ordenamiento, incluso a sus propios reglamentos. Al estar sometida a éstos y no preverse la posibilidad de su dispensa, la derogación singular de un reglamento sería una infracción al ordenamiento mismo”<sup>(21)</sup>.

## 6.2. El derecho de igualdad como fundamento de la regla.

Un segundo fundamento de la regla, lo podemos encontrar en el principio de tratamiento paritario y de no discriminación que sujeta a la Administración y a los administrados.

La argumentación es doble, por cuanto, de un lado, la Administración debe dispensar a todos los administrados un mismo tratamiento, lo cual se avasalla cuando se inaplica en un caso particular una disposición reglamentaria, y se aplica a los demás ciudadanos.

Pero, de otro lado, las entidades administrativas, también son, a la par que los administrados, sujetos vinculados ante el ordenamiento administrativo. Esta segunda parte de la argumentación es realizada por Meilan Gil, quien afirma, “(y) es que la norma tiene como destinatarios, al mismo tiempo, a la

Administración y a los particulares. Por eso, obliga a ambos igualmente o, como dice una Sentencia del 18 de mayo de 1962, ambos son iguales ante la ley. El destinatario ha de cumplir la norma; en el caso de la Administración, esto significa que ha de aplicarla mediante actos. Lo que sucede es que la Administración es al mismo tiempo destinatario y productora de normas. Si como destinatario ha de aplicar la norma, en virtud de la otra condición puede cambiar una norma por otra”<sup>(22)</sup>.

No obstante esta sencilla vinculación, es menester recordar que tan discriminatorio resulta que se trate de modo desigual situaciones iguales, como que se dispense un mismo tratamiento a situaciones desiguales, por lo que si bien se prohíbe la inaplicación singular de normas reglamentarias, podría pensarse si por el segundo extremo de esta afirmación, sería válida una discriminación positiva, en el sentido de darle un tratamiento singular a hechos particulares, no obstante las disposiciones reglamentarias que existieran sobre el particular. Ello nos ubica en la senda de las reservas de dispensación y los casos controvertidos de las normas reglamentarias ilegales e irracionales, sobre las cuales volveremos luego.

## 6.3. La prelación jerárquica entre el reglamento y el acto administrativo como fundamento de la regla.

En la doctrina, también se ha ensayado justificar esta regla en la prelación jerárquica existente entre el reglamento y los actos administrativos. Por ejemplo, Juan Carlos Cassagne, afirma que, “(a) raíz de la prelación jerárquica, el acto administrativo, que por su naturaleza es concreto y de alcance individual, debe adaptarse a la normativa general que prescriba el reglamento”. En el mismo orden de ideas, parece encontrarse García Trevijano, para quien el fundamento de la regla radica en que “(...) el reglamento deriva su fuerza de la ley formal, y si se derogase, vendría a ser como si se derogase la propia ley, cosa que no puede admitirse salvo a través de otra”<sup>(23)</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que nos encontramos no ante un fundamento para la existencia de la regla sino simplemente en la constatación fáctica de una realidad: la diferencia en la naturaleza jurídica del reglamento y el acto administrativo. Como establece

(20) GONZALEZ SALINAS, Jesús. *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 121. Enero-abril de 1990.

(21) HUTCHINSON. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo II. Editorial Astrea. p. 83.

(22) MEILAN GIL, José Luis. *La distinción entre norma y acto administrativo*. Madrid. p. 60.

(23) GARCIA TREVIJANO, José. Op. cit.; Tomo I. p. 263.



Santamaría Pastor, la regla de la inderogabilidad singular se traduce en la superioridad cualitativa del reglamento respecto del acto administrativo, de tal forma que la observancia de aquél es condición de la validez de éste; una regla como ésta es aparentemente paradójica, ya que quien puede lo más (derogar el reglamento con carácter general, eliminarlo por completo) no puede lo menos (derogarlo o inaplicarlo solo para uno o varios casos concretos)<sup>(24)</sup>.

