Capítulo VII

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 1. *NOCIÓN Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

1. No toda actividad de la administración se concreta en actos administrativos. — El tema de los actos administrativos asume, en la teoría general, fundamental importancia [1]. En sentido lato, por acto administrativo puede entenderse cualquier desenvolvimiento de actividad por parte de una administración pública [2]. Pero, como hemos dicho en el capítulo precedente, la doctrina refiere concordantemente la denominación sólo a una parte de los actos de esta especie: a los productores de efectos públicos. Acto administrativo equivale por lo tanto, a acto jurídico de la administración pública. No son, en consecuencia, actos administrativos los comprendidos en las siguientes formas de actividad:

a) en las actividades meramente de hecho y jurídicamente irrelevantes, como las audiencias de los ministros y de otras autoridades, las manifestaciones con las que las autori-

[1] El tema ha sido ampliamente desarrollado por los tratados generales: Cammeo, vol. III, ps. 1211-1328; Romano, ps. 222-244; Forti, vol. II, ps. 45-180; Vitta, vol. I, 3ª ed., ps. 280-459 Presutti, voï. I, ps. 148-198; De Valles, *Elementi*, ps. 179-270. También es tratado en las obras dedicadas a la justicia administrativa, Borsi, *La giustizia amministrativa*, 7ª ed., Padova, 1941, ps. 13-46; Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 2ª ed., Padova, 1943, ps. 7-30. También ha originado diversos trabajos sobre el particular: Ragci, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città di Castello, 1904; íd., *L'atto amministrativo*, en "Riv. di dir. pubbl.", IX, 1917; Trentin, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915; De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916; Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed., Milano 1945; Ragci, *Atti amministrativi, giustizia amministrativa*, Genova, 1950. En la doc-

dades anuncian al público importantes sucesos o exhortan a observar una conducta determinada frente a situaciones particulares;

b) en las actividades materiales, técnicas e intelectuales, con las que se desenvuelven los servicios públicos, como los de comunicación y de transporte, de asistencia sanitaria, de instrucción y similares;

c) en las actividades materiales, con las que se da ejecución a disposiciones precedentes. Si de éstas derivan a veces efectos jurídicos, tales efectos deben remontarse a las disposiciones que tratan de ejecutar.

En términos generales, se puede decir que no son actos administrativos los que se mantienen en la esfera jurídica de la administración, sin ocasionar a esta esfera, ni a la de los particulares, ninguna modificación. En algunas circunstancias, los mismos actos, sean de mero hecho o bien técnicos o ejecutivos, pueden dar origen a relaciones jurídicas entre la administración y los particulares, cuando, excediendo la esfera jurídica de la primera, le irrogan responsabilidad. En tales casos, empero, los citados actos forman parte de los hechos jurídicos no como actos administrativos, sino como actos ilícitos de la administración pública.

2. DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. — Si es cierto que no todo acto de la administración pública es un acto administrativo, empero no parece exacto, sin embargo, reducir la noción de éste a la única figura de la declaración de voluntad de la autoridad administrativa. Esa definición es muy vaga, como se ve por la siguiente fórmula, adoptada por

trina de otros países: DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte jurisdictionnel*, en "Rev. de droit public", 1906, p. 418; DORMANN, *System der rechsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín 1910; W. JELLINEK, en "Zeitischr. des öff. Rechts", III 1918; COESTER, *Die Rechtskraft der Staatsákte*, Tubinga 1927; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929.

[2] Con este significado amplio, la expresión es usada por algunos textos legislativos y ha sido adoptada también por algunos autores. Cfr. DE VALLES, *La validità*, p. 44 y ss.; FORTI, vol. II, p. 55.

muchos autores: "El acto administrativo es una declaración de voluntad de la administración pública, dirigida a conseguir efectos prácticos reconocidos y protegidos por el derecho" [3]. Es sabido, en cambio, que junto a los actos administrativos que se concretan en una declaración de voluntad (como las autorizaciones, las órdenes, las prohibiciones), hay otros que no contienen sino certificaciones, apreciaciones, juicios. Por esta variedad de contenido, que es propia de los actos administrativos, algunos autores prefieren no precisarlo en absoluto, limitándose a definir el acto administrativo como "cualquier pronunciamiento o declaración especial de un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa" [4]. Otros sostienen, en cambio, que no se puede indicar este contenido en forma taxativa y completa, sino de modo ejemplificativo. Acto administrativo sería "una declaración concreta de voluntad, de opinión, de juicio, de ciencia, del Estado o de otro sujeto del derecho público administrativo" [5].

Nosotros, aceptando sustancialmente esta última definición, creemos oportuna alguna modificación. Es sabido que las funciones del espíritu son todas reducibles a las dos fundamentales de la voluntad y del conocimiento [6]. La voluntad puede traducirse en actos que hacen más o menos probable y cierta la realización (demanda, proposición, invitación, orden); todos estos actos, aunque distintos en sus efectos prácticos, no son más que manifestaciones de la única función volitiva. Por otra parte, el conocimiento asume figuras diversas, según que sea simple o complejo, es decir que resulta de un solo acto psíquico o de una serie de actos ligados entre sí, de manera de constituir uno o más silogismos. Para los fines del derecho, es útil usar dos palabras distintas para indicar las dos principales formas de la voluntad y respectiva-

[3] Así, salvo diferencias formales, MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, p. 33; HAURIOU, *Prècis*, p. 373; DE VALLES, *La validità*, ps. 11-44; íd., *Elementi*, p. 180.

[4] ROMANO, *Principî*, p. 51; íd., *Corso*, p. 224.

[5] RANELLETTI, *Teoria degli atti amm. speciali*, p. 3.

[6] Conformes: CARNELUTTI, *Sistema*, vol. II, p. 100 y ss. y con reservas, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 15.

mente, las dos principales formas del conocimiento: reservar la palabra "voluntad" para los actos, con los cuales ésta alcanza con certeza su fin; y hablar de "deseo" para los actos respecto a los cuales el alcance es solamente hipotético. Análogamente es útil reservar la palabra "conocimiento" para los casos de conocimiento simple, sustituyendo la palabra "juicio" para los de conocimiento complejo.

Aceptado ésto, puede adoptarse la siguiente definición del acto administrativo: "Cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa". Las distintas partes de esta definición se prestan a algún comentario. Prescindiendo de lo que atañe al contenido, del cual ya hemos hablado, son destacables los siguientes puntos:

a) La necesidad que el acto administrativo se concrete en una "declaración" impide que dicho acto pueda concretarse en una de aquellas actividades puramente técnicas o materiales, de las que antes hemos hablado, excluyéndolas de la categoría. Como veremos, un acto material puede a veces substituir una declaración. También en esa hipótesis, empero, la declaración no falta, sino que asume la forma particular de la declaración tácita.

b) La declaración debe ser propia de un "sujeto de la administración pública". Esto excluye de la categoría de los actos administrativos, de los que nos ocupamos, a los que son tales sólo objetivamente, en cuanto derivan de órganos legislativos o judiciales (los actos relativos al nombramiento y a la carrera del personal de las dos cámaras, los actos de jurisdicción voluntaria, etc.). Estos actos administrativos no interesan al derecho administrativo.

c) Dicho sujeto debe cumplir la declaración "en el ejercicio de una potestad administrativa". Esto implica varias consecuencias. En primer lugar, el acto debe ser productor de efectos jurídicos, porque ese es el efecto propio del ejercicio de toda potestad. En segundo lugar, queda excluído que el acto sea expresión de la capacidad de derecho privado de los entes públicos. Las potestades administrativas son todas potestades públicas, cuyo ejercicio constituye siempre una función pública y da lugar exclusivamente a actos de derecho público. La misma exigencia vale, en fin, para excluir de los actos administrativos a los que pueden ser cumplidos por los órganos de la administración pública en el ejercicio de una función legislativa o jurisdiccional. Quedan, por tanto, excluídos los actos emitidos por el poder ejecutivo con eficacia de ley (decretos-leyes y decretos legislativos), o de sentencias (decisiones de las jurisdicciones administrativas), así como los actos que, aun teniendo la eficacia formal de los actos administrativos, responden sustancialmente a la función legislativa, o sea los reglamentos. Algunos autores consideran a estos últimos como actos administrativos generales y los incluyen, por lo tanto entre los actos administrativos [7]; nosotros creemos, en cambio, que escapan de esta categoría porque no representan el ejercicio de una potestad administrativa sino de una potestad legislativa, y que se refiere a los propios órganos administrativos.

3. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL SUJETO Y EL OBJETO. — Para aclarar la estructura del acto administrativo, creemos conveniente utilizar el mismo método empleado con provecho por los jus-privatistas en el análisis del acto jurídico en general; es decir, considerar separadamente los elementos que constituyen la sustancia del acto, o sea los elementos esenciales. Son tales aquellos elementos que sirven para dar vida al acto administrativo y sin los cuales éste o no tiene ninguna importancia o es un acto propio de una categoría jurídica diversa (un acto de derecho privado, de derecho procesal, etc). Elementos semejantes, para el acto administrativo,

[7] RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 2, considera a los reglamentos como actos administrativos generales. En el sentido del texto, FORTI, vol. II, p. 56; ROMANO, *Corso*, p. 224. Este último, con la misma definición del acto administrativo, donde trata el término "especial", excluye que puedan ser actos de esta especie los reglamentos y en general las normas jurídicas emanadas del poder ejecutivo.

son: el sujeto, el objeto, la voluntad, el contenido y la forma. En el examen particular de los mismos, tendremos oportunidad de señalar también algunos elementos no esenciales, aunque a dos de éstos, la causa y el procedimiento, trataremos también en forma directa o específica [8].

a) Por definición el acto administrativo no puede ser realizado sino por un *sujeto* de la administración pública, o sea por una persona jurídica pública (el Estado, la provincia, la comuna o un ente público no territorial). Tal exigencia importa la necesidad de que la persona física, por la cual el acto es prácticamente cumplido, tenga la calidad de órgano de una de dichas personas jurídicas, investido de la calidad de ministro, de prefecto, de alcalde, etc., y que haya cumplido el acto en su calidad de tal. El acto que sea cumplido por quien actúa en nombre de una persona jurídica privada, o en nombre propio como particular, o también como titular de un cargo público del que sólo abusivamente se pretente investido, no puede ser un acto administrativo. Se debe, empero, recordar, cómo en algunas circunstancias, los particulares (personas físicas o jurídicas) pueden originar actos administrativos en nombre propio: actúan en el ejercicio privado de una función pública, o sea como órganos indirectos de un ente público. No toda la actividad que estas personas desenvuelven para el servicio público da lugar a la formación de actos administrativos, sino sólo la dirigida a los fines públicos en modo inmediato y directo. Así, no es acto administrativo el nombramiento o el ascenso de los empleados, que el concesionario particular toma a su servicio, y tiene, en cambio, carácter de acto público la orden, emitida por el mismo concesionario, de pagar un tributo o la contestación de una contravención [9].

[8] La distinción entre elementos esenciales y no esenciales no tiene, por lo tanto, relación con la otra usada por los teóricos del negocio jurídico entre elementos esenciales, naturales y accidentales, Esta última concierne sobre todo al contenido y por lo tanto la utilizaremos exclusivamente con respecto a esto (n. 6).

[9] En ese sentido: RANELLETTI, *Teoria* cit., p. 62; FORTI, *Dir. amm.*, vol. II, p. 59. Para la doctrina precedente y la jurisprudencia: ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., p. 422.

Al elemento esencial y general de la calidad del sujeto se relacionan otros no esenciales y no generales: la competencia de órganos y el eventual concurso de varios órganos en el mismo acto. El concepto de competencia, del que nos hemos ocupado hablando de los órganos, encuentra su más directa aplicación a propósito de los actos que son propios de los mismos. El acto emanado de un órgano de la administración pública es siempre un acto administrativo, cualquiera sea tal órgano: pero, a fin de que sea igualmente regular y válido, debe surgir del órgano específicamente competente para la categoría de actos, a los que pertenece.

Para algunos procedimientos puede ser requerida por la ley la participación de varios órganos: participación no puramente técnica o material, sino psíquica y volitiva. Tal exigencia no es general; cuando existe, no constituye siquiera un elemento esencial: esencial es que el acto nazca de un órgano de la administración pública; el eventual concurso de otros órganos, si se requiere, puede ser condición de regularidad, no de existencia del acto.

b) El *objeto* del acto administrativo es la cosa, la actividad, la relación de que se ocupa y por el que dispone, juzga, certifica lo que resulta de su contenido. En general, se puede decir que todo cuanto puede ser objeto de las relaciones de derecho público (bienes públicos y patrimoniales, actividades positivas y negativas), puede constituir el objeto de los actos jurídicos de la administración pública. Tal objeto puede sufrir, empero, una ampliación. Hay, en efecto, actos administrativos (los de administración pública del derecho privado) que tienen el fin de permitir, de constituir o de aprobar negocios jurídicos privados o de dar la prueba de tales negocios. El negocio jurídico privado constituye, en tal caso, el objeto del acto administrativo.

4. LA VOLUNTAD Y SUS FUNCIONES; VOLUNTARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD. — *c*) El elemento de la *voluntad* puede pa-

recer propio solamente de una categoría de actos administrativos: la de los actos que consisten, precisamente, en declaraciones de voluntad o de deseo. En cambio, es verdad tan sólo que en estos actos tal elemento asume un contenido y una importancia particulares. Se lo encuenra, en efecto, también en las otras especies de actos administrativos: las declaraciones de juicio y de conocimiento, si bien no son actos de voluntad, son actos voluntarios, es decir, actos que derivan su existencia de la voluntad de un sujeto de la administración pública. En el mayor número de casos, esta voluntad está enteramente vinculada, porque ante la declaración de opiniones, de juicios y de actos de certificación, la administración, dados ciertos presupuestos, tiene un deber preciso. Tal deber, empero, no excluye la voluntariedad del acto, porque también los actos con los que un sujeto cualquiera cumple una obligación son también siempre actos voluntarios. Por lo tanto, no hay duda que también dichos actos, donde la voluntad falte o esté viciada, pueden ser nulos o anulables.

La diferencia que, respecto del elemento volitivo, divide las declaraciones de voluntad de aquellas de conocimiento, es únicamente ésta: que las primeras representan actos no sólo voluntarios, sino también relativamente libres, es decir, discrecionales. Esta discrecionalidad puede referirse así a la emanación del acto como a su contenido (por ejemplo una concesión, que la autoridad puede acordar o rechazar y en la que, en el primer caso puede discrecionalmente determinar los derechos y los deberes del concesionario); pero puede reflejarse solamente la emanación del acto (por ejemplo una autorización de policía, que la autoridad puede acordar o no, pero que si se acuerda no puede tener más que un determinado contenido, establecido por la ley). Una declaración en que la autoridad está obligada, dadas ciertas condiciones, a otorgar y que no haga más que reproducir una voluntad contenida en la ley, no es nunca una declaración de voluntad, sino un puro juicio lógico. Así, el acto con el que la autoridad financiera, verificada cierta renta, le aplica el impuesto en el porcentaje

establecido por la ley, no es una orden, como algunos consideran, sino una simple verificación. Queda, por lo tanto, establecido que todos los actos administrativos, son actos voluntarios y que los actos que constituyen declaraciones de voluntad deben ser, además de voluntarios, en todo o en parte discrecionales. Los actos consistentes en declaraciones de juicio o de conocimiento no pueden por su naturaleza ser discrecionales: si a veces es posible una discrecionalidad técnica, ésta no tiene ninguna relación con la voluntad, sino que es siempre elemento de un proceso lógico, de una valoración, de un juicio. En la diferencia antedicha del elemento volitivo en las dos categorías de actos se funda la distinción, de la cual tenemos que hablar en otra parte, entre los negocios de derecho público y los meros actos de derecho administrativo.

5. LA CAUSA. — *d*) La *causa* no es elemento esencial del acto administrativo o en general del acto jurídico, porque no tiene existencia autónoma, sino que es un requisito de la voluntad o mejor un modo de actuar de ésta [10]. El tema de la causa es de los más estudiados y discutidos, sea en el derecho privado, sea en el derecho público. Aquí nos limitamos a exponer las nociones más comúnmente aceptadas [11].

La causa puede llamarse el motivo práctico de la voluntad, el fin que ésta se propone dando vida al acto jurídico. La doctrina distingue la "causa jurídica" de la "causa natu-

[10] Ya CARNELUTTI y MORTARA expusieron la opinión que excluye a la causa de los elementos del negocio jurídico para identificarla entre los requisitos de la voluntad. Cfr. el último, *op. cit.* p. 46.

[11] En el derecho privado: VENEZIAN, *La causa dei contratti*, en *Opere giuridiche*, Roma, 1920, vol. I, p. 347; BONFANTE, *Il contenuto e la causa dei contratti*, en *Scritti giuridici*, vol. III, Torino, 1918, p. 123; MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, Torino, 1929; BATTISTONI, *La causa dei negozi giuridici*, Padova, 1932; PUGLIATTI, *Il problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1934; MESSINEO, *Manuale*, vol. I, p. 280 y ss. En el derecho público: PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, París, 1931; VEDEL, *Essai sur la notion de cause dans le droit administratif*, París 1934; FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, en "Foro ital.", LVII, 1932, III, p. 289; BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel dir. amm.*, Torino, 1933; íd., *Opinioni sulla causa nell'atto amministrativo*, en *Studi*

ral". La primera, llamada también "causa inmediata", es el fin al cual se dirige todo acto de una determinada categoría; tiene carácter objetivo y varía sólo de una a otra categoría de actos. La segunda, llamada también "causa remota" o motivo, es en cambio el fin particular que el agente propone realizando un procedimiento particular; tiene por lo tanto carácter subjetivo y varía de uno a otro acto de la misma categoría. En la compraventa, la causa jurídica de la obligación del comprador es la adquisición de la cosa, mientras que el del vendedor es la obtención del precio; los motivos, en cambio, de las partes, en el mismo contrato, pueden ser los más variados. La cosa puede adquirirse para revenderla o para darla en locación, para usarla directamente o para donarla a otros; el precio puede ser empleado sea como capital fructífero, sea como medio de extinción de un mutuo, sea para la adquisición de cosas necesarias a la vida. Aplicando esta distinción, elaborada por la doctrina privatista, a los actos administrativos, está claro como todo acto tenga también aquí el efecto de hacer surgir en el concesionario un mero derecho, mientras el orden de policía tiene el de limitar la libertad del sujeto al que se dirige. El nombramiento de un empleado determina la constitución de una relación de servicio entre la administración y el particular. La causa remota, o motivo de estos actos es en cambio variable; la concesión puede ser hecha en consideración de las dificultades que ofrece la gestión directa, o bien en consideración de los medios técnicamente más perfectos, que sean garantizados por una empresa particular a la que pueda confiarse el servicio; la orden de policía puede tener el fin de hacer cesar un daño real y presente, o bien el de prevenir un daño futuro.

Según lo que en otra parte dijimos sobre la diferencia entre la libertad de los particulares y el poder discrecional de

giuridici in onore di Santi Romano, vol. II, cit., p. 59; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934; MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942.

la administración, los motivos, mientras en el derecho privado son generalmente sin importancia, en el derecho público deben siempre corresponder al interés general y a aquellos fines particulares a los que cada decisión debe ser dirigida. No es lícito, por lo tanto, emitir un acto administrativo por un interés puramente privado, y ni siquiera es lícito un acto destinado por la ley a proveer un determinado fin público, para alcanzar un fin público distinto. En el primero y segundo caso, el acto resulta igualmente viciado (desviación de poder); en el primero, al vicio del acto puede añadirse una particular responsabilidad del funcionario que lo ha cumplido (abuso de autoridad, corrupción, etc.).

Se discute en doctrina si la causa jurídica es elemento propio de cualquier acto administrativo o elemento exclusivo solamente de aquellos que consisten en manifestaciones de voluntad. Como las declaraciones de conocimiento no están dirigidas a fines específicos y determinados, sino que sirven a las múltiples utilidades que la ley une de vez en cuando a tales actos, se quiere excluir que tengan una causa inmediata común a todos los actos de una dada categoría y específica a la categoría misma. Habiendo nosotros advertido cómo todos los actos administrativos, incluso aquellos que no contienen declaraciones de voluntad, son también siempre actos voluntarios, debemos rechazar la restricción anterior. También el autor de una declaración de conocimiento se propone un fin específico, que constituye la causa jurídica de su acto. En la opinión, este fin es el de iluminar a la autoridad acerca de una disposición que ésta debe tomar; en el certificado, el fin de constituir una prueba pública de un hecho, de una capacidad, de una condición, etc. [12].

6. EL CONTENIDO. PRINCIPIOS GENERALES. — *c*) El *contenido* del acto administrativo consiste en lo que con él la autoridad entiende disponer, ordenar, permitir, atestiguar, cer-

12 Para la opinión dominante: FORTI, *Dir. amm.*, vol. II, p. 149; GUICCIARDI, *Giust. amm.*, p. 16; U. FRACOLA, *Gli atti amm. non negoziali*, Milano, 1942,

tificar. El contenido varía, por lo tanto, según la categoría a la que el acto administrativo pertenece. Prescindiendo de esta variedad de la que hablaremos en la clasificación de los actos administrativos, por el momento debemos limitarnos a considerar el contenido en general. La doctrina extendiendo a nuestro campo algunos conceptos formulados con respecto a los otros actos de derecho privado, distingue en el contenido del acto administrativo tres partes: una natural, una implícita, una tercera eventual [18].

1) El contenido natural es el que necesariamente forma parte del acto, porque sirve para caracterizarlo, para que no pueda confundirse con un acto distinto. Contenido natural de la autorización es la voluntad de permitir a un sujeto el ejercicio de su derecho, o de una potestad, potestad o derecho que deben ser determinados e indicados en forma cierta; contenido natural de la expropiación es el transferimiento coactivo de la propiedad de un bien determinado de un sujeto a otro. Tales elementos no pueden faltar; de lo contrario no se tiene la autorización en el primer caso, la expropiación en el segundo.

2) La parte implícita del contenido es la que se encuentra comprendida, aunque no se expresa, porque la ley prescribe que todos los actos de un tipo determinado deben comprender algunas cláusulas, que ella misma establece. Así en la autorización las relativas a su duración, a los deberes del autorizado, etc.

3) La parte eventual está constituída por aquellas cláusulas que la voluntad del órgano deliberante puede introducir en el acto, agregándolas a las naturales e implícitas, y a

p. 122. Conformes con nuestra tesis, aun cuando con distintas argumentaciones: MIELE, *Principî*, p. 155. Cfr. también *ex professo*: CAPRIOTTI, *La causa giuridica nei meri atti amm.*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1943, I, p. 186.

18 Cfr. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, p. 260 y ss.; LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, p. 35 y ss.; el último particularmente explícito en la exposición de la tripartición tomada respecto de los actos administrativos. Para una terminología distinta, MIELE, *Principî*, p. 166 y ss.

veces modificando estas últimas. La modificación es posible cuando la ley, al fijar algunas cláusulas que deben entenderse también en el silencio del agente atribuye a su norma valor solamente dispositivo. Las cláusulas eventuales de valor unitario pueden tener contenido variadísimo correspondiente a la facultad de determinación que la ley concede a la administración. Los actos íntegramente vinculados no pueden contener ninguna de estas determinaciones.

7. LAS CLÁUSULAS ACCESORIAS. — Entre las partes accidentales del contenido de los actos merecen algunas consideraciones las llamadas cláusulas accesorias. Según la doctrina privatista son: el término, la condición y el modo. Cuando la ley o la naturaleza del acto no lo excluyen, la voluntad de la administración pública puede extenderse a la inclusión de algunas de estas cláusulas [14].

1) El término indica el día desde el cual deberá tener comienzo la eficacia del acto o bien aquél en el que dicha eficacia debe cesar. La ley puede limitar la discrecionalidad con respecto al tiempo, sea en modo absoluto estableciendo un término único para todos los actos de una categoría determinada (ciertas autorizaciones tienen duración de un año), o relativo, estableciendo un término máximo (la duración de algunas concesiones no puede ser fijada a un término superior a los sesenta años).

2) La condición es, como se sabe, una cláusula dirigida a subordinar la iniciación o la cesación de los efectos del acto al verificarse un hecho futuro e incierto. El uso de tal cláusula es muy raro en los actos administrativos, mientras son muy frecuentes las condiciones que pueden ser establecidas en sus relaciones con la ley y de las que son ejemplos los actos de contralor y los de aceptación, de que la eficacia de la disposición puede depender. Algunas condiciones, impuestas por la ley o por la autoridad que emite el acto, entran entre los fa-

14 Sobre el tema v. KORMANN, *System*, p. 135 y ss.; LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., p. 341 y ss.

cultativos, cuya verificación depende de la voluntad misma de uno de los sujetos, en nuestro caso del particular.

3) El modo consiste en un gravamen, carga, impuesto a la persona, en cuyo interés se cumple el acto jurídico. En el derecho privado, el modo puede estar en oposición, como cláusula accesoria, solamente a los actos de liberalidad; en el derecho público, especialmente a las concesiones y a las autorizaciones. Es necesario, todavía, prestar atención para no confundir las cargas que pueden ser impuestas al particular como deberes que entran en el normal contenido de la relación, con las disposiciones modales, que tienen siempre carácter accidental y accesorio. Los actos, en los que con mayor seguridad las cargas pueden tener carácter modal, son tal vez las autorizaciones de policía; la ley misma consiente, y a veces prescribe, que la concesión de las mismas sea subordinada por la administración a la aceptación de particulares condiciones y cargas, dirigidas a tutelar determinados intereses públicos [15].

Son discutidos los efectos del uso de condiciones y modos imposibles o ilícitos [16]. Nosotros consideramos que, donde se trate realmente de cláusula accesoria, tales vicios invalidan solamente la cláusula que debe considerarse como no puesta (*vitiatur, sed non vitiat*). Si en cambio, la condición o el modo son elementos naturales o necesarios del negocio, sus vicios producen la invalidez de todo el acto. En la duda, se debe suprimir el carácter accesorio y considerar que la invalidez quede limitada a la cláusula viciada solamente.

8. EL PROCEDIMIENTO Y LA FORMA. — *f*) Según la doctrina tradicional, los elementos hasta ahora examinados tendrían carácter sustancial, porque atañen a la sustancia del acto, o sea a lo que el acto es. En oposición, otros elementos tendrían carácter formal, refiriéndose al acto en su devenir y en su modo de presentarse en lo externo. Estos últimos comprenden el procedimiento, por el cual el acto es realizado, y

[15] Ley de seguridad pública, art. 9.

[16] LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., p. 345 y ss.

la forma que asume la relativa declaración de voluntad (o de juicio, o de conocimiento). El procedimiento no tiene nunca carácter de elemento esencial. Cuando el acto ha emanado de un órgano de la administración pública, tiene existencia jurídica como acto administrativo, aunque en su formación haya sido omitido algún elemento de procedimiento. En cuanto a la declaración, ella es siempre indispensable para la existencia del acto y por lo tanto constituye un elemento esencial. Pero una forma determinada de declaración es necesaria solamente para aquellos actos que se llaman formales. En consecuencia, debe decirse que la declaración externa es siempre elemento esencial del acto administrativo, pero que generalmente es indiferente la forma que asume. Cuando se prescribe una forma determinada, también el uso de esta forma toma valor de elemento esencial.

Los detalles acerca del procedimiento administrativo y de la forma de la declaración serán expuestos en especial parágrafo.

§ 2. *DIVERSAS ESPECIES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS*

1. — *A*) DISTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN BASE AL ELEMENTO SUBJETIVO: ACTOS SIMPLES Y COMPLEJOS. — Los actos administrativos presentan tal variedad de contenido y forma, que no es posible una orientación al respecto si no por medio de una adecuada clasificación. Ésta debe hacerse a través de una serie de distinciones, la mayor parte de las cuales tienen como fundamento el diverso modo de presentación de los elementos esenciales, examinados en el parágrafo anterior. Así, una primera distinción considera el elemento subjetivo, una segunda el elemento de la voluntad, una tercera el del contenido, etc. Además de éstas, serán útiles otras distinciones, basadas en aspectos del actor administrativo, distintos de los examinados hasta ahora.

A) Con respecto al elemento subjetivo, se podrían distinguir los actos según que sean del Estado, de un ente público

menor o de un particular investido de funciones públicas. Tal distinción, empero, estaría privada de interés para los fines sistemáticos que nos proponemos. Mucho más importante es la distinción que puede hacerse teniendo en cuenta el número singular y plural de los sujetos que participan en la formación del acto. Bajo este aspecto, se tienen las diversas figuras de los actos simples y complejos, de los actos unilaterales y bilaterales. Evidentemente, tales distinciones no pueden referirse a todos los actos administrativos, sino solamente a los actos de voluntad.

a) *Actos simples* son todos aquellos que se concretan en la manifestación de voluntad de un solo sujeto y de un solo órgano del mismo. No tiene importancia que tal órgano sea individual o colegiado. A nuestro entender, equivocadamente, una parte de la doctrina pone los actos colegiados entre los actos complejos [17]. La distinción no puede basarse en el número de las personas físicas que participan en la formación del acto, porque en el caso de los colegios, no todos los componentes tienen idéntica voluntad. Si las diversas voluntades llegan a formar un único acto, esto ocurre por el principio jurídico que considera al colegio un órgano único. Ni siquiera es importante la circunstancia que en el proceso de formación del acto de voluntad intervengan actos jurídicos parcialmente distintos, como pareceres y juicios técnicos. Éstos, en efecto, no constituyen formas de colaboración de voluntades.

b) *Actos complejos* son los resultantes del concurso de la voluntad de varios órganos o de varios sujetos de la administración pública. Si tal es el concepto genérico del acto complejo, difícil resulta su determinación precisa y concreta, a causa de las repetidas discusiones cuyo tema ha sido sometido a la doctrina y a sus distintas conclusiones [18]. Parece seguro

[17] VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920, p. 33 y ss.; BRACCI, *Dell'atto complesso*, p. 42. Contra: DE VALLES, *La validità*, p. 31; TRENTIN, *L'atto amministrativo*, p. 154.

[18] BRONDI, *L'atto complesso del diritto pubblico*, en *Studi in onore di F. Schupfer*, Napoli, 1898 (publicado también en sus *Scritti minori*, Torino, 1934, ps. 1-50). BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, en *Studi senesi*, XX, 1903; DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, en "Arch. giur.", LXXI, 1903; DE VALLES, *La validità*, cit., p. 29 y ss.; BRACCI, *L'atto complesso in diritto amministrativo*, Siena, 1927; GASPARRI, *Studi sugli atti giur. complessi*, Pisa, 1939. V. también: GLEISTMANN, *Vereinbarung und Gesamtakt*, 1900; G. JELLINEK, *System der subieckt. öff. Rechte*, p. 193 (trad. ital., p. 224); KORMANN, *System*, p. 41. Contribuyó mucho al desarrollo de la doctrina del acto complejo y del acuerdo, la obra de TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 35 y ss. (trad. ital., Torino, 1913, p. 34 y ss.).

que las voluntades concurrentes a la formación del acto complejo puedan ser propias ya de varios órganos del mismo ente, ya de entes públicos distintos. En uno y otro caso, es condición indispensable la unidad del contenido y la unidad del fin de las diversas voluntades que se funden para formar un único negocio jurídico. Se citan como ejemplos de actos complejos las disposiciones que por ley deben ser tomadas por varios ministros en un único decreto; las deliberaciones de varias comunas o de varias provincias, dirigidas a crear y reglar institutos públicos de interés común. Cuando las voluntades concurrentes son propias de un mismo ente, se llaman actos de *complejidad interna*; cuando pertenecen a entes diversos, de *complejidad externa*. En este último caso, el acto complejo toma también el nombre de *acuerdo*. Se distingue también una complejidad *igual y desigual*. En una las varias voluntades tienen el mismo valor jurídico; en la otra la voluntad de uno de los sujetos es jurídicamente preeminente, así que el acto es formalmente propio solamente del respectivo sujeto, mientras las otras voluntades, aunque sustancialmente iguales o más decisivas, asumen el valor de un presupuesto. Los ejemplos recordados se refieren a casos de complejidad igual; entre los de complejidad desigual, el más conocido y característico es el decreto del jefe de Estado, que resulta del concurso de las voluntades de éste y uno o más ministros; se pueden también citar algunos decretos ministeriales que deben ser dictados a propuesta de otras autoridades [19].

[19] BRACCI, *La proposta nel diritto amministrativo*, Roma, 1925, define este acto como un ejemplo típico de una manifestación de deseo. Para otros

El requisito de la unidad del contenido y del fin, que hemos llamado esenciales en el acto complejo, sirve para distinguir a éste de otras formas de concurso de voluntades, y en particular de los siguientes actos:

1) del *acto colectivo*, el que resulta de varias voluntades de contenido y de finalidades iguales, pero distintas, las cuales se unen solamente en la manifestación, quedando jurídicamente autónomas: una orden dada por varios ministros al personal respectivamente dependiente de cada uno; un contrato, estipulado por varias comunas, con un hospital para asilo y cuidado de los respectivos enfermos pobres. La distinción no carece de consecuencias prácticas; en el acto colectivo, la invalidez de una de las voluntades no influye en la validez de la disposición, en lo que se refiere a las otras voluntades; en el acto complejo, es obligatorio el concurso de los órganos prescriptos y, dada la fusión que se verifica entre sus voluntades, el vicio relativo de una de ellas invalida toda la disposición;

2) del *contrato* entre entes públicos. En él no falta la fusión de las voluntades de los entes que participan, pero tales voluntades se dirigen a fines diversos y, por lo general, contrapuestos, tanto que los sujetos asumen recíprocamente la posición de *partes* y el acto es llamado *bilateral* o *plurilateral*, expresiones que designan intereses, posiciones distintas y contrapuestas. En el acto complejo, la distinción de los intereses falta, faltando las partes. El acto es una disposición administrativa unilateral, aunque deliberado por varios sujetos. Los autores que más directamente se han ocupado de diferenciar en tal manera el contrato del acto complejo externo, han usado, con respecto a este último, la denominación, ya recordada, de *acuerdo*. No podemos disimular que la doctrina del acuerdo, como figura distinta del contrato, no obstante su fundamento, no es aceptada por todos los autores.

aspectos y otras conclusiones sobre el tema: BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma 1936; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., además, p. 143 y ss.

3) El acto complejo se distingue, por fin, de aquellas formas de colaboración de voluntades, que se producen en el ejercicio de los contralores estatales en las deliberaciones de los entes autárquicos. Si es cierto que los efectos prácticos de la deliberación no pueden verificarse sin la aprobación u otro acto de contralor gubernativo, los actos quedan sin embargo diferentes, sea formalmente, sea por sus fines y por su función jurídica. La deliberación tiende a alcanzar un fin práctico comprendido en las finalidades administrativas del ente por el que es cumplida; la aprobación es acto separado que tiene el fin de certificar que con la deliberación no se ha violado ninguna norma y que ningún daño se deriva de la actuación de aquélla para los intereses del ente, o a los generales que el Estado debe tutelar. La deliberación del ente es acto jurídicamente perfecto, respecto al cual la aprobación actúa como condición suspensiva de su eficacia [20].

2. CONTINUACIÓN: ACTOS UNILATERALES Y BILATERALES. — De lo dicho ya resulta el significado de la distinción entre los actos *unilaterales* y los actos *bilaterales*. Los primeros son actos administrativos, simples o complejos que desenvuelven sus efectos en forma independiente, es decir, fuera de toda forma de combinación con actos de voluntad de otros sujetos que tengan distinta intención jurídica. Los actos bilaterales resultan, en cambio, del concurso de un acto de voluntad de

[20] DONATI, *Atto complesso*, cit., p. 71 y ss.; FORTI, *I controlli sulle amministrazioni comunali*, en ORLANDO, II, 2º, p. 775 y ss.; BRACCI, *L'atto complesso*, p. 39 y ss. En contra: BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, p. 46 y ss.; y también luego: *La giustizia amministrativa*, cit., p. 27. La ley comunal y provincial vigente parecería valorizar esta última opinión, cuando en el art. 343 declara definitivas las deliberaciones de las comunas y de las provincias "integradas, según los casos, con la vista del prefecto o con la aprobación de la junta administrativa provincial o en cualquier otra forma convertidas en ejecutivas". Pero la expresión *integradas*, que literalmente significaría completadas o perfeccionadas, no es suficiente para cambiar el valor jurídico de las relaciones entre los dos órdenes de actos. Las otras palabras mencionadas, que atribuyen a los actos de contralor el efecto de convertir en *ejecutivas* las deliberaciones, confirman su definición como elementos de eficacia, no de perfeccionamiento de las deliberaciones.

una administración, simple o complejo, con el de otro sujeto que tenga distinto fin.

Acerca de la extensión del acto bilateral en el derecho administrativo, grave incertidumbre y no pocos disentimientos quedan todavía en la doctrina. Existe acuerdo en la admisibilidad de los contratos entre el Estado y los entes públicos menores y de éstos entre sí. Sin embargo, se discute si algunos de los que se consideran como contratos no entran más bien en la figura de los acuerdos (por ej., la convención entre varias comunas, dirigida a reglar las cargas recíprocas, con respecto a calles de interés común) y si muchas de las convenciones, de cuyo carácter contractual no puede dudarse, no sean todavía contratos de derecho privado (por ej., la convención entre una provincia y otra, relativa al asilo de los alienados en el manicomio provincial y a la medida de las raciones diarias). El punto, empero, de mayor disentimiento concierne a la admisibilidad de los contratos de derecho público entre los entes públicos y privados. Tales actos, aunque sean admitidos, no entran en los negocios jurídicos exclusivamente propios de la administración, de los que estamos hablando. Son actos de derecho administrativo, pero no actos administrativos. Por lo tanto, la cuestión está fuera del presente capítulo y ha sido examinada por nosotros a propósito de los actos jurídicos que en general pueden encontrarse en el derecho administrativo (capítulo VI, § 3, n. 5-7).

3. B) DISTINCIÓN BASADA EN EL ELEMENTO VOLITIVO: NEGOCIOS DE DERECHO PÚBLICO Y MEROS ACTOS ADMINISTRATIVOS. — Una segunda distinción de los actos administrativos se funda en el elemento psíquico de la voluntad. Da lugar a las dos figuras de los "asuntos de derecho público" y de los "meros actos administrativos" [21]. Como es sabido, en el derecho privado los "negocios" constituyen una especie particular en la más amplia categoría de los "actos jurídicos" y precisamente aquella de los actos que consisten en "declaraciones de voluntad dirigidas a conseguir fines determinados, reconocidos y protegidos por el derecho" [22]. En tal concepto no influye el contenido patrimonial o no patrimonial del acto, ni su calidad de acto unilateral, bilateral y plurilateral. No parece, por lo tanto, que haya razones para excluir que, también en los actos administrativos, se pueda distinguir una categoría a la que conviene la denominación de negocios. Los actos que consisten en declaraciones de voluntad, en cuanto están por su naturaleza dirigidos a conseguir un fin determinado, querido por el agente y reconocido por el derecho, corresponden precisamente al concepto privatista del negocio jurídico [23]. Los otros actos administrativos están, evidentemente, fuera de esta categoría. Sea porque no consisten en declaraciones de voluntad, sino de juicio o de conocimiento, sea porque no corresponden a un fin determinado, sino que tienen una existencia objetiva, a la cual la ley puede unir una variedad de efectos, que no están en modo alguno ligados a la voluntad del sujeto del que el acto deriva. La autoridad que

[21] La aplicación del concepto de negocio jurídico en el derecho público tuvo su origen en la doctrina alemana: MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, p. 100 y ss.; GAREIS, *Allg. Staatsrecht*, p. 184; HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, p. 123 y ss. Para el desarrollo ulterior de la doctrina: KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, cit., p. 49 y ss. Además de esta obra fundamental, puede verse: TEZNER, *Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht*, en "Archiv. für öff. Recht", IX, 1894, p. 325; KELSEN, *Zur Lehre von öffentlichen Rechtsgeschäft*, id., XXI, 1913. En la doctrina italiana la figura del negocio jurídico de derecho público está hoy admitida en general: PACINOTTI, *Saggio di studi sui negozi giuridici di diritto pubblico*, en "Arch. giur.", LXXI, 1903; TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., p. 212; DE VALLES, *La validità*, cit., p. 47 y ss.; RANELLETTI, *Teoria*, p. 17 y ss.; FORTI, *Dir. amm.*, vol. II, p. 51 y ss.; LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, cit., 1941, ps. 11-397. Se aparta decisivamente del criterio tradicional de distinción entre actos negociales y no negociales MIELE, *Principî*, p. 144 y ss.

[22] COVIELLO, *Manuale*, p. 316 y ss. DE RUGGIERO, *Istituzioni*, p. 230 y ss.; también las numerosas monografías sobre el tema: SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1893 (5ª ed., 1938); FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909; TESAURO, *Atti e negozi giuridici*, Padova, 1933; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; y principalmente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943. V. también las interesantes observaciones de ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, en *Frammenti* cit., p. 1 y ss.

[23] De lo que resulta que el negocio de derecho público se identifica con la categoría de los actos administrativos discrecionales. Esta conexión entre

imparte una orden quiere que el sujeto al que es dirigida observe una determinada conducta. La autoridad que concede a un particular cierto servicio público, quiere que en el futuro sea ejercido por el concesionario y no por la administración. Éstos son actos de voluntad dirigidos a fines determinados. Lo mismo no puede decirse de los actos de conocimiento. Quien otorga un certificado no tiene otra preocupación que aseverar la verdad, tal como resulta de sus registros. Los fines prácticos para los que puede servir el certificado (la inscripción en las listas electorales, la admisión en un concurso, conseguir una licencia policial) son extraños a toda consideración del agente.

Según los cultores del derecho privado, el concepto del negocio jurídico no sería aplicable a los actos de las autoridades públicas, y por lo tanto a las sentencias y actos administrativos [24]. Tal opinión, ciertamente exacta desde el punto de vista del derecho privado, no prueba nada contra la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en el campo del derecho público. El derecho privado se ocupa del negocio jurídico en cuanto expresión de la autonomía de los particulares (y tal no puede ser sino el acto de voluntad de los particulares mismos). El derecho público considera el negocio jurídico como expresión de la autonomía de la administración pública (y tal es ciertamente el acto de voluntad de la administración misma). Como la denominación "negocio" se refiere a los actos con los cuales los particulares reglan por sí mismos las propias relaciones jurídicas y no se adaptará a aquellos con los cuales otros intervengan autoritariamente para reglarlos, así en el derecho público la misma denominación puede exac-

actividad negociable y discrecionalidad es opuesta por CAMMEO, *Corso*, vol. III, 1231 y por FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, en *Studi in onore di O. Ranelletti*, vol. II, p. 447.

[24] DI MARZO, *Istituzioni di dir. romano*, 3ª ed., Milano, 1941, p. 57; DE RUGGIERO, *Istituzioni di dir: privato*, vol. I, p. 231; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 284. En un sentido particular: CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza como fatto giuridico*, en "Riv. dir. proc. civile", 1932, I, p. 15; ENRIQUES, *La sentenza como fatto giuridico*, Padova, 1937, p. 83 y ss.

tamente corresponder a los actos con los que las administraciones públicas regulan por sí mismas sus relaciones jurídicas con otras administraciones o con los ciudadanos o las relaciones de los ciudadanos entre sí que estén en función de un interés público de la misma administración.

Se ha sostenido a veces que no todos los actos administrativos que se concretan en declaraciones de voluntad deben ser considerados como negocios de derecho público. Algunos de ellos formarían parte, junto con las declaraciones de juicio y de conocimiento, de los meros actos administrativos. Tales serían algunas autorizaciones, algunas aprobaciones o vistas, respecto a las cuales la autoridad no se preocuparía del uso que del acto hagan los interesados, si aprovechan o no, de las facultades que se les confieren [25]. Nosotros no creemos justificada esta restricción, aparte que algunos de los actos ejemplificados, como el visto, no son declaraciones de voluntad y por lo tanto no interesan; en lo que se refiere a la autorización y aprobación, el fin del agente está suficientemente determinado al permitir que sea cumplido o ejecutado el acto autorizado o aprobado. Por otra parte, también las ulteriores consecuencias que a veces los dos actos pueden tener, no son, como en los actos que no tienen carácter de negocios, indeterminadas, sino determinadas y limitadas.

4. C) DISTINCIÓN BASADA EN EL CONTENIDO: a) NEGOCIOS DE DERECHO PÚBLICO: ADMISIONES, CONCESIONES, AUTORIZACIONES, APROBACIONES Y RENUNCIAS. — Hemos señalado la gran variedad de contenido que pueden presentar los actos administrativos. Debemos advertir, sin embargo, que tal variedad no es sin límites: las categorías en que los actos se pueden distinguir bajo este aspecto, aunque numerosas, constituyen una serie bien determinada y, podemos decir, rígida y cerrada. Mientras la doctrina privatista admite que, junto a los contratos reglados por el Código, las exigencias prácticas puedan sugerir otras figuras, con contenido mixto o por completo

[25] U. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, 1942, p. 461.

distinto de aquel de los actos expresamente previstos (los llamados *contratos innominados*), en el derecho público es generalmente aceptado el principio inverso. Los actos administrativos son todos *actos típicos*, o sea actos que deben corresponder a una u otra de las figuras reconocidas y regladas por el derecho, es decir de diversas leyes administrativas. La administración no puede, para conseguir sus fines, ni siquiera en los actos en los que máximo es su poder discrecional, servirse de actos que no encuentran correspondencia en ninguna de las categorías previstas por el legislador [26].

La tipicidad de los actos administrativos hace considerar que la clasificación que de ellos se acostumbra hacer en base al elemento del contenido pueda resultar relativamente completa. Dividiremos la clasificación en dos partes: una dedicada al posible contenido de los negocios de derecho público, la otra al de los meros actos administrativos.