### 7. Las dependencias administrativas vinculadas por la regla.

Es claro que la regla comentada, vincula a toda las autoridades administrativas, por tratarse de una regla aplicable a la validez de los actos administrativos, independientemente del tipo de entidad o jerarquía del órgano que lo produce. Sin embargo, nos interesa identificar aquí la irrelevancia de la relación jerárquica entre la autoridad reglamentaria y la que adjudica el acto administrativo, para la aplicación de la regla.

Por efecto de esta regla, todo acto administrativo debe ser conforme a los reglamentos que regulen su materia y el procedimiento para su gestación, hayan sido dictados: (i) por un órgano jerárquicamente superior; (ii) por el mismo órgano que toma la medida individual; y, (iii) por el órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.

Como ejemplifica Brewer Carias, “(...) si se dicta una resolución reglamentaria por un Ministro, no sólo este funcionario no puede vulnerarla con sus actos particulares, sino que el Presidente de la República tampoco puede vulnerar dicha disposición general, con un acto de efectos particulares”<sup>(25)</sup>.

Con suficiente razón, Santamaría Pastor<sup>(26)</sup> sostiene que “la fuerza obligatoria del reglamento actúa con entera independencia de la posición jerárquica de los órganos de los que emanan, respectivamente, el acto y el reglamento: una autoridad no puede exceptuar o incumplir en un caso concreto los reglamentos dictados por otra de rango superior; pero tampoco puede incumplir ni exceptuar los dictados por ella misma, o por órganos inferiores a ella en el nivel político o jerárquico”.

Finalmente, la prescindencia del factor jerarquía para la aplicación de esta regla, conlleva a que los reglamentos, obligan también a todas las entidades y autoridades -de nivel nacional, regional o local- distintas de aquellas que los dictó, aun cuando entre ellas no pueda establecerse alguna relación de jerarquía. Por ejemplo, un organismo constitucional autónomo como la Superintendencia de Banca y Seguros, debe aplicar las normas reglamentarias municipales en materia de urbanismo dentro de la circunscripción en las que encuentres sus inmuebles.

### 8. La conservación de la potestad de modificar la norma reglamentaria por la autoridad administrativa.

La doctrina y la legislación comparadas son conformes en señalar que la única forma de salvar la inhabilidad que acarrea la regla de la inderogabilidad singular de normas reglamentarias es que el órgano administrativo competente, en ejercicio de la potestad reglamentaria misma, derogue o modifique la norma reglamentaria y, luego, cuando entre en vigencia,

(24) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 321.

(25) BREWER CARIAS, Allan R. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. En: *Colección Estudios Jurídicos*. Número 16. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992. p. 41.

(26) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit.; p. 321.

proceder a emitir el acto administrativo. En este caso, el acto administrativo sucesivo que se dicte ya no será singular ni contradictorio con el reglamento, sino la aplicación de una previsión común contemplada en el nuevo contenido del reglamento<sup>(27)</sup>.

*A priori*, resulta curiosa la situación de una autoridad superior que no pueda dictar un acto administrativo contradictorio con la norma reglamentaria, pero que simultáneamente pueda modificar o derogar la norma reglamentaria que le sujeta. Pero esta particularidad, entre la inderogabilidad singular de los reglamentos y su libre derogabilidad general, se funda en la diferencia de planos en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento -la potestad reglamentaria- que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir en un caso concreto en contra de un reglamento general, la Administración no tiene potestad, porque es el propio reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento.

El mismo argumento de la falta de potestad sirve para explicar por qué una autoridad superior no puede ir singularmente contra el reglamento dictado por autoridad inferior<sup>(28)</sup>.

En aplicación de esta regla, si un ministro quiere apartarse de su reglamento para decidir un caso concreto, no puede hacerlo sin antes modificar la norma reglamentaria, mediante otra disposición de efecto general; es decir, tiene que reformar el reglamento y, luego que la reforme, es que puede dictar el acto de efectos particulares que desee.