I. Los negocios de derecho público son, por lo general, manifestaciones de voluntad de un solo sujeto, es decir, de una administración pública. Trátase, por lo tanto, en el mayor número de los casos, de actos simples y unilaterales. Menos frecuentes son las figuras del acto complejo y del acto bilateral. Tal naturaleza de los negocios desde el punto de vista subjetivo no influye en su carácter substancial. Los actos subjetivamente unilaterales pueden distinguirse en unilaterales y bilaterales en cuanto a los efectos, teniendo en cuenta las relaciones que con ellos se pueden constituir o extinguir [27]. Estas relaciones, en efecto, pueden ser productoras de derechos para un solo sujeto, o bien de derechos y deberes recíprocos de los dos sujetos entre los que interceden. En la clasificación que sigue entendemos prescindir de estas diversas

[26] Opinión indiscutible: FORTI, *Dir. amm.*, vol. II, p. 140. Sobre la tipicidad, v. también: M S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 264 y ss.

[27] PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 22 y ss.; íd., *Istituzioni*, vol. I, p. 133; TRENTIN, *L'atto amministrativo*, p. 32 y ss. En parte, contrario, D'ALESSIO, *Istituzioni*, 3ª ed., vol. II p. 182; LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., p. 42 y ss.

situaciones, limitándonos a considerar los efectos que el acto produce con respecto a los administrados, estén o no acompañados por otros efectos concernientes a la administración. Podemos, por lo tanto, hablar de dos categorías fundamentales de negocios jurídicos: los destinados a aumentar las facultades, los poderes, los derechos, en una palabra, la esfera jurídica de los particulares; y los destinados a limitar estas facultades, estos poderes, esta esfera jurídica.

Los negocios de derecho público de la primera categoría comprenden las figuras siguientes:

a) Las *admisiones*. Son providencias que producen el efecto de permitir la entrada del particular en una institución u organización determinada, o simplemente en una categoría determinada de personas, con el fin de hacerlo partícipe de algunos derechos o ventajas, o del goce de algunos servicios administrativos. La naturaleza del acto no cambia, por el solo hecho que de él deriven utilidades también para la administración. El ejemplo más importante de esta categoría es el acto de nombramiento del particular a un cargo público, honorario o retribuído. Como vimos, con ese acto, el particular aceptado en la organización específica del ente público, es investido del ejercicio de sus funciones y goza particulares derechos de contenido moral y material. Tienen el mismo carácter, aunque de contenido práctico muy distinto, las inscripciones entre los componentes de determinadas asociaciones públicas como los colegios y órdenes profesionales, de academias o de otros institutos culturales, etc. Algunas veces, en ciertas condiciones prescriptas por la ley y el pedido del interesado, la admisión debe tener lugar. En tal caso, el acto no tiene carácter de negocio, sino que es la simple consecuencia de una verificación y como tal entra entre los simples actos administrativos. Tales la inscripción de los estudiantes en los institutos de instrucción de los varios grados, la inscripción de los electores en las listas electorales especiales [28].

[28] La categoría de las admisiones no presenta el mismo contenido en todos los autores. PRESUTTI, que parece haber hablado primero de la admisión

b) Las *concesiones*. La expresión se usa con muchísimos significados, algunos de los cuales también impropios. Aun reducida a su significado técnico, la palabra indica numerosas figuras de disposiciones administrativas [29]. Carácter común a tales disposiciones es el efecto, que les es propio, de conferir a una o más personas extrañas a la administración nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos, con los cuales queda amplificada su esfera jurídica. Se ha sostenido a veces que los derechos derivados de la concesión deben ser propios del Estado, o en general, de la administración pública concedente. La concesión consistiría, en otras palabras, en una transferencia de facultades del ente público al privado. Esto puede decirse, empero, solamente de algunas concesiones, entre ellas especialmente las que transfieren el ejercicio de funciones o de servicios públicos. En otros casos, el acto crea una capacidad o un derecho, que derivan solamente del ordenamiento jurídico. Así el decreto con el que se concede la ciudadanía a un extranjero, la personalidad jurídica a un ente de hecho, la legitimidad a un hijo natural. A veces ha sido negado a estos actos el carácter de concesión y la naturaleza misma de actos administrativos. La opinión dominante, empero, los in-

en la doctrina italiana, limita la noción a los actos con los que se reconoce a un particular el derecho de usufructo de un servicio público o de un bien demanial (*Istituzioni*, I, p. 182). Entendida así, la admisión comprendería sólo los actos recordados en último término de investigación no discrecional. ROMANO, en cambio, excluye expresamente actos similares de la admisión; además, la diferencia en cuanto a lo dicho en el texto, excluye también los actos del particular en la organización administrativa. (*Corso*, ps. 238-244). FORTI, aun cuando acepta que la admisión en algunos casos tiene carácter de discrecional y negocial, la incluye en la categoría de los actos no negociales o meros actos jurídicos (*Dir. amm.*, II, p. 115). Para un estudio *ex profeso* de la materia: DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1926.

[29] RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en "Giur. ital.", XLVI, 1894; O. MAYER, II, ps. 247-268; D'ALESSIO, *Della concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, en "Giur. itsl.", LXIX, 1917; ZANOBINI, *L'esercizio privato* cit., ps. 187-339; GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano 1942.

cluye entre los actos de los que estamos hablando [30]. Para justificar tal opinión, es necesario admitir que, junto a las concesiones *traslativas*, es decir que transfieren poderes propios de la administración, se colocan otras, que pueden llamarse *constitutivas*, por cuanto, en base a poderes atribuídos por las leyes a la administración, ésta constituye en otros sujetos nuevas facultades o nuevos derechos. Entre las concesiones constitutivas, además de los ejemplos recordados, podemos citar los actos que confieren títulos honoríficos, entran también las concesiones de bienes demaniales como las relativas al derecho de ocupar el suelo público, de construir en la ribera del mar, de desviar agua pública. No transfieren a los particulares los poderes públicos característicos de la propiedad demanial ni tampoco su ejercicio, sino que, en base a tal propiedad, constituyen a favor ajeno un derecho real privado sobre la cosa. La distinción de las dos especies de concesiones tiene importancia práctica por que en las concesiones traslativas se verifica una verdadera sucesión del particular en el ejercicio de los derechos de la administración, y el contenido de estos derechos determina las facultades que pueden ser concedidas al particular; en las concesiones constitutivas, el derecho, formándose *ex novo* en el particular, no encuentra ningún precedente con el que pueda ser medido, en los derechos del ente público [31].

c) Las *autorizaciones* también aumentan las facultades de los sujetos a las que están dirigidas. Empero, a diferencia de las concesiones, no determinan en ellos el surgimiento de un nuevo derecho, sino que solamente hacen posible el ejercicio de un derecho o de un poder, que ya les pertenece. Se trata de poderes, cuyo libre desenvolvimiento puede, en algunos casos, constituir un daño o un peligro para el interés

[30] KORMANN, *System*, cit., ps. 107-108; en la doctrina italiana, VITTA, *Nozione*, cit., p. 221; BARONE, *La legittimazione per decreto reale*, en "Riv. di dir. pubbl.", VIII, 1916; ROMANELLI, *Natura e carattere del decreto reale di legittimazione*, íd., XXVII, 1934.

[31] Para su importancia cfr. ROMANO, *Corso*, p. 241.

público, pero que, sin embargo, no es oportuno suprimir o limitar en modo absoluto. Por esto, la ley atribuye a la autoridad administrativa la potestad de examinar caso por caso las circunstancias de hecho, en que el ejercicio puede desenvolverse, para juzgar la conveniencia de permitirlo o no. La autorización, de tal modo, mueve el límite, no absoluto, impuesto por la ley al ejercicio de un poder individual [32]. La actividad, que con el acto es permitida, puede ser tanto una acción material, como un acto jurídico. Ejemplos de autorizaciones de la primera clase se tienen especialmente en materia de policía y de sanidad pública. Licencias de portación de armas, autorizaciones para la fabricación y el comercio de armas, licencias de apertura de servicios públicos, autorización para abrir una farmacia, para edificación en la zona de respeto de un cementerio; ejemplos de las segundas son las autorizaciones gubernativas para las adquisiciones de los entes morales y las necesarias para el cumplimiento de algunos negocios por parte de los entes autárquicos. En el primer caso, el acto material cumplido sin la autorización prescripta es ilícito, y por lo tanto punible; en el segundo está viciado y por lo tanto anulable.

d) La autorización importa siempre una apreciación discrecional de la conveniencia del acto, que el sujeto se propone cumplir. Con referencia a los actos jurídicos, el mismo fin puede alcanzarse con la aprobación, que es una apreciación de la conveniencia de un acto ya formado, dirigido a decidir si debe o no ser ejecutado. La aprobación, por esto, no influye en la validez del acto, sino en su eficacia. Tiene amplia aplicación en el campo de los contralores gubernativos en los entes autárquicos. A la par de la autorización, también la aprobación es un acto discrecional y por lo tanto un acto de voluntad. Por esto, no es exacta la opinión que considera la aprobación

[32] RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni*, cit., DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, cit. (especialmente, ns. 6-8); FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, en "Riv. di dir. civ.", v. 1913. Recientemente v. VIGNOCCHI, *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative*, Padova, 1944.

como un mero acto de comprobación de la correspondencia del acto aprobado a determinados criterios de conveniencia y oportunidad. Estos criterios no son extraños al acto del que hablamos. Pero, dado su contenido del todo subjetivo, de una simple verificación no puede hablarse.

En cuanto a las relaciones entre los actos de autorización o de aprobación y los actos a los que se refieren, ya se habló en este parágrafo (n. 1, in fine) y será tratado con más amplitud (§ 3, n. 11).

e) Las *renuncias*. Por lo general, la administración pública no puede renunciar a sus derechos. Pero, en casos particulares, esto es admitido expresamente por la ley, como en materia de tributos, de penas pecuniarias y de sumas que le son debidas a título de resarcimiento. Cuando esto se admite, el acto administrativo, variadamente denominado (exoneración, dispensa, renuncia), tiene el efecto de aliviar al particular deudor de una obligación y forma parte por lo tanto de la categoría de los actos examinados.

Entre las figuras de los actos administrativos que aumentan las facultades de los particulares, se enumeran comúnmente también las *dispensas* [33]. La palabra tiene varios significados, pero parece que en ninguno de éstos sirva para indicar una especie autónoma de actos administrativos. En el significado más común, la dispensa es un acto que exime al particular de una obligación positiva (dispensa del servicio militar, del pago de los tributos). La palabra equivale, en estos casos, a una renuncia de la administración al ejercicio de un derecho. Con un significado distinto, la dispensa indica la substracción de una persona del imperio de una ley general-

[33] Sobre la materia, detalladamente: BODDA, *La dispensa amministrativa*, Torino, 1943. V. también, KORMANN, *System*, p. 87; VITTA, *Dir. amm.* I, ps. 279-303; CIOFFI, *La dispensa nella classificazione degli atti amministrativi*, en "Dir e giur.", XXXI, 1916. No hay que olvidar que en el antiguo derecho canónico la dispensa tenía el carácter de acto legislativo de derogación y de excepción al derecho común; cfr. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917, p. 45 y ss.; DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, en "Annali dell'Università di Perugia", VII-VIII, 1923-19[illegible]

mente prohibitiva (por ej., dispensas de algunos impedimentos matrimoniales). Estas últimas dispensas no difieren substancialmente de las autorizaciones y la distinción entre las dos figuras es solamente formal. En la dispensa, la ley establece como regla una prohibición general y consiente que la autoridad pueda permitir la acción generalmente prohibida cuando concurran circunstancias dignas de consideración. Esta relativa excepcionalidad no basta para hacer de la dispensa una *lex specialis* de derogación a la norma general prohibitiva. Es un acto administrativo permisivo, un acto que autoriza una dada actividad en el caso concreto [34].

5. CONTINUACIÓN: ACTOS PUNITIVOS, ÓRDENES, EXPROPIACIONES. — La segunda categoría de los negocios jurídicos públicos está constituída, como hemos dicho, por aquellos actos de voluntad de la administración que están dirigidos a registrar la esfera jurídica de los sujetos, a los que se refieren. De tal categoría forman parte, en primer lugar, los actos para revocar alguna de las disposiciones que confieren derechos y facultades, de lo que hemos hablado. La revocación del acto de nombramiento, de la concesión y de la autorización producen, evidentemente, una disminución en las facultades y en los derechos de los particulares que habían obtenido uno u otro de tales permisos. Dada la conexión del acto de revocación con la providencia de que es objeto, prescindimos de su consideración [35] y nos limitamos a enumerar los actos de esta categoría que tienen una propia individualidad jurídica.

a) Los *actos punitivos*. La expresión debe entenderse con referencia a las penas que son aplicables por vía administrativa, es decir las diversas sanciones (disciplinarias, fiscales, etc.) que la administración puede infligir por propia autoridad, por inobservancia de deberes hacia la misma. Si estas penas son aplicadas a personas que se encuentran en una rela-

[34] Conforme: ORIGONE, *Provvedimenti regi sottratti ai controlli giurisdizionali*, Roma, 1935, p. 37 y ss. En contra: BODDA, *La dispensa*, cit., p. 49 y ss.

[35] Cfr. además, § 6, n. 3 y ss.

ción especial, como empleo o concesión, consisten por lo general en la privación de algunos derechos subjetivos contenidos en la relación misma, y eventualmente en la resolución total de la misma (destitución del empleado, declaración de caducidad del concesionario); si se refieren a otros sujetos, importan una obligación positiva de pagar y por lo tanto una limitación del patrimonio individual.

b) Los *actos de expropiación*. Entendida en sentido amplio, la expresión comprende, además de la expropiación verdadera y propia, la ocupación temporaria de los bienes, la imposición de servidumbres y de limitaciones, la requisición, etc. Trátase, en otras palabras, de actos que señalan el fin de aquellos numerosos derechos públicos, que hemos dicho están condicionados por el interés general.

c) Las *órdenes*. A diferencia de las disposiciones precedentes que importan la privación de verdaderos derechos subjetivos, las órdenes influyen solamente en su ejercicio. Se distinguen en *mandatos* y *prohibiciones*, según que tengan carácter positivo o negativo. Entre las órdenes positivas entran algunas limitaciones al derecho de propiedad, como la orden de restaurar un edificio, de demoler una casa peligrosa para la seguridad de las personas; análoga función tienen las órdenes positivas en materia tributaria. Las órdenes negativas constituyen el opuesto simétrico de las autorizaciones. Para evitar los daños sociales que podrían derivar del ejercicio plenamente libre de algunas actividades, la ley puede prohibir a éstas en general, reservando a la administración el permitirlas caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias; o bien permitirlas en general, dando a la administración el poder de prohibirlas, cuando lo crea necesario. Tales órdenes negativas son frecuentes en materia de policía y de sanidad: prohibiciones de reuniones públicas, de espectáculos públicos por razones de orden público o de seguridad. Las órdenes son siempre fuentes de obligaciones de los particulares hacia la administración. Tienen carácter de negocios jurídicos, sólo cuando representan el ejercicio de una potestad. No es así, en

cambio, cuando se desenvuelven en una relación jurídica particular, como por ej., las órdenes de servicio.

6. b) MEROS ACTOS ADMINISTRATIVOS. — II. Podemos proceder a la enumeración de los actos administrativos no negociales.

a) Una categoría muy amplia es la que resulta de las manifestaciones de juicios, de apreciaciones, de opiniones. Éstas, a diferencia de los actos precedentemente recordados, son el resultado de un procedimiento lógico, relativo, según los casos, a la aplicación de normas jurídicas, de criterios de conveniencia de administración o de reglas técnicas, como las referentes a la estabilidad de un edificio, la necesidad de una obra de defensa marítima o fluvial, la capacidad o el grado de cultura de una persona. Entre tales manifestaciones recordamos: las *decisiones administrativas*, pronunciadas por la autoridad en cualquier recurso no contencioso; los *juicios*, a continuación de exámenes escolares, de habilitación profesional o de concurso; las *relaciones* que siguen a una serie de comprobaciones, como los requerimientos del funcionamiento de algunos servicios, las inspecciones de oficinas y de institutos; las *opiniones* técnicas y las jurídico-administrativas. De los dictámenes debemos hablar ampliamente en otra parte [36]. Algunos de estos actos son independientes y simples, otros representan momentos particulares de un complejo procedimiento administrativo. También en tal hipótesis tienen carácter de actos jurídicos, siempre que sean impuestos por normas de leyes o de reglamentos. Su omisión puede invalidar, en todo o en parte el resultado final del procedimiento.

b) Quedan por considerar las manifestaciones de conocimiento que tienen en la vida administrativa una aplicación extensísima: desde los *testimonios* y *certificados* a las *registraciones;* desde las *inscripciones* en las listas de reclutamiento y en las listas electorales a las *notificaciones, comunicaciones*

[36] V. además, § 6, n. 3 y ss.

y *publicación* de las decisiones. También el comparendo de una contravención y la contestación de tal comprobación al transgresor entran en esta categoría. Todos estos actos, que sustancialmente corresponden a otras tantas declaraciones de la autoridad de lo que es de su conocimiento en torno a personas, hechos, estados de hecho o a situaciones jurídicas, varían notablemente sea por la forma, sea por el contenido, sea por los efectos jurídicos [37]. Bajo el primer aspecto, puede tratarse de la recepción de declaraciones o de la transcripción de documentos en los registros destinados a ser conservados en las mismas oficinas administrativas, o de la inscripción de los nombres de las personas, que se encuentran en determinadas condiciones, en elencos y en ficheros alfabéticos igualmente conservados por la administración. Todos estos actos corresponden al concepto genérico de *registro*. Puede tratarse, en cambio, de declaraciones escritas, que atestiguan la ciudadanía, el estado de familia, la conducta precedente, el estado de cultura, de sanidad o de enfermedad de una persona, otorgadas a la misma persona o a otras por la administración. Estos actos constituyen los *certificados* en sentido estricto y pueden ser hechos por la administración o en base a lo que resulta de sus registros o a través de comprobaciones directas, cumplidas en ocasión del otorgamiento.

Con respecto al contenido, el acto puede consistir en una verificación pura y simple, o en una verificación *valorativa*, es decir cumplida a continuación de un juicio más o menos complejo. Entre estos últimos están los certificados de buena conducta, los certificados sanitarios, escolares, etc. En estos ejemplos el acto certificativo no hace más que expresar el resultado de un juicio; en otros casos, en cambio, la certificación tiene por objeto una comprobación simple, pero expresa contemporáneamente el resultado de un juicio, por cuanto, sin

[37] VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, en "Giur. ital.", LXXXVI, 1924; GIAQUINTO, *La potestà certificante della pubblica amministrazione*, en "Riv. di dir. pubb.", XXII, 1930; MAURO, *Le certificazioni*, en "Circolo giur.", 1931, p. 117; U. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, cit., ps. 163-401.

éste, aquélla no hubiera podido ser hecha. Así la inscripción de una sociedad o de una invención industrial presuponen el juicio favorable acerca de la presencia de los requisitos prescriptos para que la inscripción pueda ser hecha válidamente.

Muy importantes son también las diferencias relativas a los efectos jurídicos. Generalmente, se considera que las declaraciones de conocimiento tienen un valor exclusivamente declarativo. Ellas se limitarían a hacer conocer a otros los hechos que están en conocimiento de la administración, para constituir de tales hechos otras tantas pruebas públicas, pero no podrían tener ningún efecto innovativo con respecto a las capacidades, a las relaciones, a los derechos, de los que dan fe. Todo esto es exacto sólo con respecto a una parte, aunque sea la más numerosa, de los actos que hablamos. Las varias especies de certificados, los sumarios de contravención, las comunicaciones y las notificaciones, tienen por cierto función puramente declarativa y probatoria. Hay, empero, otros actos, en los cuales la verificación y la consiguiente declaración tienen valor constitutivo de determinadas capacidades, de determinadas relaciones y situaciones jurídicas. Tales actos entran especialmente en las inscripciones. Las sociedades comerciales no están legalmente constituídas, sino a continuación de la inscripción. La hipoteca no tiene existencia jurídica, sino por la inscripción en los registros especiales destinados a la publicidad de los derechos reales. El derecho exclusivo a las obras intelectuales y a las invenciones industriales surge sólo con el registro de la obra o del invento en la oficina especial de la propiedad intelectual. El derecho atribuye a tales actos la función de constituir la relación jurídica, por medio de la comprobación de las condiciones sustanciales, que el mismo establece. Sin tal comprobación pública, dichas condiciones, aunque completas y regulares, no tienen ninguna importancia con respecto a la capacidad o a la relación a constituir. El ejemplo tal vez más significativo es el del acto de celebración del matrimonio civil: el solo consentimiento de las partes no tiene jurídicamente ningún valor sin la intervención del oficial del estado civil, a cuyo pronunciamiento debe reconocerse valor constitutivo, aunque dirigido solamente a certificar la ausencia de impedimentos y el sucedido cambio de consentimientos. Otros ejemplos, en fin, hemos ya visto en los actos de reconocimiento de algunos derechos fundados en el inmemorable y en las formas de admisión que no tienen carácter discrecional [88].

También los actos de verificación con valor simplemente declarativo no tienen todos la misma eficacia jurídica. Los más importantes sirven para constituir la prueba del hecho o de la relación, prueba que no puede ser suministrada de otra manera, sino por medio de un procedimiento jurisdiccional (la inscripción de los nacimientos, la inscripción en las listas electorales). La eficacia probatoria de los actos meramente declarativos varía según los casos. A veces dan fe hasta la querella de falsedad; la mayoría de las veces, solamente hasta la prueba en contrario. Otros actos, como las notificaciones y las publicaciones, tienen la función de hacer conocer precedentes disposiciones a las personas a las que se refieren o a la generalidad, con efectos varios, distintos de los ahora dichos: como la iniciación de la eficacia de la medida, el transcurso del término por su impugnación.

7. D) DISTINCIÓN BASADA EN LA EFICACIA: ACTOS INTERNOS Y EXTERNOS, GENERALES Y PARTICULARES. — Teniendo en cuenta las personas hacia las que los actos administrativos desenvuelven su eficacia y el número de tales personas, se distinguen en actos internos y externos, particulares y generales.

[88] Sobre la figura de los actos de verificación como función constitutiva. cfr., nuestro estudio *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, en "Riv. di dir. pubbl.", X, 1918 (especialmente el n. 12 y ss.). Conformes: VITTA, *Gli atti certificativi*, n. 9 y ss.; *Dir. amm.*, I, p. 329 y ss.; y solamente en parte, DE FRANCESCO, *Le ammissioni*, ps. 62-65. También FORTI, II, p. 120 y ss., ha tratado el tema, sin pronunciarse aún sobre el particular. Recientemente, en sentido conforme a nuestra tesis: ZOTTA, *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1940, I, p. 135. En contra, FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, ps. 414-434.

a) Actos *internos* son aquellos que órganos de la administración dirigen a otros órganos de la misma y que agotan en la organización toda su eficacia. Los actos *externos* son los que se dirigen a los ciudadanos y los que, aun desarrollándose entre órganos, tienen influencia jurídica en actos referentes a los ciudadanos [39]. Conviene advertir que no todos los actos que a veces se designan como internos pertenecen a esta categoría. Actos internos no son, por ejemplo, las medidas disciplinarias, porque no se agotan en la organización administrativa, sino que invaden la esfera jurídica de un sujeto distinto, como es el titular del cargo público, al que están dirigidas. Actos internos no son tampoco los actos consultivos, en los casos en los que tienen carácter de dictámenes obligatorios. Sólo cuando la autoridad activa pregunta una opinión libremente, tiene carácter puramente interno. Tal carácter tienen siempre las órdenes de servicio, sean individuales o generales. Tales actos, en los ordenamientos internos en los que inmediatamente se desenvuelven, tienen ciertamente valor de actos administrativos, no raras veces de actos administrativos con carácter de negocios (por ej., autorizaciones, órdenes, prohibiciones). También con respecto al ordenamiento general del Estado, no pueden llamarse jurídicamente insignificantes, sea porque el poder de emitirlos está disciplinado y limitado por el derecho, sea porque de su observancia o inobservancia por parte de los órganos a los que están dirigidos pueden derivar, para los respectivos titulares, responsabilidad disciplinaria y en algunos casos también civil y penal. Se puede decir que los actos internos, aun pudiendo asumir en el ordenamiento particular del que forman parte todas las formas comunes de los actos administrativos, en el ordenamiento jurídico general actúan siempre y exclusivamente como meros actos administrativos.

b) Una distinción que se adapta tanto a los actos internos como a los externos es aquella entre actos *particulares* y

[39] FORTI, vol. II, p. 71. V. también SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913, p. 78.

generales. Por lo general los actos administrativos son particulares; es decir, relativos a una sola persona, a un solo caso, o a un número determinado de personas y de casos. Hay, empero, también actos administrativos que se dirigen a una generalidad de casos y personas. Admitiendo esta figura, no entendemos referirnos a los reglamentos y en general a las normas jurídicas de competencia de los órganos administrativos (cfr. n. 21 del § 1 de este capítulo). Los actos administrativos generales son, por una parte, las instrucciones y otras normas internas que, aun teniendo la abstracción de la norma jurídica, no se consideran como tales, sino sólo en cuanto productivas de alguna consecuencia indirecta fuera de las organizaciones particulares, en las que se emiten. Por otra parte, comprendemos en esta categoría los actos que pueden llamarse generales, pero no abstractos, porque son reducibles a una cantidad aunque numerosa, de actos particulares. Tal la orden de dispersión dirigida a una multitud, que se resuelve en tantas órdenes particulares dirigidas a todos aquellos que en aquel momento la integran, el retiro de la licencia de portación de armas mediante manifiestos públicos, que es ciertamente una orden administrativa dirigida a las personas en posesión de la licencia en aquel determinado momento.

De otras distinciones, que se hacen solamente para fines particulares, como aquellas entre actos ejecutivos y discrecionales, definitivos y no definitivos, ha sido dicho o será dicho en otras partes de la obra [40].

§ 3. *EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*

1. LA NOCIÓN DE PERFECCIÓN, EFICACIA Y VALIDEZ. — Al proceder al examen de las normas y de los principios relativos a los actos administrativos, es necesario anteponer los conceptos, comunes a los actos jurídicos en general, de la *perfección*, la *eficacia* y la *validez*.

[40] De los actos discrecionales, v. *infra*, cap. I, § 2, n. 4; de los actos definitivos se tratará en el vol. II, cap. II, § 3.

a) Llámase perfecto al acto que está completamente formado, en cuanto ha agotado el procedimiento necesario para su existencia jurídica. El acto que no es perfecto puede ser perfeccionado con el cumplimiento de aquellas operaciones, que faltan para su perfección. Así, la formación del sumario necesario para recoger la deliberación de un órgano colegiado, el completamiento de las firmas en el acto complejo o colectivo, con el fin de demostrar la participación de las varias voluntades que han contribuído a su formación. Como veremos, empero, hay operaciones en el procedimiento que, si no cumplidas en el momento prescripto, no pueden ser realizadas más tarde y por lo tanto el acto está destinado a quedar imperfecto (v. en este capítulo, § 6, n. 7).

b) El acto perfecto puede ser también eficaz. Esto ocurre cuando ningún obstáculo se opone al despliegue de sus efectos y por lo tanto a su ejecución. Acto eficaz es lo mismo que acto que se puede realizar. Puede ocurrir que el acto, aunque perfectamente formado, no pueda ser sin más realizado, es decir que no sea eficaz. Esto ocurre, cuando por ley o por voluntad del agente, la eficacia del acto está sometida a una condición suspensiva o a un término. La ineficacia no deriva, por lo tanto, de la falta de perfección o de validez. Un acto puede ser perfecto, plenamente regular, y sin embargo ineficaz, por cuanto un término o una condición tienen en suspenso los efectos.

c) La invalidez es siempre producida por un vicio de substancia o de forma, referente sea a los presupuestos del acto, sea al procedimiento, sea al contenido o a la expresión de la voluntad. Tal vicio no puede, generalmente, ser eliminado después del perfeccionamiento del acto. La invalidez, sin embargo, no siempre alcanza a excluir la eficacia, debiéndose, con tal propósito, distinguir la *nulidad* de la *invalidez* en sentido estricto. La nulidad consiste en la falta de un elemento esencial y en la consiguiente inexistencia jurídica del acto. La invalidez en sentido estricto deriva de un vicio que hace irregular al acto, por otra parte sin excluir su carácter

de acto administrativo. A causa de tal vicio, el acto puede ser anulado con una sucesiva disposición administrativa o jurisdiccional. Pero si esto no ocurre, el acto sigue desenvolviendo sus efectos, comportándose, para la eficacia, como el plenamente válido.

Nos proponemos examinar sucesivamente las condiciones de perfección, de eficacia y de validez del acto administrativo.

2. PROCEDIMIENTO EN LA FORMACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. — El acto administrativo, a semejanza del acto jurisdiccional, se perfecciona a través de una serie de operaciones, que constituyen el procedimiento administrativo. Tal procedimiento difiere del judicial, no sólo por la diferente naturaleza de los actos que lo componen y del final que lo corona, sino también por la gran variedad de extensión y elementos, correspondiente a la variedad de contenido y de estructura de los actos administrativos y en contraste con la relativa uniformidad del procedimiento jurisdiciconal. El procedimiento administrativo ha tenido por la doctrina una consideración muy inferior a la importancia de la materia [41]. La razón de la prevaleciente indiferencia hay tal vez que buscarla en la opinión de que los varios momentos de formación de los actos administrativos tengan carácter puramente interno y sean por lo tanto de interés omisible para el jurista. Tal opinión no parece exacta. Muchas de las operaciones de las que se compone el procedimiento están prescriptas por leyes formales o materiales y, en consecuencia, tienen importancia

[41] Si excluimos las páginas de DE VALLES, *La validità*, ps. 145-250 y la monografía sistemática de SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, la doctrina no presenta sobre el tema más que referencias fugaces: FORTI, *Dir. amm.*, vol. II, p. 134 y ss.; RANELLETTI, *Le guarentigie*, p. 117 y ss. Cfr. también las consideraciones de FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, en "Riv. di dir. pubbl.", XXII, 1930, p. 349; y en los *Studi in onore di O. Ranelletti*, vol. II, p. 447; MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, en "Foro ital.", LVIII, 1933, III, p. 375. En la doctrina austríaca, v.: TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativerfahrens*, Viena, 1896; MERKL, *Verwaltungsrecht*, cit., ps. 213-225; y *ex professo*, HERRNRITT, *Das Verwaltungsverfahren*, Viena, 1932.

jurídica externa. Su omisión constituye violación de la ley, que afecta la validez del acto administrativo. De aquí la razón de la consideración que nosotros creemos deber dedicar al tema. Encontramos, en cambio, justa la opinión que limita esta consideración solamente a los actos negociales. Los meros actos administrativos carecen generalmente de un verdadero procedimiento y son no raramente ellos mismos partes o momentos del procedimiento de formación de un negocio.

Por tales razones, el examen que sigue será conducido con directa referencia a los negocios de derecho público, sin con esto excluir, que algunos principios (p. ej., aquellos de la competencia del órgano y otros presupuestos para la formación) sean aplicables también a otras categorías de actos.

3. SUS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS. — Con respecto a cualquier especie de procedimiento, se deben considerar los presupuestos que son jurídicamente necesarios para la regularidad de su iniciación y para la validez del acto final, al que se dirige [42].

a) Presupuestos subjetivos son, según la doctrina común, los relativos a la administración pública (capacidad del ente por el cual el acto es emitido, competencia del órgano y calidad del órgano en la persona física por la que prácticamente el acto es cumplido) y los relativos al particular o a los particulares a los que el acto se refiere. Pero los primeros son, según nuestro parecer, de importancia tan decisiva para la existencia misma del acto administrativo, que consideramos deber encararlos como elementos, más que presupuestos, del mismo, así como en el derecho privado la capacidad de las partes es considerada uno de los elementos del contrato. Por lo tanto, a dichos elementos nos hemos referido en el § 1, n. 3 de este capítulo. Simples presupuestos son, en cambio, los relativos a los particulares a quienes se refiere el acto administrativo. Varían según las diversas especies de actos. El más general es la capacidad que se refiere a la relación que el acto administrativo sirve para constituir (cap. II, § 3, n. 2 y ss.). Otros, más específicos, son los requisitos prescriptos por la ley, distintos de la capacidad, para que la relación sea posible: un determinado título de estudio, para la admisión de los empleados públicos; las aptitudes técnicas con respecto a determinadas actividades para las concesiones de servicios públicos, las autorizaciones de policía o de sanidad, etc.

b) Los presupuestos objetivos pueden consistir en precedentes hechos jurídicos y en condiciones de hecho puramente materiales. Están entre los primeros la autorización que eventualmente sea necesaria al órgano antes de proceder a la emanación del acto. La definición adoptada en otros tiempos, de la autorización preventiva como de un acto integrativo de la capacidad incluiría al mismo entre los presupuestos subjetivos. Pero ya la opinión prevaleciente excluye toda relación entre la autorización y la capacidad del sujeto, considerando al primero como una condición impuesta por el derecho para el ejercicio válido de un poder [43]. Análogas condiciones pueden ser el pedido de la disposición por parte de una autoridad distinta, o bien la instancia de un particular dirigida a obtener su emisión. Esta última debe siempre preceder las admisiones, las autorizaciones, la otorgación de certificados, etc. Tales presupuestos jurídicos no son generales a todas las disposiciones, sino particulares a algunas de ellas. Son en cambio generales los presupuestos meramente de hecho, aunque se presenten diversamente según la categoría a que el acto pertenece. Para el nombramiento de un empleado, tales condiciones están constituídas por la vacante del puesto y por la necesidad de su funcionamiento. Para la autorización de policía, están dadas por la ausencia de cualquier peligro de daño, que puede derivar del desenvolvimiento de la actividad de que se trata. Para la concesión de un servicio público, por la probada conveniencia de su gestión privada y por la pose-

[42] DE VALLES, op. cit., p. 151 y ss.; C. FRAGOLA, *La dottrina della pre supposizione nel diritto amministrativo*, en "Riv. di dir. pubbl.", IV, 1912, p. 20; FORTI, vol. II, ps. 139-190; SANDULLI, *Il procedimento*, cit. p. 45 y ss.

[43] Cfr. lo dicho en el parágrafo precedente, n. 4.

sión de medios técnicos y económicos por parte del concesionario; en el castigo disciplinario el presupuesto está constituído por la conducta irregular del empleado, que lo hace merecedor de la pena. Una distinción importantísima de todos estos presupuestos, es aquella entre elementos que son jurídicamente necesarios para la existencia del acto, y sin los cuales éste se halla viciado de ilegitimidad, y elementos que influyen solamente en su oportunidad y en la determinación del poder discrecional de la autoridad.

4. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS. — El procedimiento de formación del acto administrativo consta de tres momentos principales: la certificación y la valoración de los presupuestos, la determinación de la voluntad y su declaración externa. Según un significado más amplio, en el que a veces la expresión se entiende, comprendería también algunos momentos anteriores, como el requerimiento de la autoridad superior, la demanda del interesado y la respectiva documentación, y se prolongaría después de la perfección del acto, hasta comprender las aprobaciones y las comunicaciones, eventualmente prescriptas por su eficacia. Nosotros consideramos más conforme a los principios, limitar el procedimiento a los elementos antedichos, estrictamente relativos a la formación del acto administrativo [44].

A) Mientras en el derecho privado, por regla general, es sin importancia el proceso psicológico, a través del cual la voluntad se determina, en el derecho administrativo resulta disciplinado por reglas detalladas y complejas. Teniendo en cuenta que toda determinación de voluntad es el resultado de los motivos que desde el mundo exterior actúan en ella, y que tales motivos resultan del conocimiento y de la valoración de aquellos hechos y situaciones que están en relación con la determinación de la que se trata, aparece evidente cómo

[44] El sistema de ampliar el concepto de procedimiento en el sentido ya dicho, es seguido en la citada monografía de SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, p. 78 y ss.; 121 y ss.; 260 y ss.

una primera parte del procedimiento debe estar dirigida a la verificación y a la valoración de los presupuestos naturales del acto administrativo.

a) En cuanto a la verificación, raramente es tan simple que pueda ser cumplida por la misma autoridad que debe realizar el acto administrativo. Esto es, sin embargo, posible para los presupuestos de carácter jurídico (por ej. la solicitud del acto) y para aquellos que, aun consistiendo en situaciones materiales de hecho, resultan ya comprobados por medio de documentos y certificados que el mismo solicitante debe suministrar a la autoridad. En fin, con las solicitudes de los interesados, la autoridad debe tener en cuenta también las oposiciones y deducciones de los interesados, en los casos en que éstas son admitidas (por ej. en el procedimiento de expropiación). Debiéndose proceder, en cambio, a comprobaciones técnicas complejas, las operaciones relativas están por lo general confiadas a órganos técnicos, instituídos en las varias autoridades administrativas. La dirección general de antigüedades y bellas artes en el Ministerio de Instrucción Pública, el médico provincial en la prefectura, el oficial sanitario en la comuna, y así sucesivamente.

En muchos casos, la ley prescribe también confiar la verificación a comisiones especiales, instituídas exclusivamente a este fin. Así las comisiones para los procedimientos disciplinarios en los varios ministerios, la comisión para los certificados de idoneidad a los conductores de automotores y para la asignación de las farmacias, en las prefecturas. Tratándose de comprobaciones relativas a la capacidad intelectual, a la cultura, a la idoneidad profesional, los órganos de verificación son nombrados caso por caso, y por breves períodos de tiempo: comisiones de examen del Estado, de habilitación para las diversas profesiones, para la docencia libre. El mismo sistema está por lo general prescripto para la comprobación comparativa de las cualidades de los concurrentes a los empleos públicos.

La obra de tales órganos puede agotarse en la simple

vista o inspección de los lugares y de las cosas; o bien puede extenderse a una observación continuada, a una encuesta, a una instrucción. El uso de estos medios de verificación puede ser puramente facultativo, o determinado solamente por reglas internas o de la práctica administrativa. Casi siempre, empero, tal uso es establecido en modo obligatorio por normas legislativas o reglamentarias, en tal caso la omisión o la substitución con otros medios vicia el procedimento y por lo tanto el acto administrativo.

5 DICTÁMENES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS. — *b*) La valoración de los elementos así comprobados puede ser cumplida por los mismos órganos técnicos, concretándose en un único acto, del que resulten los hechos comprobados y la disposición que lógicamente se demuestra necesaria o conveniente. Con respecto a tal juicio, la autoridad activa conserva acostumbradamente plena libertad de decisión. En algunos casos, empero, está parcial o íntegramente vinculada (como así para los juicios de las comisiones de los concursos públicos, para aquellos de las comisiones y de los consejos de disciplina, etc.). En muchos procedimientos, además, mientras la verificación es de competencia de una determinada oficina, la valoración y el juicio de mérito sobre la medida a tomar corresponden a un órgano distinto, por lo general a un órgano colegiado.

Para estos órganos, llamados consultivos, los dictámenes son siempre obligatorios, con respecto a las autoridades activas. Los dictámenes deben ser distinguidos en *facultativos, obligatorios* y *vinculantes* [45].

1) Los dictámenes facultativos constituyen la regla. Los ministros tienen siempre facultad, para cualquier disposición, de pedir la opinión de los cuerpos consultivos competentes. De la oportunidad de servirse de tal poder ellos juzgan sin

[45] Sobre la función consultiva, cf.: CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, 1942; FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, 1044; GASPARRI, *L'amministrazione consultiva*, Pisa, 1942.

censura, ni de la opinión obtenida deben dar noticia alguna en la disposición.

2) Numerosas disposiciones legales imponen, para determinados actos, el previo parecer de uno o más órganos consultivos. En estos casos, el requerimiento y la consideración de la opinión son elementos necesarios del procedimiento de formación del acto administrativo. Su omisión constituye vicio de legitimidad en base al cual el procedimiento puede ser anulado, sea de oficio, sea a continuación de recurso. La ley que impone la obligación de una determinada opinión prescribe, por lo general, que de su observación se dé constancia en la disposición, con la fórmula "oída la opinión del Consejo de Estado" o de otro órgano del que se trate.

3) Sobre las diferencias señaladas, las opiniones facultativas y las obligatorias tienen, con respecto a las autoridades a las que están dirigidas, la misma eficacia. No determinan la obligación de adoptar sus conclusiones como contenido de las disposiciones a emitir, sino solamente suministran elementos de conocimiento, con valor principalmente lógico y moral, en base a los cuales dichas autoridades pueden decidir con mayor conocimiento y convicción. Sólo en forma totalmente excepcional, la ley impone a veces a la autoridad de conformarse al parecer del cuerpo consultivo, parecer que en tal caso llámase vinculante. La autoridad puede, donde no obsten razones de otra naturaleza, abstenerse de adoptar la disposición. Pero, si quiere proveer, no lo puede hacer sino con el contenido indicado en el acto de la autoridad consultiva. Tal eficacia excepcional de la opinión, no sirve para transformar a ésta en un acto de voluntad, ni la disposición en la que es adoptada en un acto administrativo complejo. El acto del órgano consultivo tiene siempre el valor de un juicio, también si por ley la administración por su causa, esté obligada a un conforme comportamiento. Algunos autores, aún excluyendo la figura del acto complejo, afirman que la opinión vinculante es una forma de autorización o en general un medio de contralor, que el órgano consultivo ejercería en la autoridad

activa deliberante. Esta opinión es contraria a la naturaleza de las relaciones entre dos órdenes de autoridades. Si no hay una razón suficiente, no es lícito atribuir a la palabra parecer un significado distinto del común, ni al órgano consultivo una función distinta de la que le es propia.

A veces se puede tener pareceres sólo parcialmente vinculantes: sea en cuanto la administración pueda alejarse de ellos, con tal que observe un determinado procedimiento, sea en cuanto con el procedimiento ordinario pueda adoptar una decisión que difiera del parecer sólo en modo determinado. De la primera regla tenemos ejemplos en los decretos del jefe de Estado, para los cuales está prescripto el previo parecer del Consejo de Estado en reunión general; no pueden estar disconformes con el parecer sino a continuación de deliberación del Consejo de Ministros. Ejemplos de la segunda situación se tienen en materia disciplinaria: el Ministro, con la opinión del consejo de disciplina, no puede infligir una pena más grave de la propuesta, pero puede adoptar un castigo más leve.

Queriendo definir la naturaleza jurídica de las opiniones se puede decir que son una figura de actos administrativos en sentido estricto. Sabemos, en efecto, que éstos comprenden, además de las declaraciones de conocimiento, las expresiones de juicios, de apreciaciones y de valoraciones. No sería exacto considerar a las opiniones como actos puramente internos. Si se extinguen las opiniones facultativas, que tienen en la formación de la medida una influencia puramente de hecho, sin consecuencias jurídicas, todas las otras opiniones tienen un valor jurídico externo, porque su formación y consideración, y a veces también la conformación de la disposición a su contenido, son condiciones de validez del acto administrativo. En consecuencia, debe considerarse que también los eventuales vicios de los que la opinión puede estar afectada (incompetencia o irregular constitución del colegio, irregular convocación, falta de número legal, etc.), influyen en la validez

de la disposición administrativa y pueden ser denunciados como motivos de su anulación.

6. LA DETERMINACIÓN CONCRETA DE LA VOLUNTAD: REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN CIERTAS PROVIDENCIAS. — B) La segunda fase del procedimiento es la determinación concreta de la voluntad, en base a los motivos producidos en el agente por el conocimiento de los presupuestos y de su valoración técnica y administrativa. Tratándose de actos simples y de autoridades individuales, tal determinación está sujeta solamente a las leyes psicológicas que rigen cualquier actividad volitiva de las personas físicas. Este procedimiento interno escapa a la disciplina del derecho, aunque indirectamente, por lo menos en nuestro campo, esté también jurídicamente vinculado, en cuanto el derecho exige un determinado nexo lógico entre los presupuestos y la resolución de la voluntad (Cfr. además, § 5, n. 6). El procedimiento está, en cambio, establecido también exteriormente con respecto a los actos de los órganos colegiados y a los actos complejos.

a) Los colegios administrativos no pueden reunirse para deliberar, si no están convocados por el respectivo presidente con aviso escrito comunicado a todos los componentes un cierto tiempo antes del día fijado para la reunión (por lo general, tres días, salvo caso de urgencia). El aviso debe contener la orden del día, o sea el elenco de los asuntos a tratar. Para la validez de las reuniones se requiere un determinado número legal, constituído, según los casos, por la mitad o por la mitad más uno de los componentes. Las sesiones no son públicas; en ellas el presidente, o quien hace sus veces, está investido de poderes discrecionales para asegurar la observancia de la ley y mantener el orden y la regularidad de las discusiones y de las deliberaciones. Estas últimas se toman por medio de votaciones, que pueden ser públicas o secretas. Deben ser de escrutinio secreto todas las deliberaciones concernientes a personas. Los miembros del colegio deben abstenerse de tomar parte en las deliberaciones

se refieren a los propios intereses o de sus parientes hasta el cuarto grado, salvo reglas particulares más o menos rigurosas. Las deliberaciones se toman por mayoría absoluta de votos, salvo los casos excepcionales en los que se prescribe una mayoría calificada. De todas las operaciones debe ser redactado un sumario por el secretario. Todo miembro del colegio tiene derecho a que en el sumario se haga constar su voto y los motivos que lo han determinado. Estas reglas, dictadas en modo expreso por los órganos colegiados de las administraciones locales (T. O. 3 de marzo de 1934, arts. 275-284), corresponden a principios generales, válidos para cualquier colegio, comprendidos además de aquellos deliberativos de los que hablamos, también los consultivos y de contralor.

b) Con respecto a los actos complejos, se deben considerar distintos los de complejidad igual de los de complejidad desigual. Para los primeros, carece completamente de importancia el orden en que las voluntades se suceden al determinarse; el acto se concreta en un único texto, firmado por los varios participantes, sin que sea necesario seguir un orden, de cualquier modo que sea, relacionado con el cronológico de las respectivas decisiones. En los actos desiguales, la iniciativa corresponde en modo obligatorio al órgano menos elevado y se manifiesta en forma de propuesta, a continuación de la cual la autoridad a la que es dirigida toma o no la conforme deliberación. En casos determinados, la propuesta del órgano inferior debe ser provocada por una invitación de la autoridad superior. Estas diversas reglas procesales son, en todo caso, obligatorias.