Del mismo modo, si existe una resolución ministerial de efectos generales, no puede el presidente de la República mediante un decreto de efectos particulares, modificar el acto ministerial de efectos generales, sino que tendría que dictar un decreto de carácter general o reglamentario, para luego emitir la resolución o acto general que deseaba modificar.

Para poder dictar este acto individual sería necesario derogar o modificar previamente el reglamento preexistente, pero, aun así, esa derogación no puede ser retroactiva, ya que las actuaciones surgidas bajo una determinada regulación deben en principio ser solucionadas de acuerdo con la misma<sup>(29)</sup>.

Como se puede apreciar estamos ante la necesidad de dos decisiones distintas de la autoridad administrativa. Por la primera, mediante la potestad reglamentaria se adecua la norma general y abstracta a él o los supuestos que desea innovar el procedimiento. Por la segunda, ejerciendo la potestad adjudicativa, dicta el acto administrativo aplicando la norma nueva a la situación administrativa que se produzca.

Es ilegal, y por ende incurre también en el vicio de contenido del acto administrativo, si la administración alterara este orden (por ejemplo, si dictara el acto singular, y luego pretender convalidarlo con una norma reglamentaria sucesiva, o pretende, en una misma resolución innovar la norma reglamentaria y aplicarla a un caso en curso)<sup>(30)</sup>.

La reserva expresa de dispensación prevista por la norma reglamentaria.

Un aspecto controversial es la posibilidad que la propia administración al momento de ejercer su atribución reglamentaria prevea que, cuando aprecie los casos individuales pueda inaplicar las reglas generales y abstractas contempladas en el reglamento. Es un caso evidente de una previsión reglamentaria de la Administración en la que a sí misma se otorga la posibilidad de inaplicar la norma reglamentaria.

Un ejemplo, puede ayudar a comprender la situación. El Fondo Nacional de Fomento de la Actividad Empresarial del Estado dicta anualmente la Directiva de gestión y Proceso Presupuestario de las Entidades bajo su ámbito con el objeto de conciliar las finalidades operativas de estas, con los intereses del Estado y la ciudadanía, para lo cual dispone las normas comunes y uniformes aplicables a las entidades y empresas del estado, sobre la ejecución, modificación y evaluación presupuestaria, régimen de personal, y

(27) No compartimos la tesis artificial considerada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia Argentina, en el sentido que no esta sujeta a la regla de la inderogabilidad singular de normas administrativas, si la autoridad administrativa procede a "interpretar (la norma reglamentaria) en forma tal de permitir que junto a la regla general coexista una excepción razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por todos los que se encuentren en la misma situación". (Causas Surge y Satostegui, Couzo, Hugo Adalberto c/ Provincia de Buenos Aires [Instituto de Previsión Social]).

(28) GONZALEZ SALINAS, Jesús. Op. cit.; p. 178-179.

(29) GORDILLO, Agustín. Op. cit.; p. 43.

(30) Un ejemplo de este proceder lo encontramos por ejemplo, en la Resolución de Contraloría No. 004-2003-CG que simultáneamente en la misma decisión administrativa modifica un artículo del Reglamento de Designación de Sociedades de Auditoría para incluir una excepción a la necesidad de llevar a cabo un Concurso Público (artículo 1), para conjuntamente, aplicar esta regla para un caso en curso (artículo 2).

diversos aspectos societarios. La directiva aprobada para el presente año, aprobada por Acuerdo de Directorio No. 001-2002/019-FONAFE, prevé bajo el título de “Exoneración del cumplimiento de las normas emitidas por FONAFE”, los artículos 9.2.1.; 9.2.2. y 9.2.3.; por el cual el propio Directorio podrá exonerar a las Entidades de las normas emitidas por FONAFE, en cuanto al cumplimiento de plazos, y en cuanto al cumplimiento de las normas referidas a restricciones.