7. LA MANIFESTACIÓN: DECLARACIONES FORMALES. — C) Queda por considerar la manifestación externa, o sea la declaración de voluntad [46]. Debe ser considerada distinta de

[46] MEUCCI, *Istituzioni*, p. 597 y ss.; DE VALLES, *La validità*, p. 223 y ss.; INGROSSO, *Le forme nel diritto amministrativo*, en "Giur. ital.", LX, 1908, IV, p. 355; FERRERO, *La forma scritta degli atti amministrativi*, Perugia, 1934;

la comunicación, la cual está dirigida a hacer conocer a otros la voluntad ya manifestada en la declaración. Con esta última, el acto tiene plena existencia, aunque quede por largo tiempo secreto o simplemente desconocido; el conocimiento por parte de otros puede ser necesario para la eficacia del acto, no para su perfección.

Los varios medios de declaración de la voluntad se distinguen, como ya se dijo, en formales y no formales. El medio formal está prescripto por la ley y por lo tanto es insustituible; no formal es en cambio cualquier medio idóneo para expresar la voluntad y elegido libremente por el agente.

Para los actos administrativos sirve por lo general el sistema de la declaración formal y la forma prescripta es, casi sin excepción, la escritura. La ley puede limitarse a prescribir el uso en general de este medio, o bien puede establecer especiales formas de escritura, indicando las partes que el acto escrito debe contener. Mientras para estos detalles la prescripción no puede ser sino expresa, para la obligación genérica de la escritura puede resultar también implícitamente; de la naturaleza del acto (por. ej. un certificado) o de la prescripción que presupone su forma escrita (la aprobación de autoridades superiores, la notificación o publicación; la inserción o transcripción en registros particulares).

Los actos administrativos del jefe de Estado deben tener la denominación y la forma del decreto [47]. Tal forma es común también a los actos de los ministros, de los prefectos y en general de las autoridades individuales [48]. Los actos de las autoridades colegiadas reciben el nombre de deliberaciones

LUCIFREDI, *Alcuni rilievi sulla distinzione fra forma e contenuto degli atti, con particolare riguardo agli atti amm.*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1938, p. 565; HAURIOU y BEZIN, *La declaration de volontè dans le droit administratif français*, en "Rev. de dr. civ.", p. 549.

[47] La actual Constitución no lo dice, pero surge de la práctica constante y de todas las disposiciones legales que tratan actos de competencia del jefe del Estado, sean las mismas anteriores o posteriores al nuevo ordenamiento.

[48] Para los actos de los prefectos, v. el art. 2º de la ley sobre conflictos de atribución, los arts. 7, 19, 48 y 72 de la ley de expropiaciones, y los arts. 214 y 215 de la ley de seguridad pública.

y se concretan en las actas, donde son reunidos por los respectivos secretarios.

Otras formas y denominaciones de los actos administrativos son determinados por su contenido. Así las ordenanzas, las licencias, los certificados. Formas más particulares son requeridas y a veces descriptas por cada texto de ley o de reglamento. Estos últimos indican no raras veces con precisos formularios, o modelos, las formas exteriores de algunos actos y la disposición gráfica de sus varias partes.

Prescindiendo de estos particulares, los actos que contienen declaraciones de voluntad, particularmente los decretos, las decisiones y las ordenanzas, constan de algunas partes esenciales, cuya omisión vicia por lo general el procedimiento. Estas partes son: el encabezamiento, el preámbulo, los considerandos, la parte dispositiva, y las firmas [49].

1) El *encabezamiento* debe indicar la autoridad de la que el acto emane. Tal indicación debe estar hecha en modo impersonal. El Presidente de la República, el Ministro del interior, el prefecto de la Provincia de Roma.

2) El *preámbulo* contiene la cita de las normas legales o reglamentarias, en base a las cuales el procedimiento es dictado; las pruebas relativas a los actos que deben preceder a la disposición y a la observancia de las formas procesales obligatorias, sobre todo de las comprobaciones técnicas y de las opiniones (vista la instancia dirigida a conseguir la concesión etc., vista la relación de la Oficina provincial del cuerpo de ingenieros civiles, etc., oída la opinión del Consejo Superior de trabajos públicos). La omisión de estas anotaciones constituye una irregularidad formal de la providencia. Sin embargo no siempre esa irregularidad llega a afectar su validez. La jurisprudencia ha tenido ocasión de negar esta consecuencia cuando la omisión se refiere a una autorización

[49] El preámbulo y los considerandos, a nuestro entender, forman parte de los elementos formales. Algunos los consideran de orden sustancial y otros los califican elementos en sí, distintos por la sustancia y por la forma. Cfr. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, cit., p. 20 y ss.

precedente o a un dictamen previo obligatorio [50]. Pero mientras podemos admitir esto con respecto a los recaudos no prescriptos por la ley, creemos que no puede decirse lo mismo con relación a los dictámenes obligatorios. En este caso la ley establece que la providencia de la administración activa certificará en el preámbulo la existencia del dictamen [51]. No es razonable admitir que dichas prescripciones tengan carácter excepcional, sino que entendemos que se trata de la expresión de un principio general que siempre exige a la administración el cumplimiento de todos los recaudos del acto, dando mayor garantía con la observancia del dictamen obligatorio [52]. Si el acto debe ser dictado a propuesta de otra autoridad, como todos los decretos del jefe de Estado, o bien con el consentimiento de otro órgano o de acuerdo con este último, como en el caso de los actos complejos iguales, se debe certificar la intervención de la proposición o del acuerdo. La verdad de tales certificaciones puede ser objeto de contralor por parte de las autoridades jurisdiccionales, a igual de todo otro elemento del acto administrativo. De esto se dudó un tiempo, con respecto a los decretos reales, a causa del principio de la irresponsabilidad regia [53]. La duda, empero, era injustificada, porque, si la irresponsabilidad no impedía la censura a las otras partes del decreto, no se comprende cómo habría podido impedirlo con respecto a tales certificaciones.

3) Los *considerandos* contienen la exposición de las consideraciones de orden jurídico, técnico y administrativo, que

[50] Para la autorización, Sez. V, 4 julio 1939 ("Foro amm.", 1939, I, 2, 298); para el parecer, Sez. V, 14 julio 1933 ("Foro ital.", 1933, III, 325); 13 julio 1945 ("Foro amm.", 1945, I, 2, 29).

[51] Para el parecer del Consejo de Estado (T. O. 26 junio 1924, n. 1054, art. 15); para el de los consejos de prefectura (T. O. 3 marzo 1934, n. 383, art. 24).

[52] Conforme la nota de FRANCHINI, *Sull'obbligo della menzione del parere obbligatorio*, en "Giur. completa della Corte Suprema di Cassaz", XVIII, 1946, p. 396.

[53] MORTARA, *Commentario*, vol., p. 159; FERRACCIU, *L'efficacia probatoria delle attestazioni contenute nei decreti reali*, en "Annali dell'Università di Perugia", 1903; íd., *Note critiche a proposito del sindacato giurisdizionale sulle attestazioni contenute nèi preamboli dei decreti reali*, íd., 1904.

justifican la emanación de la disposición y en base a las cuales la voluntad de la administración está determinada. Ellas no constituyen un elemento obligatorio de todos los actos administrativos, aunque a veces se haya considerado lo contrario, en base al art. 3 de la ley 20 marzo 1865. Esta disposición no tiene carácter general, sino que se refiere solamente a las disposiciones surgidas a continuación de un juicio contradictorio entre la administración y los intereses privados. Otras disposiciones establecen la misma obligación para los actos relativos a determinadas materias. Así, en materia de expropiación, en materia disciplinaria y en alguna otra [54]. En otros casos se prescribe la simple motivación genérica [55], en otros todavía la ley prohibe expresamente que el acto sea motivado [56]. Para la gran mayoría de actos, empero, nada se dispone acerca de los considerandos. La jurisprudencia que prevalece excluye la existencia de una obligación general de motivación o sostiene que ésta es necesaria sólo cuando es prescripta por la ley o resulta conforme a la naturaleza del acto [57]. La doctrina está en cambio dividida y, en sus más recientes afirmaciones, se demuestra propensa a admitir la necesidad en general, salvo posibles excepciones debidas a la naturaleza del acto [58]. Parece que no es posible formular un principio

[54] Art. 19, ley 25 junio 1865, de expropiaciones; R. D. 30 diciembre 1923, sobre el estado jurídico de los empleados del Estado, arts. 51, 60 y 80; T. O. 3 marzo 1934, de la ley comunal y provincial, arts. 229 y 233.

[55] Así para la providencia de renuncia de los empleados de los entes locales, al terminar el período de prueba, ley comunal, art. 224; ley sanitaria, art. 71.

[56] Para las providencias ministeriales que excluyen a determinadas personas del concurso para empleos públicos: R. D. 30 diciembre 1923, cit., art. 1, última parte.

[57] Cons. de Estado, Sez. V, 14 julio 1939 ("Foro amm.", 1939, I, 2, 298); Sez. IV 18 y 19 febrero 1941 (íd. 1941, I, 1, 116 y 125); 5 marzo 1941 (íd. 1941, I, 1, 160); 13 octubre 1942 (íd., 1943, I, 1, 3); 8 noviembre 1944 ("Nuova rassegna", 1945, p. 45); 11 abril 1945 ("Giur. Corte Suprema", XVII, 1946, p. 403); 30 octubre 1947 ("Foro ital.", 1947, III, 217); Sez. V, 28 marzo 1947 ("Foro amm.", 1947, I, 2, 125); 22 diciembre 1948 (íd. 1949, I, 2, 214); Sez. IV, 4 febrero 1949 (íd. 1949, I, 1, 222).

[58] CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, en "Giur. ital.", 1908, II, p. 258; RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi*, cit., p. 99 y ss.; LA TORRE, *Sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, en "Foro amm.", 1930, IV, p. 44; JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933, p. 194 y ss.; MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza di motivazione negli atti amministrativi*, en "Giur. ital.", 1943, II, 2; ROEHRSSEN, *Brevi osservazioni sulla motivazione degli atti amministrativi*, en "Foro amm.", 1943, I, 1, p. 23; MIELE, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, en "Foro amm.", 1941, I, 1, p. 125; íd. *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, en "Giur. Corte Suprema", XVII, 1946, p. 415.

general, sino que la cuestión debe decidirse caso por caso, en base a la analogía y a la naturaleza de cada procedimiento. Así, para el primer título, deben ser motivados los actos, con los que se deciden recursos de cualquier género, se rechazan instancias, se resuelven relaciones o se imponen sacrificios a los intereses de los particulares. En base a la naturaleza del procedimento, se afirma que mientras la obligación de la motivación es rigurosa para los actos vinculados, se atenía a una motivación sólo genérica para los actos discrecionales, hasta desaparecer enteramente para aquellos en que es máxima esa discrecionalidad. Aun adhiriendo a esta solución, consideramos que en las aplicaciones el principio de la obligatoriedad debe ser entendido más bien extensivamente, sobre todo porque la expresión de los motivos sirve de base al contralor de exceso de poder, contralor que tiene carácter general.

4) La declaración de la voluntad está contenida en la parte que llámase *dispositiva*, de la disposición, y constituye su elemento decisivo, del cual derivan sus efectos jurídicos, sea en las relaciones de la administración, sea de los particulares. Tal parte se inicia siempre con las palabras "decreta", "decide" o bien "ordena", "certifica", verbos que tienen por sujeto a la autoridad indicada en el encabezamiento; su uso tiene valor formal. Si la naturaleza del acto lo requiere, las disposiciones que siguen pueden ser particularmente extensas, y donde sea necesario, distinguidas en capítulos y artículos; por lo general, empero, constan de una breve declaración. De la misma forman parte las varias cláusulas accesorias que completan la manifestación de la voluntad.

5) La *suscripción* consta de la firma de la autoridad que dicta el acto. Si se trata de decreto del jefe de Estado, la firma de éste debe ser seguida de la del ministro o ministros proponentes, así como la del Presidente del Consejo de Ministros, si el decreto ha sido dictado con deliberación del Consejo; las disposiciones complejas y las colectivas deben ser suscriptas por todas las autoridades que han participado; las actas de las autoridades colegiadas llevan la firma del Presidente y del secretario que ha procedido a su redacción.

8. LAS DECLARACIONES NO FORMALES, LAS DECLARACIONES TÁCITAS Y EL SILENCIO. — Las declaraciones no formales comprenden las manifestaciones expresas, libremente elegidas por la administración, y las tácitas. Entre las formas expresas, el uso de la escritura, aun cuando no está prescripto, es el más común y difundido, en cuanto es el que más responde a la solemnidad de los actos administrativos y más adaptado a las necesidades prácticas de la administración. Las declaraciones orales son usadas para las órdenes de servicio destinadas a agotar inmediatamente su acción, para algunas intimaciones de policía, para algunos permisos, etc. Las órdenes pueden a veces ser manifestadas con señales y otros medios materiales, por ej.: la obstrucción de una calle, encender un semáforo, una linterna, etc.

Cuando la declaración no está expresada en modo formal, ni con algún medio directo de manifestar una voluntad, es necesario distinguir el caso de la declaración tácita del silencio. La primera resulta de un comportamiento de la administración que, sin tener el fin de manifestar una voluntad, directamente la presupone. Así, el realizar un acto de voluntad, que no sería jurídicamente posible sin un acto precedente, revela la existencia de éste. Tal el ascenso de un empleado que necesariamente presupone un precedente acto de nombramiento;

la autorización de un cuerpo moral a aceptar una donación, con evidente presupuesto de su reconocimiento jurídico [59].

Se tiene el silencio, cuando no sea posible establecer el contenido de la voluntad, ni siquiera con tales medios indirectos. Cuál sea jurídicamente el valor a atribuirse a tal comportamiento negativo, es cuestión extensamente discutida. Evidentemente, la actitud de quien calla es ambigua, ni por sí misma puede tener algún significado: *qui tacet neque negat neque utique fatetur* [60]. Sin embargo, en el derecho privado se acostumbra usar una cierta amplitud al reconocer valor al silencio. Además de los casos en los cuales tal valor está determinado en base a disposiciones expresas [61], se admite que pueda ser determinado por las relaciones existentes entre los sujetos: el silencio guardado por una parte frente a la pregunta de otra, cuando la primera tendría la obligación de contestar, hace presumir el asentimiento de ésta [62].

En el derecho administrativo, semejante regla general no es admisible, dada la importancia social que tienen los actos de voluntad del Estado y las formas rigurosas que en consecuencia ellos deben revestir. El principio parece precisamente inverso al del derecho privado. El silencio guardado por la administración frente a la instancia de un ciudadano debe interpretarse como rechazo de la disposición pedida: el llamado "acto negativo". Fuera de esta regla, no se puede

[59] Este último ejemplo fué tratado por la jurisprudencia: Cas. del Reino, 30 marzo 1931 ("Foro amm.", II, 179). Sobre el tema, detalladamente: U. FRACOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli, 1938.

[60] Son conocidos los escritos de GABBA, *Il silenzio nel diritto civile*, en "Giur. ital.", LIV, 1901; SIMONELLI, *Il silenzio nel diritto civile*, en "Rendiconti dell'Istituto Lombardo", XXX; BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en "Riv. di dir. comm.", 1906; últimamente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 91 y ss. En el derecho administrativo: RANELLETTI, *Le guarentigie*, p. 108 y ss.; BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, en "Riv. di dir. proc. civ.", 1932, p. 121; MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, en *Scritti in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, vol. II, p. 363.

[61] Cód. civil, arts. 1507, 1630, 2143, etc.

[62] DE RUGGIERO, *Istituzioni*, I, p. 237.

dar al silencio ningún significado, salvo los casos en que la ley misma dispone al respecto. En esta hipótesis, empero, el silencio equivale a una manifestación tácita, porque la autoridad que calla conoce en modo preciso el significado que el derecho atribuye a éste su comportamiento.

Algunos ejemplos importantes de tal disciplina legislativa del silencio se encuentran en la ley comunal y provincial. El primero concierne al valor del silencio guardado por la autoridad, al que es presentado un recurso jerárquico. Transcurrido un determinado tiempo de la fecha de presentación y observadas algunas formalidades por parte del recurrente sin que la autoridad haya proveído, el recurso se entiende como rechazado para todos los actos legales (art. 5 del texto citado).

Otro ejemplo concierne a algunas decisiones de los consejos comunales y provinciales. Los consejos que omiten deliberar a proposiciones de la autoridad gubernativa o de los presidentes, a los que sean especialmente exhortados, se consideran aprobantes. (Ley cit., art. 204) [63]. Empero tales ejemplos son excepcionales. A falta de disposiciones especiales, la única regla aplicable es la que niega que el silencio pueda tener significado alguno, salvo aquel de excusación de proveer, cualquiera sea el caso.

9. EL CONTRALOR DE LOS ACTOS COMPLETAMENTE TERMINADOS. DISTINTAS ESPECIES DE CONTRALOR: SEGÚN EL CONTENIDO. — Como hemos dicho, la materia de los contralores no forma parte del procedimiento de formación del acto administrativo, porque el contralor, cuando está prescripto precede a tal formación o la sigue después de su cumplimiento, pero le queda en todo externa. Sin embargo, lo señalamos en este parágrafo por la influencia que algunos contralores tienen en la eficacia del acto. Eficacia, de la cual se hablará en el parágrafo que sigue [64].

[63] Sobre el tema de los contralores, v. los principios generales desarrollados por FORTI, *I controlli dell'amm. comunale*, en ORLANDO, *Trattato*, vol. II, 2ª pte., p. 607 y ss.; v. también, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 22 y ss.

[64] También es interesante el art. 1 del T. O. 25 julio 1904, n. 523, modificado por ley de 13 julio 1911, n. 774, sobre la propuesta de clasificación de determinadas obras hidráulicas en la tercera categoría, donde deben ser escuchadas las administraciones comunales y provinciales interesadas. Si pasados dos meses éstas no se pronuncian, se entenderá el silencio como favorable sin reservas a la propuesta.

En general, por contralor se entiende el reexamen de los actos de un sujeto por parte de otro, expresamente autorizado para ello, con el fin de comprobar la conformidad de tales actos con determinadas normas o su correspondencia y proporción con determinados fines. El fin práctico del contralor puede ser variado: ya el de influir en la formación o en la eficacia del acto que es su objeto, en modo de impedir que éstos se verifiquen si el acto se presenta irregular e inoportuno; ya de comprobar, por medio de la regularidad del acto, la de la conducta del sujeto que lo ha realizado y decidir en sus eventuales responsabilidades. Aunque los contralores en una y otra hipótesis tengan por objeto la actividad del funcionario, dado el diverso fin se acostumbra determinar *contralores sobre los actos* en el primer caso, y *contralores sobre los órganos* en el segundo.

Además de esta fundamental división, originada en la diversa función a la que los contralores pueden corresponder, se hace de ellos otras importantes distinciones.

a) Según los criterios, en base a los cuales la actividad es valorizada, se distinguen los contralores *jurídicos* de los contralores *administrativos*. Los primeros están dirigidos a certificar que los actos sean emitidos observando las condiciones impuestas por las leyes y por los reglamentos, con el procedimiento por ellos prescripto, en las formas debidas, y que en su contenido no sean contrarios a ninguna norma jurídica obligatoria. Los contralores de esta categoría llámanse también "de legitimidad" y la función a la que da lugar su ejercicio es conocida con el nombre de "vigilancia". Los contralores administrativos tienen, en cambio, el fin de certificar que las disposiciones sean, además de legítimas, también convenientes y oportunas, especialmente bajo el aspecto económico y de la buena administración. Tales contralores llámanse

se también "de mérito" y su ejercicio, donde se refiera a los entes menores, se llama comúnmente "tutela". Mientras el contralor jurídico da lugar a un acto de verificación no discrecional, porque tiene por término de comprobación a la norma jurídica, el contralor administrativo se resuelve siempre en una apreciación discrecional, porque se desenvuelve con la aplicación de criterios de oportunidad, necesariamente variables y subjetivos. Se concreta no en meros actos de verificación, sino en actos de voluntad como son las autorizaciones y aprobaciones a las que generalmente da lugar. El contralor jurídico tiene carácter puramente extrínseco y no disminuye la libertad de los sujetos, que por él no tienen otros deberes y otras limitaciones sino aquellos establecidos en forma general por las leyes que les conciernen. El contralor administrativo en cambio representa una positiva ingerencia de la autoridad que lo ejerce en la esfera de libertad del sujeto pasivo. Dicha autoridad, juzgando los criterios seguidos por éste en el ejercicio de la actividad administrativa, puede impedir su desenvolvimiento, aunque sea enteramente legítimo.

b) Teniendo en cuenta el momento en que los contralores son ejercidos, se distinguen en *preventivos* y *sucesivos*. Los contralores preventivos pueden preceder la formación misma de la disposición, o bien solamente a su ejecución. En el primer caso, se basan, para juzgar el acto, en un simple proyecto y se concretan en una "autorización", es decir, un hecho administrativo con el cual se consiente que el acto propuesto se forme y perfeccione. La autorización, que es siempre expresión de un contralor preventivo y de mérito, encuentra raras aplicaciones. Más comunes son los contralores que se ejercen en medidas ya dispuestas, con el efecto de permitir o impedir su ejecución y eficacia. Los actos en que se concretan tales contralores toman el nombre de "visto" y "aprobación". Por lo general, la primera expresión se refiere al contralor de legitimidad, la segunda al contralor de mérito. El contralor sucesivo es el ejercido después que el acto haya realizado, en todo o en parte, sus efectos. Y tiene el fin de reparar las consecuencias y a veces de impedir que éstas se verifiquen ulteriormente. Por lo general, corresponde al fin de la verificación de la responsabilidad del sujeto que ha cumplido el acto. En algunos casos puede también influir en este último, anulándolo.

c) Otras distinciones que se pueden hacer de los contralores son las siguientes. Dícese contralor *represivo* aquel que no se limita a influir en la eficacia de la disposición, sino directamente en su existencia jurídica; consiste en la anulación ya recordada. El contralor represivo puede ser tanto preventivo como sucesivo. Es preventiva la anulación de ciertos actos por parte del Tribunal de Cuentas, de las decisiones ilegítimas por parte del prefecto. Ejemplo importantísimo de anulación sucesiva es la que en todo tiempo puede ser pronunciada con respecto a cualquier acto ilegítimo, por el Gobierno, en base al art. 6 de la ley comunal y provincial (además, §, n. 3). Dícese contralor *sustitutivo* el que tiene por objeto no actos positivos, sino la omisión de actos jurídicamente obligatorios. La autoridad de contralor, comprueba tal omisión y llamado inútilmente el sujeto a la observancia de la obligación, se substituye al mismo cumpliendo el acto de administración activa, que él tenía la obligación de cumplir. Tal contralor puede extenderse a la sustitución de los órganos normales del ente, con el nombramiento de administradores extraordinarios, llamados comisarios, encargados de regir temporariamente la administración (ley comunal y provincial, art. 3). Se habla también de un contralor *de inspección*, para indicar una compleja actividad de indagación, que se desenvuelve en las funciones de los sujetos sometidos al contralor. Pero la inspección, más que un contralor, es un medio de indagación y conocimiento, necesario para el desenvolvimiento de algunos contralores, y no tiene por lo tanto individualidad propia.

10. SEGÚN LOS SUJETOS ENTRE LOS QUE SE DESENVUELVE. — La actividad de contralor no es general para todos los actos administrativos, sino que es establecida para determi-

nadas categorías. Los actos de estas categorías pueden ser propios del Estado, o bien de entes autárquicos; como el sujeto activo del contralor es en todo caso el Estado, en el primer caso, el contralor es ejercido en una misma persona jurídica, en el segundo entre personas jurídicas distintas. También cuando el contralor se desenvuelve entre órganos de la misma persona jurídica, no tiene valor puramente interno, porque es siempre condición de eficacia de los actos a los que se refiere. Prácticamente, se distinguen las siguientes figuras subjetivas:

a) Los contralores constitucionales, que son los ejercidos por las Cámaras parlamentarias sobre la actividad del poder ejecutivo, mediante leyes de autorizaciones y de aprobaciones (por ej. aprobación de los presupuestos; autorización para la venta de naves, etc.);

b) el contralor administrativo ejercido por el Tribunal de Cuentas, mediante la vista y el registro de todos los decretos del jefe de Estado (contralor de legitimidad) y en los decretos y otros actos de los ministros, que tienen contenido económico (contralor financiero);

c) el contralor, igualmente administrativo, que las autoridades superiores del poder ejecutivo (jefe del Estado y Ministros) ejercen sobre algunos actos de las autoridades inferiores (por ej. aprobación de contratos); y el que corresponde al Ministro del Tesoro y a la Contaduría general del Estado, en todos los actos de los otros ministros y de las autoridades inferiores, que impliquen gastos o pagos, o interesen de otra manera la gestión financiera del Estado;

d) los contralores que corresponden a las administraciones centrales (ministerios) y provinciales (prefectos y juntas provinciales administrativas) en las decisiones de los entes autárquicos (vista de legitimidad) y más particularmente en aquellas que tienen contenido financiero (aprobación de legitimidad y de mérito).

11. RELACIONES ENTRE LOS ACTOS DE CONTRALOR Y LOS ACTOS QUE SON SU OBJETO. — El acto de contralor es un acto

administrativo a la par del acto que es su objeto. Acerca de las relaciones entre estos dos actos, la doctrina está ya de acuerdo al afirmar su completa separación. La autorización, la vista y la aprobación no forman parte del proceso de perfección de la medida; ni siquiera representan formas especiales de colaboración de los órganos de contralor con la actividad del sujeto del que emana la disposición. Esto es claro para la autorización, acto administrativo que tiene por fin remover un límite al libre desenvolvimiento de una potestad jurídica propia del sujeto al que es dirigido. Evidente es también el carácter extrínseco y autónomo de la vista de legitimidad. Consiste en una simple verificación de la regularidad del acto, del cual se mantiene del todo externo e independiente. La cuestión ha sido discutida con respecto a la aprobación, sosteniéndose por algunos autores que ésta constituye una declaración de voluntad dirigida al mismo fin del acto aprobado y por lo tanto a constituir con él una disposición administrativa compleja [65]. La opinión más aceptada, empero, aun admitiendo que el carácter discrecional de la aprobación importe la necesidad de considerar a ésta como una declaración de voluntad, considera que tal declaración quede sin embargo distinta de la medida a la que se refiere. Falta en las dos aquella unidad del fin, que es característica esencial del acto complejo. Mientras la disposición aprobada tiende a alcanzar un determinado fin práctico, el acto de aprobación, teniendo en cuenta los elementos necesarios de legitimidad y de conveniencia, tiende a verificar si del acto aprobado pueden derivar daños a la administración y, en consecuencia, a permitir o impedir que el efecto querido sea alcanzado [66].

En cuanto a los efectos de los actos de contralor en las disposiciones que son su objeto, podemos decir que la autori-

[65] BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, en "Studi senesi", XX, 1903; íd., *Giust. amm.*, cit., p. 27; PRESUTTI, *Il controllo preventivo della Corte dei Conti sulle spese pubbliche*, Torino, 1908, p. 28 y ss.

[66] DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, en "Arch. giur.", LXXI, 1903; ROMANO, *Principî*, p. 173; FORTI, *I controlli*, cit., p. 776 y ss.; BRACCI, *L'atto complesso in diritto amministrativo*, Siena, 1927, p. 39 y ss.

zación actúa como presupuesto de legitimidad de la disposición; donde ésta surja sin la precedente autorización, resulta el producto de una potestad que no podía ser ejercida; es por lo tanto un acto viciado y anulable. La vista y la aprobación, en cambio, no influyen en la regularidad de la formación del acto, en cuanto deben intervenir cuando éste se encuentra ya formado; son, en cambio, ambas condiciones de su eficacia. Pendientes la vista y la aprobación, la eficacia del acto está en suspenso. Las dos medidas, cuando llegan, actúan con retroactividad, como cualquier condición verificada y pueden hacer regulares los actos de ejecución que se hayan en algún modo verificado durante el período de suspenso.

Es superfluo añadir cómo las disposiciones de las que aquí hablamos, dado su carácter de actos administrativos, no excluyen en modo absoluto que los actos que son su objeto pueden ser viciados. La vista y la aprobación no producen, a favor de los actos a los cuales se refieren, sino una presunción relativa de legitimidad y conveniencia. Por esto no impiden que sucesivamente los actos sean demostrados ilegítimos y eventualmente anulados, sea en instancia administrativa o en instancia jurisdiccional.

§ 4. *EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*

1. MOMENTO INICIAL DE LA EFICACIA DEL ACTO: RETARDACIÓN Y RETROACTIVIDAD. — La eficacia del acto administrativo debe ser considerada en su transcurrir, en su contenido y en su cesación.

Como regla general, el acto perfectamente formado desenvuelve sin más sus efectos: perfección y eficacia se verifican en el mismo instante. Varias causas, empero, pueden modificar tal coincidencia, sea para retardar la iniciación de la eficacia, sea para anticiparla.

a) El retardo puede ser determinado, en primer lugar, por una cláusula inserta en el acto mismo, con la cual se establezca un término o una condición suspensiva. El uno y la

otra tienen el efecto de retardar la eficacia de la disposición; la condición, en el caso de que no se verifique, llega a excluir para siempre cualquier eficacia. Pero, más que las condiciones establecidas por la misma autoridad administrativa, tienen importancia, por su frecuencia, aquellas impuestas por la ley relativas a categorías enteras de actos (*condiciones iuris*). Los actos que se refieren a personas determinadas no tienen efecto sino desde el día en que han sido notificadas; los que confieren derechos, desde el día de su aceptación, etcétera. Las condiciones legales más notables son las que derivan de la necesidad de un contralor, al cual el acto debe estar sujeto antes de su ejecución (vista de legitimidad, aprobación, etc.). Cuando el acto es perfecto, pero no todavía eficaz, las relaciones que el mismo está dirigido a constituir se llaman *pendientes* [67].

b) La eficacia del acto puede correr desde un momento anterior a su perfección, cuando esto se establezca en modo expreso en la disposición o cuando derive de su naturaleza particular. La cláusula de retroactividad no puede ser admitida para los actos que restrinjan el ejercicio de facultades o de derechos, o que sacrifican derechos adquiridos o imponen deberes y obligaciones. Si la autoridad administrativa puede imponer tales restricciones, esto puede hacerlo sólo para el porvenir. Establecerlo para el pasado equivaldría a convertir en ilícitos, y causa por lo tanto de responsabilidad, actos cumplidos lícitamente y a veces en el ejercicio de un derecho subjetivo. Los actos que crean relaciones bilaterales, y con mayor razón los que confieren derechos, pueden ser dictados con efecto retroactivo, pero esto debe entenderse limitadamente a los efectos del acto, que pueden todavía verificarse, tales, en la relación de empleo, el transcurso de antigüedad del nombramiento, del derecho al sueldo, etc. Retroactivos por su naturaleza son, por lo general, los actos que tienen efecto de-

[67] En el parágrafo anterior tratamos ampliamente de los actos de contralor. Sobre los mismos y sobre las condiciones legales generales, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 260 y ss.

clarativo porque no hacen más que comprobar el precedente estado de hecho o de derecho, sin crear ni modificar nada. Son retroactivos, además, los actos interpretativos de actos precedentes, los de anulación, de revocación, de convalidación, de conversión, de todos los cuales se tratará en particular (§ 6) [68].

2. DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA EFICACIA. — La eficacia del acto administrativo se manifiesta en modo diverso, según la naturaleza y el contenido de cada disposición.

a) Algunas de éstas determinan capacidad, potestad, situaciones jurídicas, de las que no derivan derechos y deberes inmediatos. Así el reconocimiento de la personalidad, la inscripción en el registro profesional, en las listas electorales y semejantes, no obligan a ningún comportamiento ni a la administración, ni a los ciudadanos. Lo mismo puede decirse de todos los actos de certificación, tengan valor puramente declarativo o también constitutivo. Tales actos tienen el solo efecto de constituir la prueba de un estado de hecho o de darle valor jurídico.

b) Algunos negocios de derecho público están dirigidos, como vimos, para constituir derechos y facultades de particulares hacia la administración pública, o bien para constituir relaciones bilaterales en las cuales los particulares asumen simultáneamente derechos y deberes hacia la misma. En uno y otro caso, los particulares, aunque la administración no satisfaga espontáneamente sus derechos, no pueden valerse sino de los medios jurisdiccionales que el derecho común ofrece en general para la actuación de los derechos subjetivos, salvo aquellas modificaciones y restricciones que veremos al desarrollar la parte dedicada a la justicia administrativa.

c) Una cantidad de negocios, en fin, están dirigidos a establecer deberes y limitaciones para los particulares a los que se refieren, sea en modo autónomo (órdenes positivas, o negativas), sea como parte pasiva de relaciones bilaterales (de empleo, de concesión). Donde los particulares no cumplan espontáneamente las obligaciones que les son impuestas con dichas disposiciones, la administración tiene facultad de realizar sus pretensiones mediante el uso de medios de coerción, o sea de ejecución forzada. Mientras los particulares no pueden realizar sus pretensiones hacia otros particulares o hacia los entes públicos, sino recurriendo a la acción judicial, el Estado y los entes públicos menores, para realizar sus derechos, no tienen necesidad de la intervención de ninguna autoridad extraña, sino que pueden alcanzar tal fin por medio de la actividad directa e inmediata de los propios órganos administrativos.

[68] PERRONE-CAPANO, *Sulla retroattività degli atti amministrativi*, en "Arch. giur.", CIX-CX, 1933; CRUIA, *De la non rétroactivité des actes administratifs*, en "Melanges", P. Negulesco, Bucarest, 1935, p. 343; MIELE, *Principî*, p. 191.

3. EN PARTICULAR, LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: NOCIÓN Y FUNDAMENTO. — Este último principio constituye la *ejecutoriedad de los actos administrativos*, la cual puede definirse "una especial manifestación de la eficacia de los mismos, por lo cual ellos, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aun contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin que sea necesaria la previa intervención de la acción declarativa de órganos jurisdiccionales" [69]. La ejecutoriedad así entendida no debe ser confundida con la *ejecutividad*, aunque las dos expresiones, especialmente en los textos legislativos, son frecuentemente usadas como sinónimos. La ejecutividad es propia de cualquier acto administrativo en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado. Ejecutividad equivale, por lo tanto, a eficacia en general. Se dice que la vista y la aprobación, y en general los actos de contralor, hacen ejecutivos a los actos a los que se refieren, por-

[69] V. principalmente: BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, en *Studi senesi*, XVIII-XIX, 1901; CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giust. amministrativa*, ps. 688-718; RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, en ORLANDO, IV, 1º, p. 389 y ss.; íd., *Teoria*, p. 125; DE VALLES, *La validità*, p. 353 y ss.; ROMANO, *Corso*, p. 289 y ss.; HAURIOU, *Précis*, p. 361 y ss.; O. MAYER, I, ps. 257-314 (ed. fr., II, ps. 82-178); FLEINER, *Institutionem*, p. 214 y ss. (tr. fr. 135 y ss.); W. JELLINEK, ps. 331-351; KUKULA, *Der Verwältungszwang*, Viena, 1918.

que con ellos estos últimos adquieren su eficacia y pueden ser realizados. La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir eficaz, y consiste en un modo particular de comportarse de tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: la posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de medios coercitivos.

Es claro el fundamento político de la ejecutoriedad. Consiste en la necesidad que la satisfacción de los fines generales, para los cuales los actos administrativos son dictados no sea obstaculizada por la voluntad contraria de los particulares y que tal obstáculo, donde deba ser superado, no importe algún retardo a la realización de los fines antedichos. Menos claro es el fundamento jurídico de la institución. Según la opinión dominante, consistiría en la presunción de legitimidad que rodea a los actos administrativos. El particular, que debe hacer ejecutar coactivamente un acto jurídico, debe demostrar su legitimidad. Para esto, tiene necesidad de un previo acto del juez, que certifique y declare la legitimidad de su pretensión [70]. El acto administrativo, en cambio, se presume legítimo y por lo tanto tal acción declarativa no es para él necesaria. Tratándose de presunción relativa, se admite prueba en contrario, pero la formación de tal prueba no puede retardar la ejecución del acto, e influye solamente en los efectos de tal ejecución y en la obligación de la administración de compensar el daño y de reparar, si es posible, la ilegitimidad.

Otros han considerado, en cambio, que la especial eficacia del acto administrativo sea debida al carácter público de la potestad, que por su medio se desenvuelve [71]. Todos los actos de soberanía tienen, como tales, el poder de imponerse, en modo inmediato, a la obediencia de los súbditos. Este carácter no es exclusivo de los actos administrativos, sino común también a las leyes y a los actos jurisdiccionales; ni se puede decir que en los primeros haya un contenido más limitado, sólo porque los efectos de la realización pueden ser eliminados a continuación de la demostración de ilegitimidad de la disposición. Cuando la ejecución ocurre, el acto despliega toda la eficacia de todo otro acto de soberanía. La independencia de la ejecutoriedad de la presunción de legitimidad está demostrada también por algunos principios de la justicia administrativa. Según la ley en lo contencioso-administrativo, la ejecutoriedad no cesa de desplegar sus efectos, aunque el acto haya sido declarado ilegítimo por una sentencia judicial. Es como decir, aunque la presunción de legitimidad haya desaparecido. Todo esto no entiende poner en duda la doctrina de la presunción de legitimidad de los actos administrativos. La presunción y la ejecutoriedad son dos consecuencias paralelas y distintas del carácter público de la potestad administrativa, pero no se puede decir que una derive de la otra, o tenga en la otra su fundamento.

Una aplicación particular del principio de la ejecutoriedad se considera por lo general la regla por la cual contra los actos con los que se aplican tributos, la acción judicial no puede iniciarse sino probando haber satisfecho el tributo: regla del *solve et repete*, establecida en el art. 6 de la ley sobre contencioso-administrativo. Recientemente, ha sido observado que en los otros campos, diversos del tributario, la ejecutoriedad no alcanza a impedir la defensa del obligado hasta cumplida la obligación. Por lo tanto, se ha querido ver en la regla antedicha una condición de procedencia de la acción, independientemente del principio del cual estamos hablando [72]. Por nuestra parte, aun reconociendo la particularidad de la norma y su influencia específica en el campo procesal, consideramos que es una consecuencia de la ejecutoriedad, un modo particular de presentarse en el campo tributario. Tam-

[70] Salvo que el acto no tuviera el carácter de título ejecutivo, lo que ocurre por regla cuando está constituído por un acto público. Otros casos en los que el particular puede actuar unilateralmente tienen carácter excepcional; así ocurre cuando es admitido el denominado derecho de retención.

[71] En la doctrina italiana, RANELLETTI, *Teoria*, p. 127.

[72] A. D. GIANNINI, *Solve et repete*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1936, I, p. 349.

bién la justificación política del principio es la de la ejecutoriedad en general.

4. CONDICIONES DE LA EJECUTORIEDAD. — La ejecutoriedad debe ser considerada en sus presupuestos y en sus medios de realización.

Condiciones para que el acto sea ejecutorio son las siguientes:

a) que sea un acto de derecho administrativo: a las relaciones de derecho privado la ejecutoriedad puede ser extendida con explícitas disposiciones, pero éstas tienen carácter excepcional y no confirman la regla antedicha [73];

b) que la ejecución no se suspenda, ni por una de las causas que influyan en la eficacia del acto, ni por una prórroga que eventualmente haya sido dada por la misma autoridad administrativa. La ley, en algunos cascs, reconoce a esta última la facultad de conceder dilaciones al cumplimiento de las obligaciones de los particulares (por ej.: en materias de tributos indirectos: R.D. 22 de mayo de 1910, n. 316, art. 10). Tal facultad se debe considerar de orden general y admisible también fuera de toda disposición expresa;

c) la ejecución debe, en fin, ser precedida por la *notificación*, o sea la reclamación del cumplimiento de la obligación, con la asignación de un término y con advertencia que, corrido inútilmente éste, se dará lugar a la ejecución.

No forma parte de las condiciones de las que hablamos la validez de la disposición, en cuanto, como ha sido dicho, también los actos inválidos, salvo que sean absolutamente nulos, tienen plena eficacia y son por lo tanto ejecutorios.

5. MEDIOS DE REALIZACIÓN. — Los medios con los que se realiza la ejecutoriedad, varían según la naturaleza de la prestación, positiva o negativa, de dar o de hacer, impuesta por el acto administrativo. Estos medios son:

[73] Ley de 20 de marzo 1865, art. 8. V. también para un procedimiento ejecutivo parcialmente privilegiado, el T. O. de 14 abril 1910, n. 639, de recaudación de los recursos patrimoniales del Estado.

1) La *ocupación*, la que se refiere a los actos que imponen al particular la entrega de un bien determinado. Cuando el particular no cumpla, la administración toma la posesión de la cosa, haciéndola ocupar por la fuerza de sus propios agentes;

2) la ejecución de los bienes, muebles e inmuebles. Sirve para efectuar las obligaciones de dar, que tienen por objeto el pago de sumas de dinero, como las debidas por cualquier tributo directo o indirecto. En el caso de incumplimiento del contribuyente, la administración procede a la venta forzada de sus bienes en remate, pagándose del precio recaudado, el tributo, las penalidades y los gastos;

3) la *ejecución de oficio*. Tiene por objeto la realización de cualquier disposición que imponga al particular una actividad material y fungible, como la reparación de un edificio, la recusación de una construcción con la que haya sido ocupada la tierra pública, la redacción de una cuenta o de un inventario. Cuando el obligado no ejecute la obra en el término que se le asignó, la administración procede a la ejecución de oficio, que consiste en el cumplimiento de la obra por medio de agentes y obreros dependientes o encargados por la misma administración y con el cargo del gasto respectivo al incumplidor. La suma así imputada es cobrada con los sistemas en vigor para la exacción de los tributos legales. Se debe considerar institución de orden general aplicable, siempre que concurran los presupuestos, aun en el silencio de la ley [74];

4) la *coerción directa*, que se aplica a las prestaciones infungibles, o sea a aquellas que el obligado debe cumplir personalmente, y respecto a las cuales no es posible su sustitución. Así la prestación del servicio militar, la de testificación, las debidas a la autoridad de seguridad pública a con-

[74] La ejecución de oficio está prevista, p. ej., respecto a las providencias de la autoridad pública (T. O. 18 junio 1931, n. 1773, art. 5); en materia de policía demanial (ley de trabajos públicos, art. 378); para las providencias eventuales y urgentes del prefecto y del alcalde (ley comunal, arts. 20 y 55); en las providencias de las mismas autoridades en materia de higiene y sanidad pública (T. O. 27 julio 1934, n. 1265, art. 217, 223, 224, 227, etc.).

tinuación de intimación de la misma, la fijación obligatoria de una residencia dada. En tales casos, la orden de la autoridad es cumplida mediante el uso directo de la fuerza en la persona. Este uso, sin embargo, está limitado a la transferencia forzada del sujeto desde el lugar donde se encuentra a aquel donde debe prestar la obra o el servicio, mediante la traducción, el acompañamiento o la hoja obligatorios. No es posible llevar la coacción directa hasta hacer cumplir la obra específica que el sujeto se niega a cumplir. A esto provee en cambio la coacción indirecta.

También las limitaciones y las obligaciones negativas pueden hacerse observar por medio de la coerción directa. Por ej. la disolución forzada de una asamblea o de una reunión que hubiese sido prohibida, la privación del arma llevada sin licencia. Igualmente dícese de las obligaciones negativas de soportar, por las cuales, en algunos casos, como en el de la visita médica militar, está admitida la coerción directa sobre la persona;

5) la *coerción indirecta.* Consiste en la conminación y aplicación de penas administrativas o de contravencionales. La coerción directa no alcanza materialmente a obtener de la persona la prestación concreta de servicios, la respuesta a preguntas e interrogatorios, la observancia de una determinada conducta. En cambio, la amenaza de la pena, actuando como motivo en la voluntad, puede inducir al obligado a la observación de tales deberes. La pena es también el medio más común de actuación de las obligaciones negativas. Todas las normas y todos los actos particulares que prohiban determinadas actividades traen como sanción la aplicación de una pena. La ley da fe, para obtener la observancia de las prohibiciones, más que en la acción preventiva de los órganos de la seguridad pública, en la eficacia intimidativa del castigo.

6. LA PENA EJECUTIVA Y LA RESISTENCIA A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN VALIDEZ. — Como se ve, entre todos los medios de ejecución forzada, tiene amplia aplicación la amenaza de la pena. Ésta, en su origen, tenía carácter de sanción administrativa y era conminada por la misma autoridad que emitía el acto administrativo, con el fin de obtener su ejecución. De aquí la denominación de *pena ejecutiva* [75]. En el derecho romano, cada magistrado, investido del poder de emitir órdenes generales o particulares, tenía también la facultad de conminar y aplicar penas para asegurar su observancia [76]. Hasta más amplio uso fué hecho de tales penas en el derecho germánico, donde el *poder de señorío* propio del Rey y después de los feudatarios, comprendía, además de la emisión de órdenes en el campo civil y militar, también la potestad de asegurar la obediencia a los mismos, por medio de multas y penas pecuniarias [77]. Como ya tuvimos ocasión de decir, el derecho moderno reserva exclusivamente a la ley la competencia de establecer cualquier clase de castigo y por lo tanto, también las que tienen el fin de asegurar la observancia de los deberes hacia la administración pública. Algunos, sin embargo, de tales penas conservan el carácter de sanciones administrativas. Especialmente en materia disciplinaria y en la financiera; la mayor parte, empero entran en el derecho penal común y son aplicadas por la autoridad judicial. Entre estas últimas, además de las establecidas para sanción de los deberes especialmente en materia de policía, de sanidad y de higiene, tiene mucha importancia la norma general del art. 650 del Código penal vigente, que declara punible con arresto hasta de tres meses, o con multa hasta 2.000 liras "cualquiera que no observa una disposición legalmente tomada por la autoridad por razones de justicia, o de seguridad pública, o de orden público, o de higiene". Esta disposición, que limita la

[75] BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 159 y ss.; DE VALLES, *La validità*, p. 366 y ss.; O. MAYER, I, p. 272; FLEINER, p. 218; KRAKENBERGER, *Die reichtiche Natur der Ordnungsstrafe*, Breslau, 1912.