Como se puede apreciar, la norma no obstante disponer, en vía reglamentaria, una serie de restricciones y disposiciones comunes, abstractas y generales para un conjunto de entidades y empresas, el mismo órgano que dicta el reglamento se autohabilita a sí misma, para en casos concretos inaplicar tales disposiciones, en determinados casos.

La procedencia y legalidad de esta forma de actuar por parte de la Administración ha sido objeto de diversas posiciones por parte de la doctrina. Por una parte, ha sido Eduardo García de Enterría, el autor que más ha estudiado esta figura en el derecho administrativo hispano, que admite esta reserva de dispensación, sin restricciones, desde el momento mismo de definir la regla que venimos estudiando. En efecto, cuando define la inderogabilidad singular de la norma reglamentaria, la caracteriza como la imposibilidad de “(...) excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa”<sup>(31)</sup>.

Como vemos esta cláusula final, planteada desde la misma definición de la regla, admite en sí misma, la posibilidad de la inaplicación singular de los reglamentos, si éste, expresamente, así lo faculta a las autoridades administrativas.

En el mismo sentido se pronuncia Parada, quien considera admisible la excepción a la regla dada desde el mismo reglamento mediante la previsión expresa de la dispensa de su aplicación en casos concretos. En efecto, el autor manifiesta que: “(...) este principio, no impide que el propio reglamento pueda autorizar a la Administración a dispensar de su observancia en casos concretos y según circunstancias fácticas prevista de forma general, hipótesis esta que es, también, admisible salvo prohibición legal expresa”<sup>(32)</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia, Santamaria Pastor<sup>(33)</sup>: “(...) la inderogabilidad no supone la

prohibición de que el propio reglamento pueda autorizar a la Administración a dispensar de su observancia en casos concretos; hipótesis que es, también, admisible salvo prohibición legal expresa”.

Todas estas opiniones, guardan correspondencia con la doctrina que fundamenta exclusivamente la regla de la inderogabilidad singular de las normas reglamentarias, en la construcción del principio de legalidad administrativa. Desde esta perspectiva, al ser un fundamento eminentemente formal, el que justifica que la Administración deba sujetarse a los reglamentos que ella misma dicta, puede el mismo ordenamiento dispensar su aplicación, dándole potestades a la administración para su inaplicación o excepción en los casos concretos que así lo considere conveniente.

Sin embargo, debemos coincidir en que esta posición cede su lugar, cuando se considera que la inaplicación también se funda en un aspecto sustantivo: la igualdad ante la norma reglamentaria que tienen los administrados, por lo que la inaplicación implica un vicio de arbitrariedad. En efecto, cuando se aprecia que la regla protege el trato uniforme de quienes son sujetos de las potestades públicas, entenderemos que la habilitación para la reserva de dispensas, no es tan sencillo como aparenta.

Por nuestra parte, consideramos válida la afirmación de González Salinas, cuando afirma que “(...) si no resulta posible derogar singularmente un previo reglamento, igualmente imposible y más criticable resultaría que desde antes y con carácter general el reglamento contemplara tal posibilidad”. El mencionado autor establece con razón que “(p)or un lado, sería difícilmente justificable la distinción de ambos supuestos ya que la reserva de dispensación lo que estaría es intentando habilitar a la Administración y dar cobertura para una derogación singular del reglamento (o más derogaciones, cuantas decidida la propia Administración). Y dado que está tajantemente prohibida esta derogación singular, el reglamento, en tanto la admitiere, sería en ese punto nulo de pleno derecho. Ello, no solo por contradecir normas superiores, sino más específicamente porque al ser dicho reglamento producto del sujeto mismo destinatario al que se le prohíbe derogar singularmente estaría utilizando esa potestad reglamentaria de modo que no sería tal. Aunque formalmente el reglamento apareciera

(31) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. p. 204.

(32) PARADA, Ramón. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Estudio comentarios y texto de la Ley No. 30/1992, de 26 de noviembre) Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 203.

(33) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit.; p. 322.

como tal, en ese punto concreto, lo que estaría disponiendo es algo contrario a la misma potestad reglamentaria<sup>(34)</sup>.

Esta posición se ve reforzada si nos atenemos a la claridad de los artículos 5.3. y 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444, por los cuales son nulos, cualquier acto administrativo que infrinja normas administrativas de carácter general provenientes de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

Ahora bien, ¿podría la ley (y no un reglamento) habilitar una reserva de dispensación a la autoridad administrativa? Nosotros creemos que sí, pero con dos límites inmanentes a la actividad reglamentaria: que la potestad de dispensa no sea genérica e incondicional, esto es, que sea prevista para casos concretos de justificada excepción cuyo diseño abstracto no resulte posible llevar a cabo en la propia norma; y segundo, que la descripción de los supuestos para los que se prevea la excepción no vulnere el principio de igualdad ante la ley no se base en elementos discriminatorios constitucionalmente prohibidos<sup>(35)</sup>.

## 9. Dos supuestos controvertidos: la norma reglamentaria ilegal y la norma reglamentaria irrazonable.

Aquellos sistemas jurídicos administrativos que acogen jurisprudencialmente la regla de la inderogabilidad, han reparado de modo casuístico que existen supuestos en los cuales, resulta inapropiado exigir el cumplimiento irreflexivo de la normativa generada por la Administración. La impropiedad de esta exigencia se funda en que la norma reglamentaria excediéndose de su ámbito natural de acción, transgrede, desnaturaliza, o contraviene, la norma legal que pretende ejecutar (norma reglamentaria ilegal), o, bien en que, el contenido material previsto en la norma reglamentaria es irracional o desproporcionado en relación con el caso concreto (norma reglamentaria irrazonable).

Como se puede apreciar, en ambos supuestos, estos ordenamientos suponen la capacidad de los órganos administrativos para analizar y reflexionar sobre la validez y razonabilidad de las normas que ella misma ha aprobado.

### 9.1. La norma reglamentaria ilegal.

Ha sido el profesor argentino Agustín Gordillo, quien ha llamado la atención sobre lo indispensable que es que la norma reglamentaria sea válida (léase: legal o constitucional) para que pueda la regla de la inderogabilidad sea exigible a un órgano administrativo<sup>(36)</sup>.

Para este autor, “(e)s necesario que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y material, y que el reglamento sea válido: si es ilegal, la Administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquel -siempre que la decisión individual si se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional- y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior”.

Como se aprecia, este planteamiento nos conduce a otro tema más álgido del Derecho Público: la competencia de la Administración para inaplicar normas reglamentarias que se reputan inconstitucionales o ilegales, o lo que es lo mismo, la aptitud de cualquier órgano administrativo para apreciar y decidir, según su propio criterio, sobre la legalidad y constitucionalidad de las normas reglamentarias. Para Gordillo, si bien la administración no puede incumplir una ley que estime inconstitucional, “la situación no debe ser la misma con el reglamento ilegal, inconstitucional o violatorio de normas y principios del derecho supranacional: en estos casos es la propia administración la que dicta la norma antijurídica, y mal podría invocar su propia torpeza para cumplir lo que ella misma ha primero reglamentado contra derecho<sup>(37)</sup>”.

En este caso, concluye el autor, estamos frente una de las principales trampas que la Administración hace al Derecho: dictarse reglamentos ilegales, absurdos, irracionales, y luego, aplicarlos, bajo aparente legalidad.

Nuestro ordenamiento legal, sólo contiene un caso excepcional de habilitación del control de legalidad de las normas reglamentarias, en el caso del Tribunal Fiscal.

Código Tributario:

“Artículo 102: Jerarquía de las normas. Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecidos en el artículo 154”.

(34) GONZALEZ SALINAS, Jesús. Op. cit.; p. 182.

(35) Aquí acogemos las ideas de SANTAMARIA PASTOR, J.A. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid, 1987. p. 146; referidas originalmente a las reservas de dispensación contenidas en reglamentos.