[76] MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Berlín, 1895, ps. 35, 52, 112; FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del dir. penale romano*, Milano, 1905, p. 23.

[77] SICKEL, *Zur Geschichte des Bannes*, Marburgo, 1885, p. 46; CALISSE, *Svolgimento storico del dir. penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo* XVIII, Milano, 1906, ps. 354 y 361.

aplicación de la pena al caso en que la orden haya sido dada legítimamente, parece en contradicción con el principio del que hemos hablado y según el cual la ilegitimidad de la disposición no excluye la eficacia y la ejecutoriedad del acto. Es necesario, empero, observar que el Código penal, como también las leyes administrativas cuando establecen sanciones penales, se refieren siempre a penalidades que deben ser aplicadas por la autoridad judicial. Y es principio general que ésta no debe aplicar los actos de la autoridad administrativa, sino en cuanto sean legítimos (art. 5 de la ley 20 de marzo de 1865). La legitimidad o no de la disposición es totalmente sin importancia para su ejecución, mientras a ésta provee directamente la autoridad administrativa (con la ejecución de oficio, con la coerción directa y también, si admitida por la ley, con la pena administrativa); se hace importante cuando a la ejecución o a las consecuencias de la falta de ejecución, debe proveer la autoridad judicial.

Esto tiene su importancia con respecto al problema del llamado derecho de resistencia [78]. La doctrina con frecuencia ha afirmado que el ciudadano tiene derecho de oponerse a la ejecución de los actos administrativos ilegítimos. Aparte de la impresión de un genérico derecho de resistencia allí donde se trata más bien de excluir arbitrarias limitaciones en la esfera de los derechos públicos de libertad, una facultad semejante debe ser entendida con muchas limitaciones. En primer lugar, está absolutamente excluído el poder de oponerse a la ejecución con actos positivos y materiales de violencia. Es decir, está excluída la resistencia activa, en cuanto el Código penal considera tal resistencia como delito (art. 337). En cuanto a la resistencia pasiva, consistente en no hacer lo que ha sido ordenado, o en hacer lo que ha sido prohibido, puede considerarse admisible solamente contra los actos absolutamente nulos, porque éstos carecen de todo efecto, independientemente de un acto positivo de anulación; con respecto a los actos simplemente anulables, es necesario distinguir. Para ellos la resistencia pasiva no puede tener consecuencias penales ni siquiera la de la responsabilidad civil, por cuanto, en uno y otro caso, encuentra aplicación el recordado principio general de la ley de 20 de marzo de 1865. En cambio, frente a la responsabilidad administrativa, y en general a cualquier forma de ejecución que entre en la competencia directa de la administración, ellas no están excluídas por la invalidez de la disposición, porque las autoridades administrativas no están vinculadas por dicho principio, salvo las consecuencias por daños, de lo que hablaremos a su tiempo.

[78] S. Longhi, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità*, Milano, sin fecha.

7. Otros principios relativos a la ejecutoriedad. — Siempre en orden a la ejecutoriedad, debemos observar que puede ser temporariamente excluída por una disposición de suspensión del acto administrativo. Tal disposición está siempre prohibida a la autoridad judicial aun en ocasión de un procedimiento que haya sido iniciado por un particular contra el acto administrativo. En cuanto a los órganos de justicia administrativa, el recurso deducido no suspende generalmente la ejecución del acto impugnado. Sin embargo, cuando concurren graves razones y el recurrente haga expreso pedido, la suspensión puede ser concedida por especial disposición de la autoridad jurisdiccional [79].

Una última observación con respecto a la extensión del principio de la ejecutoriedad. Como hemos dicho, es común a todos los actos de soberanía del Estado y de los entes menores. Por lo tanto se extiende a todos los derechos de la administración; no sólo a los que derivan de sus propios actos de voluntad, o sea de los actos administrativos, sino también de aquellos que tienen origen directamente en una ley o en un acto ilícito del particular. Por eso, los varios sistemas de ejecución forzada son aplicables también a los deberes impuestos a la generalidad de las personas por las leyes de policía,

[79] T. O. 26 junio 1924, n. 1054, art. 39; T. O. de la misma fecha, n. 1058, art. 11.

las sanitarias, las de obras públicas. La inobservancia de uno cualquiera de tales deberes generales, donde haya producido una situación de hecho que pueda ser removida con la coerción directa, con la ejecución de oficio o con cualquier otro medio de ejecución forzada, autoriza el empleo de tales medios. Así, en el caso de la ocupación arbitraria de bienes públicos, de la construcción de edificios en contravención a las leyes edilicias, de la omisión de la rendición de cuentas por parte de los tesoreros en los plazos prescriptos. Dichos medios de ejecución ayudan las pretensiones de la administración, independientemente de cualquiera disposición suya anterior [80]. Aun más extensa es la aplicación de las formas penales de coerción indirecta. Todas las leyes que imponen deberes generales de los ciudadanos hacia la administración contienen la conminación de penas para el caso de inobservancia.

El principio de la ejecutoriedad no se extiende, como ya se dijo, a los derechos privados de la administración y a sus actos de derecho privado. Esto no obstante, por lo menos por vía de excepción, también en tales relaciones encuentra algunas aplicaciones. De éstas hablaremos en el capítulo dedicado a los contratos de los entes públicos (vol. IV, sec. II, cap. IV).

8. CAUSAS DE CESACIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. — Varias son las causas de cesación de la eficacia de los actos administrativos.

Si el acto tiene por contenido la obligación de una prestación determinada del particular o de la administración, sus efectos se agotan naturalmente con la ejecución de la misma. El pago de la suma, la consignación de la cosa, la construcción de la obra. Cuando, en cambio, el acto se refiere a una re-

[80] Cfr. las leyes citadas en la nota de la p. 437. Se podría agregar todas aquellas que establecen penas administrativas por la inobservancia de los deberes derivados de las leyes financieras (p. ej. 7 enero 1929, n. 4, art. 55) y las relativas a la ejecución de oficio de cuentas (T. O. 12 julio 1934, n. 1214, sobre el Tribunal de Cuentas, art. 46; ley comunal y provincial, art. 308). Para la mencionada extensión del principio de ejecutoriedad, v. conforme CAMMEO, *Commentario*, p. 68; en contra, BORSI, *L'esecutorietà*, ps. 6 y 150.

lación continuada, como la de empleo, de concesión y de autorización, pueden hacerse varias hipótesos.

1) Puede ocurrir que la disposición no contenga el término relativo a su duración. En tal caso, ésta se prolonga hasta que no surja una disposición contraria por la misma autoridad administrativa.

2) Casi siempre, empero, la duración de la relación está limitada por un término. En tal caso, el vencimiento de éste constituye la causa natural de la extinción.

3) La eficacia del acto puede prolongarse más allá del término establecido, como también puede desaparecer antes del vencimiento. Se verifica la primera hipótesis, cuantas veces el acto admita su tácita renovación en caso de falta de revocación. En ausencia de tal reserva, la prórroga puede ser dispuesta por la misma administración con expresa disposición, dictada antes del vencimiento. En este último caso, si la relación había surgido con el consentimiento del interesado, la prórroga debe ser dispuesta con demanda del mismo o con su aceptación.

4) La hipótesis de la cesación anterior al vencimiento comprende a su vez varias causas. Aparte de la muerte de la persona a quien el acto se refiere, y la renuncia por parte de la misma, cuando es admitida pueden tenerse algunas disposiciones de la administración, que pongan fin a la relación en modo unilateral y autoritario. Estos últimos son: la resolución por incumplimiento y la revocación por motivos sobrevinientes.

a) La resolución contempla sólo las relaciones bilaterales y se funda en un comportamiento del sujeto privado contrario a los deberes que la relación le impondría. Ella asume, según los casos, varias denominaciones: de licenciamiento, de dispensa, de revocación y de destitución en la relación de empleo; de declaración de caducidad en la concesión, etc. Como se ve, los nombres pueden también generar confusión con otras figuras jurídicamente distintas.

b) La revocación que aquí interesa es la que se funda en la desaparición de aquellas condiciones y de aquellos presupuestos que justificaron la emanación del acto administrativo. Puede tratarse así de aquellos presupuestos que constituyen condiciones de legitimidad del acto y sin los cuales éste no hubiera podido surgir, como en cambio puede tratarse de elementos de hecho y de interés público, que influyen solamente en la utilidad y oportunidad de la relación. De tal revocación por motivos sobrevinientes hablaremos junto con la basada en razones de oportunidad ya existentes en el momento de dictarse el acto administrativo.

También esta última, que podría llamarse revocación en sentido propio, y la anulación misma del acto administrativo, son causas de cesación de su eficacia. Pero, como una y otra tienen origen en vicios e irregularidades iniciales del acto y eliminan al último desde su origen, preferimos remitir la consideración a los parágrafos siguientes.

§ 5. *NULIDAD E INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*

1. NULIDAD E INVALIDEZ. — Debemos precisar y desarrollar lo que en otra parte ha sido dicho en torno a la nulidad e invalidez de los actos administrativos [81].

a) Acto nulo es el que carece de un elemento esencial. Es decir, del sujeto, o bien de la voluntad, del contenido o de la declaración. En todas estas hipótesis, puede ocurrir que el acto materialmente exista, como cuando es redactado en un escrito que tiene toda la apariencia de una disposición administrativa. Jurídicamente, empero, no existe y no despliega

[81] DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, ps. 329-486; ALCINDOR, *Des diverses éspéces de nullité des acts administratifs*, Paris, 1912; W. JELLINEK, *Der fehrafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tubingen, 1908; VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhafften Staatsakt*, Berlin, 1924, ANDERSEN, *Om ugyldige Fervaltningsakter*, Kopenagen, 1924 (tr. al. *Ungültige Verwaltungsakte*, Berlin, 1927).

ningún efecto [82]. La nulidad obra de derecho. Nadie está obligado a prestar obediencia o a dar ejecución al acto nulo. No es necesario, y ni siquiera lógicamente posible, una disposión que le quite eficacia. Una impugnación que esté dirigida en su contra no puede tener otro fin que el de hacer certificar la nulidad, obrando de pleno derecho, puede ser hecha saber en todo tiempo y por cualquier otra persona, aunque no sea interesada, y sin la observancia de formas determinadas.

b) El acto *inválido* es el que, aun careciendo de algún elemento esencial, y siendo, por lo tanto, jurídicamente existente, presente algún defecto, algún vicio, que pone en peligro su eficacia y la existencia misma. Este vicio puede consistir o en la falta de un elemento no esencial o en una irregularidad en uno cualquiera de los elementos, esenciales o no esenciales, del hecho.

A este propósito, debemos distinguir los vicios en dos categorías fundamentales: vicios *de legitimidad* y vicios *de mérito*. Los primeros son aquellos que se relacionan a la inobservancia de criterios de oportunidad y de conveniencia, de normas de equidad. En conjunto, a la inobservancia de normas no jurídicas y aun obligatorias para la administración pública. Los vicios de legitimidad pueden referirse a todos los elementos del acto administrativo. Los de mérito, evidentemente, solamente a su contenido.

[82] Una parte de la doctrina, además de *nulidad*, habla de *inexistencia*, ya del negocio jurídico en general, ya de los actos administrativos. FADDA Y BENSA, *Notas* a WINDSCHEID, vol. IV, p. 452; COVIELLO, *Manuale*, p. 329; DE VALLES, *La validità*, p. 344; VITTA, *Dir. amm.*, 3ª ed., p. 422; RAGGI, *Atti amministrativi*, cit., p. 35; SANDULLI, *I limiti di esistenza, dell'atto amministrativo*, en "Rassegna di dir. pubbl.", IV, 1949, p. 5. Empero si con tal expresión se quiere indicar la inexistencia jurídica de un acto existente sólo materialmente, su significado equivale al de nulidad; sin embargo, algunos autores usan las dos expresiones promiscuamente (VITTA) o sustituyen íntegramente la nulidad por la inexistencia (SANDULLI). Si en cambio se quiere entender tal inexistencia como situación de hecho más que jurídica, el concepto se demuestra superfluo, porque el que no existe materialmente no puede calificarse de acto jurídico ni aun aparente. Por ello, seguimos el sistema que trata solamente de la nulidad y de la invalidez y que no habla en ninguna forma de la inexistencia: MESSINEO, *Manuale*, vol. I, p. 359; ROMANO, *Corso*, p. 266; RANELLETTI, *Teoria*, ps. 55 y 104.

2. La invalidez. Vicios de legitimidad y vicios de mérito; sus efectos. — Los efectos de la invalidez son diversos, según que derive de vicios de legitimidad o de vicios de mérito.

a) La invalidez por vicios de legitimidad tiene, en nuestro ordenamiento, dos consecuencias: la *anulabilidad* y la *inaplicabilidad* del acto.

1) El acto administrativo ilegítimo puede ser anulado sea de oficio por la misma autoridad administrativa, sea con recurso de la misma o de una jurisdicción administrativa. Hasta que tal anulación no llegue, el acto es no sólo existente, sino también eficaz. Debe ser ejecutado y observado como el acto perfectamente válido. La anulación, por lo tanto, tiene carácter constitutivo, porque hace cesar relaciones en realización y en vías de desenvolvimiento. En cuanto a su eficacia, sin embargo, teniendo causa en vicios contemporáneos a la formación del acto anulado, ella actúa con retroactividad al momento de tal formación. El acto queda en la nada desde su origen y los efectos por él producidos deben ser eliminados o reparados. La anulación de oficio puede ser pronunciada en cualquier momento; la de recurso, sólo si éste haya sido presentado en términos y con formas establecidas por la ley. La anulación puede no tener lugar. En tal caso, el acto viciado se comporta como un acto en todo válido y regular.

2) Esta última observación es exacta solamente donde se consideran la administración pública y los ciudadanos. Como sabemos, la primera puede ejecutar sus actos y los segundos están obligados a prestarles obediencia, independientemente de su legitimidad. Los órganos jurisdiccionales, en cambio, cuando sean llamados a decidir una controversia cuya solución dependa de la existencia de un acto administrativo, independientemente de los casos en que tales órganos están investidos del poder de anulación, deben indagar si el acto es legítimo y, en caso de solución negativa, deben rechazar su aplicación y decidir la controversia como si el acto no existiese o fuese nulo (ley de lo contencioso-administrativo, art. 5,

aplicable por constante jurisprudencia también fuera de la jurisdicción ordinaria a que la ley se refiere). La inaplicación limita sus efectos al caso deducido en juicio y no prejuzga las aplicaciones que el acto pueda tener con respecto a otros sujetos y también a los sujetos que estuvieron en la causa, fuera del caso antedicho.

b) La invalidez por vicios de mérito tiene efectos mucho más limitados de la debida a vicios de ilegitimidad [88]. Ella no comporta nunca la inaplicabilidad del acto, y en cuanto a la eliminación que toma el nombre de *revocación*, su admisibilidad es menos extensa que la de la anulación. Como veremos, la revocabilidad no se aplica a todos los actos administrativos. Además, mientras por parte de la administración, salvo tales límites, puede ser usada solamente si el acto tiene vicios de mérito, y el interés público la requiera, en lo que se refiere a la revocación con recurso, es admitida sólo cuando el recurso está dirigido a la autoridad administrativa superior o, si dirigido a la jurisdicción administrativa sólo en los casos excepcionales en los que la ley, en modo expreso, declara al recurso extendido al mérito. La revocación fundándose en vicios originarios del acto, actúa con retroactividad, como la anulación, al momento de ser dictado. Si el vicio de mérito inviste solamente a algunas partes del contenido del acto, esto puede ser simplemente modificado y corregido. Tal modificación toma el nombre técnico de reforma del acto administrativo.

3. Las causas de nulidad. Falta de sujeto; diversas hipótesis. — Las causas de nulidad y anulabilidad no están

[88] Sobre invalidez por vicio de mérito, cfr. Romano, *Annullamento*, en "Nuevo Dig. itaï.", vol. I, Torino, 1937, p. 473; íd. *Corso*, p. 265 a 280; Miele, *Principî*, p. 204 y ss.; Pappalardo, *Invalidità degli atti amministrativi per motivo di merito*, en *Scritti in onore di S. Romano*, vol. II, Padova, 1940, p. 141; G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1940, p. 43 y ss.; íd., *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1942, p. 137 y ss.

especificadas por la ley, ni en modo general, ni con referencia a cada categoría de actos. Si algunas disposiciones hablan en algunos casos de actos nulos, de actos nulos de pleno derecho, de actos inválidos, de actos impugnables, las diversas expresiones no tienen siempre el significado técnico correspondiente, pero presentan un valor que debe ser determinado, cada vez, en base a criterios sistemáticos y generales.

A) Como dijimos, la nulidad se verifica cuando el acto administrativo carece de uno de sus elementos esenciales. Esto corresponde a cuanto está dicho en el art. 1418, inciso segundo, del Cód. civil, acerca de las causas de nulidad de los negocios de derecho privado. No encuentra en cambio correspondencia en el derecho administrativo la regla enunciada en el segundo inciso del mismo artículo, según la cual el negocio es nulo también, cuando es contrario a cualquier norma imperativa: el acto administrativo viciado por violación de la ley es solamente anulable (v. más adel., n. 5). Debemos precisar cómo en la práctica puede verificarse la falta de los elementos esenciales del acto administrativo, examinados a su tiempo.

a) La falta de sujeto puede ocurrir cuando un acto, con la apariencia de acto administrativo, haya sido realizado por persona privada de la cualidad de órgano de la administración pública, sea en sentido propio, sea en sentido lato de una persona de cualquier modo que sea investida del ejercicio de una función pública. No se tiene en tal caso un acto administrativo, sino un acto privado de cualquier valor jurídico, salvo por los efectos que puede tener como causa de responsabilidad penal para la persona que lo ha cumplido (usurpación de funciones públicas: Código penal, art. 347).

No es de confundir la hipótesis del usurpador con aquella, muy diversa, del funcionario de hecho, es decir de aquel que se encuentra investido de una función pública con el concurso de la voluntad de la administración, aunque en modo irregular, sea porque el nombramiento resulte afectado por tales vicios, que determinan después la anulación, sea porque la misma haya cesado de tener eficacia por una causa que ha

dado fin a la relación, sea porque el nombramiento mismo faltó del todo y sólo en vía de hecho la persona fué investida de la función. En estos últimos casos se tendría, en rigor, la misma falta de la calidad del órgano, que hemos contemplado precedentemente. Y también en el primer caso, podría decirse igualmente a causa del valor retroactivo de la disposición con la que después se note la irregularidad y anule el nombramiento. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están concordes al considerar que los actos cumplidos por el funcionario de hecho no son nulos y ni siquiera inválidos. Solamente falta el acuerdo sobre el fundamento jurídico de tal convicción. La opinión tradicional pondría el fundamento en un principio de equidad, según el cual no sería lícito turbar los derechos y las situaciones jurídicas adquiridas por todos aquellos que, de buena fe, han estado en relación con el funcionario de hecho. Alguien ha añadido también la conveniencia administrativa de evitar aquellas continuas indagaciones en la regularidad de la posición de los funcionarios públicos, que se convertirían en necesarias para todos, si los actos que les corresponden estuviesen expuestos a la nulidad por la posición irregular del sujeto [84]. Estas varias explicaciones, empero, se refieren solamente a los actos cuya nulidad puede, de algún modo, dañar a los ciudadanos. Precisamente se ha propuesto una solución distinta, aplicable, sin distinción, a cualquier acto cumplido en la situación que hablamos. Se refiere al concepto de función abstractamente considerada y a la referencia al Estado de todos los actos cumplidos por el mismo, cualquiera sea la posición de la persona física, que reviste la calidad de órgano. Jurídicamente no existe el funcionario, sino la función, y por lo tanto el ente del cual la función forma parte [85]. Otros han buscado los principios de

[84] RANELLETTI, *Teoria*, p. 58 y ss.; FORTI, I, p. 272 y ss.; VITTA, 3ª ed., I, p. 182. Contr., sin embargo, CAMMEO, *Corso*, I, p. 943; III, p. 1270. Sobre los particulares, v. la amplia monografía de VITTA, *Il funzionario di fatto*, en "Riv. di dir. pubbl.", XV, 1923. Para una detallada noticia histórica y de derecho comparado, v. ACOSTINELLI, *Il funzionario di fatto*, Campobasso, 1921, ps. 23-84; del mismo: *Il possesso e il funzionario di fatto*, Piacenza, 1925.

[85] ROMANO, *Corso*, p. 109 y ss.

necesidad, los cuales impondrían mantener, en el interés del ordenamiento y del derecho, lo que ha sido hecho por quien, en cierto momento, tenía oficialmente la calidad de funcionario [86]. De todos modos, para las consecuencias prácticas es suficiente el juicio concorde en torno a la no importancia de la posición del funcionario para la validez del acto administrativo.

Cuando el acto administrativo emana de un órgano de la administración, no puede ser, habitualmente, nulo por razones atinentes al sujeto. Si tal órgano al dictarlo ha excedido los límites de su competencia, el acto puede ser viciado, pero no deja de ser un acto administrativo. Hay una hipótesis, sin embargo, en la cual la incompetencia del órgano genera la nulidad del acto. Y es la de la incompetencia absoluta, es decir, de la incompetencia que se verifica cuando el órgano administrativo haya invadido la competencia de una autoridad no administrativa (legislativa o judicial), o bien cuando el acto administrativo haya surgido de un órgano perteneciente a uno de estos poderes, distintos del ejecutivo. Una decisión en materia civil tomada por un prefecto, o una concesión de bienes públicos, emanada de un juez ordinario son actos de tal manera lejanos del orden legal de las competencias, que la figura del órgano desaparece y el acto se considera propio del titular como persona extraña a la administración. Es cierto que las leyes conceden contra tales actos recursos y otros remedios [87]; pero éstos se deben considerar dirigidos a obtener no la anulación del acto, sino la simple declaración de nulidad.

A la incompetencia absoluta, llamada también exceso de poder (en el sentido de extralimitación de poder), se pueden equiparar aquellas formas igualmente graves de incompetencia, que son posibles entre los mismos órganos del poder ejecutivo, cuando sean distintos y lejanos los campos de la respectiva competencia. Un diploma escolar emitido por un intendente de finanzas, una autorización de policía otorgada por un superintendente de escuelas son ejemplos no menos graves de los recordados a propósito de la incompetencia absoluta. Los actos no son, ni siquiera en estos casos, referibles a las autoridades indicadas, sino propios exclusivamente de las personas físicas que los han materialmente cumplido. Falta, por lo tanto, en tales personas la calidad de órganos; la situación no es distinta de la usurpación de las funciones públicas y el acto es por eso nulo.