(36) GORDILLO, Agustín. Op. cit.; p. 42.

(37) *Ibid.*; p. 45.

## 9.2. La norma reglamentaria irrazonable (cuando la aplicación de la norma reglamentaria implica un trato igualitario a situaciones desiguales).

El profesor Mairal ha llamado la atención al Derecho Administrativo americano sobre el fenómeno de la abdicación por la Administración de sus facultades discrecionales por medio de la aprobación de reglamentos conteniendo pautas generales para el tratamiento de casos individuales y sus implicancias en la aplicación de la regla que venimos estudiando. Esta situación, denominada por el Derecho Administrativo americano *fettering of discretion* (aherrojamiento de la discreción), hace desembocar fácilmente en un vicio inverso al que pretende corregir la inderogabilidad de normas singulares: dispensar trato igual, a situaciones desiguales.

Ha denotado el mencionado profesor que frecuentemente los órganos administrativos son renuentes al ejercicio de la potestad discrecional dada por la ley, para lo cual adrede que autolimita o respalda en engorrosos reglamentos, tratando de generalizar una serie de requisitos y reglas, que le impiden apreciar la particularidad de los casos. En tal estado de cosas, dice el autor, “lo que se critica aquí no es, entonces, el apartamiento de la decisión individual de la norma reglamentaria general, sino el acatamiento de esa norma general que trata igualitariamente situaciones que según la ley merecen una ponderación discriminada”<sup>(38)</sup>

En tales casos, la separación de la norma reglamentaria en el caso singular no sería ilegítima, sino por el contrario, ilegal sería tratar como iguales, situaciones substantivamente desiguales, e incluso, podría ser invalidado el acto administrativo, que bajo el argumento de formal cumplimiento de la norma reglamentaria, omite tomar en cuenta las peculiaridades del caso.

La condición sería pues, que la excepción sea razonable, creada sobre la base de datos objetivos, y

susceptible de ser utilizada por todos los que se encuentren en la misma condición. Pero fundamentalmente que aplicación de la norma reglamentaria pueda ser acusada de irrazonable al caso concreto.

Por eso afirma Mairal que “(...) tan ilegítimo es el acto que se aparta de la regla general validamente establecida, como el que se adhiere ciegamente, al reglamento que pretende imponer una homogeneidad irrazonable allí donde las circunstancias exigen una determinación discriminada”<sup>(39)</sup>.

## 10. Palabras finales.

En un sistema jurídico sin una cultura jurídica democrática extendida, donde las nociones de isonomía, y de juridicidad no se conciben como límites de la acción administrativa, sino más bien como instrumentos en función de aquella, se hace necesario acoger expresamente la regla de la inderogabilidad singular de las normas generales (comprensiva tanto de los reglamentos como de los actos administrativos generales). Por eso, la Ley de Procedimiento Administrativo General ha hecho muy bien en explicitar esta regla para que las autoridades y jerarcas se sientan vinculados y obligados en respetar el ordenamiento jurídico, en dispensar tratamiento paritario a los administrados y respetar los límites naturales de sus actos ejecutivos, como productos subordinados a las normas generales. Si bien las normas no cambian las entidades, sirven de recordatorio permanente, de argumento para la defensa de los administrados, y de criterio aplicable a los jueces, para controlar a la Administración.

Lamentablemente, la cultura administrativa existente en nuestras entidades gubernamentales nos impide afirmar como en otros ordenamientos que esta regla resulta innecesaria para reforzar el principio de legalidad que rige a la Administración Pública<sup>(40)</sup>.  $\text{¶}$

(38) MAIRAL, Hector A. Op. cit.; p. 100

(39) Op. cit.; p. 100.

(40) Por ejemplo, así se expresa respecto del estado de evolución de la Administración Pública española, la profesora de la Universidad de Sevilla. NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. *La inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley del gobierno*. En: *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateos*. Tirant lo Blanch, 2000. pp. 1687-1704.