[86] MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, Padova, 1936, p. 60

[87] Ley de 31 marzo 1877, sobre conflictos, art. 3, n. 3; T. O. 26 junio 1926, sobre el Consejo de Estado, art. 26.

4. AUSENCIA DEL OBJETO, DE LA VOLUNTAD, DEL CONTENIDO Y DE LA FORMA. — *b*) La ausencia del segundo elemento, es decir, del objeto, se verifica todas las veces en que sea indicado como tal un bien o una actividad que no pueda ser objeto de una relación de derecho público. Así un bien patrimonial disponible, una actividad puramente privada, fuera de los casos en que ésta pueda sufrir limitaciones por parte de la administración. Puede ocurrir que sea posible la conversión del negocio jurídico público en otro de derecho privado, respecto al cual el objeto pueda resultar idóneo (ver, § 6, n. 8). Esto, empero, no excluye que el negocio originario, como acto administrativo, deba considerarse nulo, al igual que el negocio jurídico privado que tenga por objeto un bien público o una función pública.

c) La falta de voluntad se encuentra en cierto modo en el caso de la violencia física o material (*vis absoluta*), ejercida en la persona que aparentemente dicta el acto: esta persona es órgano de la administración pública, pero el acto que ella cumple bajo la acción de la violencia ajena no es expresión de su voluntad, sino de la voluntad de aquel que ha ejercido la violencia. Falta, por lo tanto, la voluntad de quien representa y personifica la administración pública. Esta conclusión no contrasta con los principios de derecho privado, que hablan de la violencia como causa de simple anulabilidad (Cód. civil, art. 1434 y sigs.). Tales artículos se refieren so-

lamente a la violencia moral, mientras, en lo que respecta a la violencia física, la doctrina está concorde en considerarla, también en este campo, como causa de nulidad [88].

No siempre es causa de nulidad el desacuerdo entre la voluntad del agente y la expresada por él en el acto. Como es sabido, tal desacuerdo puede ser debido a error o simulación. El error del que aquí se trata no es el vicio típico de la voluntad, del que se hablará en otra parte, sino un vicio de la declaración, llamado técnicamente *error obstativo* y consistente en la ignorancia del verdadero significado de las palabras usadas, por lo cual se indica un bien en vez de otro, una disposición en lugar de aquella que realmente se requiere. En tales actos, la voluntad no falta y ni siquiera puede llamarse viciada, sino que viciada es sólo su manifestación externa. Tal vicio puede dar lugar, según la regla general, solamente a la anulación del acto administrativo y, a veces, a su simple rectificación [89].

La *simulación* consiste, en cambio, en un desacuerdo deseado entre la verdadera voluntad y la voluntad declarada. Tal simulación dícese absoluta o relativa, según que ningún acto sea en realidad querido, o sea en cambio querido un acto de contenido diverso del manifestado. La simulación absoluta, salvo la dificultad de su demostración, produce nulidad del acto. Esto es evidente en el ejemplo de un acto administrativo escrito por una autoridad sólo para indicar a los órganos inferiores cómo, en el caso, el acto del que se trata debe ser redactado; o bien, de un acto administrativo dictado sólo para producir un determinado estado de ánimo en algunas personas o en la generalidad. Muy discutida es en derecho privado la condición de los actos simulados sólo en modo relativo. Excluyendo que estos actos puedan considerarse nu-

[88] Coviello, *Manuale*, p. 367. Según el Código la nulidad puede hallar fundamento en el principio general del citado art. 1418, inc. 2º.

[89] El Código civil (a. s. 1428 y 1429) reúne, a los efectos de la anulación, el error en la declaración con el error sobre el motivo; esto puede ser discutible desde el punto de vista sistemático, pero sustancialmente confirma la eficacia del error opuesto.

los, se pregunta si, en el contraste entre las dos voluntades, deba darse prevalencia a la real no manifestada, o bien a la aparente, que resulta de la manifestación [90]. El Código civil vigente (art. 1414 y ss.), siguiendo la doctrina predominante, ha resuelto la cuestión distinguiendo los efectos del acto entre las partes, de los del mismo con respecto a terceros. Tal principio, justificado por la plena autonomía de los particulares en el campo jurídico que les es propio, no sería aplicable en el derecho público. Aquí no es admisible que la administración pública pueda invocar la simulación para substituir una voluntad recóndita a la que resulta de sus disposiciones. La simulación no puede ser demostrada, sea por la administración, sea por cualquier interesado, sino con el fin de probar que el acto está viciado y justificar su anulación. La simulación, en efecto, revela siempre en el agente un fin diverso del aparente, claramente en contraste con los principios en los que debe inspirarse la administración pública y fácilmente reconducible a la amplia y comprensiva figura del exceso de poder, de lo que se hablará a continuación.

d) La falta de contenido se identifica con la imposibilidad de ilicitud del mismo. Es superfluo dar ejemplos de acciones materialmente imposibles y es de por sí evidente cómo el acto que ordene, prohiba, autorice semejantes acciones, sea acto completamente privado de contenido. El mismo efecto de la imposibilidad material debe reconocerse a la imposibilidad jurídica y a la ilicitud. Son ejemplos de actos jurídicamente imposibles la adquisición de bienes fuera del comercio o la transmisión de derechos intransmisibles. Contenido jurídicamente ilícito es el dirigido a prohibir o permitir una acción prohibida por la ley bajo amenaza de una pena. La relativa prohibición tiene un contenido jurídicamente sin importancia, el permiso un contenido jurídicamente imposible [91].

[90] Coviello, *Manuale*, p. 372 y ss.; De Ruggiero, *Istituzioni*, vol. I, p. 239 y ss.; Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1913; Pestalozza, *Appunti in tema di simulazione relativa*, en "Riv. di dir. comm.", 1917, I, p. 737.

[91] Ranelletti, *Teoria*, p. 64 y 69.

e) Es también causa de nulidad la falta absoluta de declaración externa de la voluntad. El acto jurídico no toma vida sino de la declaración, sea escrita u oral y también tácita. Además, cuando se prescribe una declaración formal, la falta de la forma establecida es causa de nulidad y dicha forma no puede ser substituída por ningún otro medio de declaración escrita, oral o tácita [92]. Constituye, en cambio, simple vicio, y no importa nulidad, la omisión, en una declaración formal, de uno o algunos de los requisitos prescriptos como elementos de la declaración misma (la motivación, la certificación de un parecer obligatorio). A menos que se trate de un requisito esencial, como la disposición, es decir la expresión de la voluntad administrativa o la firma de la autoridad.

5. LAS CAUSAS DE INVALIDEZ; VICIOS RELATIVOS AL SUJETO. — B) De los vicios que hacen al acto simplemente inválido, a diferencia de todo lo que se dijo para las causas de nulidad, las leyes hablan repetidamente. Sin embargo, los restringen a todos en tres figuras solas: la *incompetencia*, el *exceso de poder* y la *violación de la ley*. En realidad, los defectos del acto administrativo, aunque puedan reducirse a tales figuras comprensivas y fundamentales, son mucho más numerosos y nosotros debemos examinarlos particularmente, siguiendo el mismo orden adoptado para las causas de nulidad.

a) Los vicios que pueden afectar al acto por su elemento subjetivo son la incompetencia relativa, la irregular constitución del órgano y la falta de participación de más órganos, cuando está prescripta.

1) La incompetencia de la que ahora se habla es la que puede verificarse entre autoridades pertenecientes a la misma

[92] La nulidad es excluída cuando el acto se formó regularmente y luego fué destruído o tergiversado. En este caso se trata solamente de probar la existencia del acto administrativo y parece aplicable por analogía el art. 2725 del Cód. Civil. Cfr. LUCIFREDI, *Forma scritta e prova testimoniale di atti amministrativi*, en "Riv. di dir. civ.", XXV, 1933, p. 417.

rama de la administración pública: el prefecto y el jefe de policía, el ministro de obras públicas y el director provincial de los ingenieros civiles, o bien los prefectos de dos provincias distintas. No tiene importancia que las autoridades sean del mismo grado o de grados jerárquicos diversos, ambos órganos del Estado, o bien de entes públicos distintos. Decisiva es solamente la circunstancia que la incompetencia no sea tal de determinar la nulidad del acto, según todo lo que ya hemos dicho (n. 3). La incompetencia puede referirse también a los actos complejos, por los cuales ella subsiste con tal que resulte incompetente una de las autoridades que han participado en la disposición.

2) La constitución irregular del órgano se considera en el caso particular de los actos colegiados. Aunque del colegio formen parte personas que por ley deberían estar excluídas a causa de incapacidad o incompatibilidad con otras funciones, o bien cuando tomen parte en la deliberación componentes que, en cuanto directamente o indirectamente interesados en el acto, deberían abstenerse, la disposición es inválida e impugnable. Esta solución, distinta de aquella generalmente aceptada para la hipótesis del funcionario de hecho, es debida a varias disposiciones legales, que consideran expresamente no sólo el modo de constitución de algunos órganos, sino también la consecuencia ya dicha para cualquier irregularidad de su composición en las relaciones de los actos cumplidos [93]. El vicio se resuelve, en tal modo, en la genérica violación legal.

3) Tratándose de actos complejos, puede verificarse un vicio particular donde una o más de las autoridades que deben tomar parte en el acto resulten no haber participado. Este vicio no se refiere a la competencia, ni a la regular constitución del órgano. Pero es un vicio relativo al sujeto. Como no sirve para excluir la existencia del acto administrativo, se debe considerar causa de simple anulabilidad y

[93] Cfr. p. ejemp., el art. 279 de la ley comunal ya citada.

base posible de impugnación del acto bajo el mismo título de la violación de la ley.

6. VICIOS DE LA VOLUNTAD; EL EXCESO DE PODER. — *b*) Entre los vicios concernientes a la voluntad, asume en el derecho administrativo decisiva importancia el *exceso de poder* [94]. Tal expresión, además del significado de incompetencia absoluta de que hemos hablado y que puede llamarse extralimitación de poder, asume varios otros, de los cuales el principal es la *desviación de poder*. Este último consiste en la desviación del poder discrecional del fin, que las leyes en cada oportunidad entienden que con él se alcanza. Se resuelve por lo tanto, en un vicio relativo a los motivos, porque se verifica cuando la autoridad, al tomar una disposición, está impulsada por un motivo distinto del que, por la causa del acto, ella debería inspirarse.

Puede ser útil dar algún ejemplo. En tiempo de epidemia el prefecto puede, con su decreto y al fin de evitar la propagación de la enfermedad, limitar o prohibir el traslado de las personas de una comuna a otra de la provincia. El uso de tal medida, aunque aparentemente justificada por las condi-

[94] Sobre tan importante tema v. ORLANDO, *Trattato*, III, ps. 800 a 815; A. CODACCI-PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, en *Scritti di diritto pubbl.*, Città di Castello, 1900, p. 285; RAGNISCO, *L'eccesso di potere*, en "Legge", 1906, p. 180; PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, ps. 90 y ss.; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, p. 185 y ss.; PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo, secondo la giurisprudenza del Cons. di Stato*, en *Studi in occasione del Centenario del Cons. di Stato*, Roma, 1932, p. 429. Sobre el origen y desarrollo del concepto en la jurisprudencia francesa: LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª ed., París, 1896, vol. I, ps. 394 a 560; HAURIOU, p. 401 y ss.; TOURNYOL DU CLOS, *Essais sur le recours pour excès de pouvoir*, París, 1905; DARESTE, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, París, 1914; BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, en "Rev. de dr. publ.", XI, 1923, p. 364; WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929; TEZNER, *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*, en "Jahrb. des öff. Rechts", V, 1911, ps. 67 a 135; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., ps. 210 a 246. V., además, las obras citadas en oportunidad de tratar el poder discrecional.

ciones no buenas de la salud pública, puede ser ilegítimo por desviación del poder, donde se demuestre que las razones higiénicas han provisto a la autoridad de un simple pretexto para dictar el acto, mientras el verdadero fin que ella se ha propuesto y por el cual lo ha hecho, es el de evitar perturbaciones en el orden público y en la seguridad, tenidas a causa de descontentos ya manifestados en la población.

Los ejemplos se pueden multiplicar. Frente a una cierta transgresión disciplinaria, la administración, si la considera de particular gravedad, tiene el poder de aplicar al empleado la pena de licenciamiento. El uso de tal poder se convierte, empero, en ilegítimo, si es dirigido al fin de dejar vacante un puesto, que la administración se propone suprimir, evitando quedar vinculada al período de disponibilidad y a las otras cargas que le derivarían de una dispensa por supresión de la función. Otro ejemplo muy común es el de licenciamiento de un empleado al final del período de prueba, motivado por la falta de correspondencia de sus aptitudes con las necesidades de la función, pero realmente dispuesto con el fin de evitar un licenciamiento por motivos disciplinarios, del que el empleado se hubiera hecho tal vez merecedor, pero que le habría ofrecido las especiales garantías de procedimiento y defensa que el derecho establece en las relaciones de las penas disciplinarias.

Además de esta figura fundamental de exceso de poder, la jurisprudencia, seguida por la doctrina, hace entrar en el mismo vicio una serie de otras irregularidades, también atinentes al elemento volitivo. Las principales de éstas son:

1) La *tergiversación de los hechos*, que se verifica cuando en la motivación de la medida son afirmados, como sus presupuestos, hechos inexistentes, o son negados hechos reales. A la tergiversación está equiparada la valoración imprecisa o inadecuada, en cuanto revela un vicio lógico en la consideración de los hechos afirmados. Si en cambio se trata de apreciación inoportuna o injusta, se sale del vicio de la legitimidad para entrar en el del mérito;

2) La *ilogicidad manifiesta* consiste en la falta de nexo lógico entre los varios motivos, o entre la motivación y la parte dispositiva del acto;

3) La *contradicción con una manifestación precedente de voluntad* del mismo órgano, del que emana el acto; así el castigo disciplinario, aplicado a algunos empleados por un hecho, que en una precedente circunstancia y por la misma autoridad no había sido considerado punible; o bien, el licenciamiento de un empleado por incapacidad, mientras poco tiempo antes habían sido confiados a éste encargos delicados e importantes y había sido manifestada la satisfacción de la autoridad por el modo loable con que el empleado los había cumplido.

7. EL ERROR, EL DOLO Y LA VIOLENCIA. — El exceso de poder, en sus varias figuras, no es siempre el efecto de una voluntad conscientemente dirigida a un fin diverso a aquel debido o impulsado por motivos diversos de los que la disposición debería ser determinada. Como se ve por los últimos ejemplos, puede concretarse también en cualquier cambio, aunque no del todo doloso, de los motivos o del fin. Esto ha hecho posible a la jurisprudencia extender el exceso de poder, de manera de hacer entrar también otros vicios de la voluntad que, expresamente contemplados por el Código civil para los actos de derecho privado, no encontrarían correspondencia en las leyes de derecho administrativo. Tales son la violencia, el error y el dolo [95].

La primera, entendida como *violencia moral* (*vis compulsiva*), determina en el agente un motivo de decisión diverso, no sólo de aquel que en la especie debería inspirarla, sino diverso también del interés público en general, como es el

[95] CAMMEO, *I vizi di errore, dolo, violenza negli atti amministrativi*, en "Giur. ital.", LXVI, 1913, III, p. 116; íd. *Osservazioni sull'errore*, íd., LXXI, 1918, III, p. 285; DE VALLES, *La validità*, ps. 163, 186; ZANOBINI, *A proposito dell'errore come vizio degli atti amministrativi*, en "Riv. di dir. pubbl.", XIX, 1927, p. 524. En la doctrina extranjera, KORMANN, *System*, p. 299 y ss.; EULITZ, *Ungültigkeit von Verwaltungsakten wegen Irrtum*, Leipzig, 1933.

temor de un mal injusto. Este vicio puede tener en nuestro campo una aplicación más amplia que en el derecho privado. Cualquier intimidación, también basada sólo en la superioridad jerárquica, puede producir la desviación de los justos motivos, que basta para rechazar el acto.

El *error* consiste, como es sabido, en un falso conocimiento de la realidad, en nuestro caso de los presupuestos jurídicamente necesarios para que el acto pueda formarse o de los que, aun siendo de apreciación discrecional, influyen en la determinación de la voluntad, de modo que se puede considerar que ésta no se hubiera determinado, si el error no hubiera intervenido. Los mismos efectos pueden atribuirse al *dolo*, el que también determina un falso conocimiento de los hechos y de las situaciones de hecho, cuya existencia es necesaria, o por lo menos influyente, para la determinación de la voluntad. El dolo difiere del error, sólo porque no es causal, pero es el efecto del engaño de un tercero. Esta circunstancia puede tener como consecuencia una responsabilidad de quien usó del engaño, pero respecto a la autoridad que emite la disposición y a su determinación, el dolo tiene solamente los efectos del error.

Consecuencia del error y del dolo en las relaciones del acto administrativo puede ser, según los casos, la violación de la ley o el exceso de poder. Se verifica la primera hipótesis cuando el falso conocimiento cae sobre presupuestos jurídicamente necesarios para emanar la disposición. Tales, en el caso del nombramiento de un empleado, su calidad de ciudadano, su buena conducta, el título de estudio requerido. El nombramiento de quien carece de uno de tales requisitos, sea que tal falta esté ya en conocimiento de la autoridad, o que sea por ésta ignorada, es contrario a la ley y por lo tanto viciado por su violación. Si, en cambio, el error o el dolo caen en elementos que la autoridad es libre de apreciar discrecionalmente, ellos influyen sólo en la dirección de la voluntad y, si llegan a turbar su normal determinación, el vicio puede decirse de exceso de poder. Tal el error que la administración

comete al proceder a la concesión de un servicio público, con respecto a la potencialidad económica o al equipo técnico de la firma concesionaria; aquel en que la misma incurra al decidir proceder a la expropiación de un inmueble, ignorando la posibilidad de proceder a la adquisición por venta voluntaria de otro inmueble en posición no muy diversa del primero.

Junto al error de hecho, debe ser considerado el error de derecho. Según los principios generales, cuando caiga en normas relativas a las condiciones de substancias y de forma, que deben ser observadas en la emanación de la provindencia, constituye el vicio de violación de la ley. Si, en cambio, el error se refiere a las consecuencias, que el derecho atribuye al acto administrativo, entra en acción el principio de la no importancia del error de derecho y el acto despliega completamente su eficacia, no puede ser invocado el error para demostrar el vicio y la desviación de la voluntad. Diverso es el caso en que el error se refiere a una ley que no tenga relación directa con la medida, y que de cualquier modo haya influído en la determinación: una concesión otorgada a una sociedad de responsabilidad limitada, en la errónea convicción, causada por un error de interpretación de la ley comercial, en el sentido de que se trate de sociedad de nombre colectivo. En estos casos, el error de derecho tiene los mismos efectos del error de hecho y puede ser invocado como motivo de anulación del acto administrativo [96].

8. VICIOS DEL CONTENIDO, PROCEDIMIENTO Y FORMA. — Los vicios atinentes al contenido, al procedimiento y a la forma entran todos en el concepto de violación de la ley.

c) Con respecto al contenido, del principio de la tipicidad de los actos administrativos deriva evidentemente el vicio de violación de la ley en cualquier acto que sea realizado con contenido que no responde a ninguna de las figuras típi-

[96] Así es la teoría civilista del error de derecho, la cual, por su fundamento parece ser de carácter general: ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi*, cit., p. 97 y ss.; COVIELLO, *Manuale*, p. 389; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, I, p. 251.

cas previstas por la ley. Fuera de este caso, todo otro contraste con las normas jurídicas, que no sea tan grave como para determinar la inexistencia del acto, se resuelve en un contenido jurídicamente ilícito, o sea ilegítimo. Tal vicio es fácilmente reconocible en los actos vinculados. Con respecto a los discrecionales, para los cuales asumen mayor importancia los vicios de la voluntad, el que exponemos puede decirse restringido a los casos de la violación de los límites, dentro de los cuales la discrecionalidad debe ser contenida.

Recordamos, en fin, que el contenido, más que de eventuales vicios de legitimidad, puede estar afectado por vicios de mérito, en cuanto se trate de disposición inoportuna o contraria a reglas técnicas o a criterios de equidad o de buena administración. De los efectos limitados de tales vicios, hemos en parte hablado ya y precisaremos mejor a continuación.

d) El procedimiento no constituye elemento esencial del acto. Por esto no hemos incluído la omisión como tal del mismo entre las causas de nulidad. Pero, tal omisión, total o parcial, determina la invalidez del acto. Este defecto ha sido a veces reconducido a una forma de exceso de poder, consistente en la falta de uno de los elementos, que deben contribuir a formar la determinación de la voluntad. A nosotros nos parece más segura norma reconducir el vicio a la inobservancia de la ley. Como sabemos, la integridad del procedimiento debe resultar de las certificaciones contenidas en el preámbulo del acto. Pero, si ha sido observado y falta sólo el testimonio, el vicio se refiere en cambio a la formalidad de las declaraciones, no al proceso de formación del acto. En cambio, si no obstante esto la certificación ha sido defectuosa, se tendrán dos vicios de legitimidad: la integridad del procedimiento y la falsedad del testimonio. Puede ocurrir, en fin, que ninguna fase del procedimiento haya sido omitida, pero que alguna de ella esté de algún modo viciada. Una relación puede contener la exposición de hechos no verdaderos, una proposición puede estar afectada por error, un parecer puede haber sido emitido sin que el órgano consultivo estu-

viese en conocimiento de todos los elementos influyentes en la decisión. No siempre tales vicios del procedimiento inciden en la validez del acto final. Esto puede decirse sólo cuando el vicio haya sido tal de poder influir en el conocimiento o en la voluntad del órgano que ha emitido el acto administrativo.

e) Los defectos referentes a la manifestación exterior de la voluntad administrativa están limitados a las declaraciones formales y consisten en la falta de uno cualquiera de aquellos elementos, que resultan jurídicamente necesarios, según los principios en otra parte examinados. Así la omisa mención de una proposición o de un parecer obligatorio, la falta o la insuficiencia de la motivación, cuando ésta se encuentra prescripta [97].

En las relaciones de cualquier forma de ley, es necesario advertir que la palabra debe ser entendida en el sentido amplio de norma jurídica, comprensivo, es decir, de la ley formal y de cualquier otra fuente material. A veces ha sido sostenido que, tratándose de limitaciones a la libertad de la administración respecto ya sea del contenido, sea de la forma de sus actos, ellas no pueden derivar sino de las leyes formales y de los actos equiparados. Sin embargo, los principios relativos a las fuentes en sentido material enseñan que la administración puede siempre limitar con eficacia vinculativa su poder discrecional, por medio de normas basadas en su autonomía. Las fuentes, por otra parte, consideran la misma noción de la violación de las leyes y la de los reglamentos generales y especiales.

Muy discutida es la cuestión de los efectos de la violación de circulares, instrucciones y otras normas internas. También ellas limitan el poder discrecional de las autoridades a las que están dirigidas. Pero tal limitación tiene efecto en las

[97] Cuando se presenta esa oportunidad hemos visto en p. 358 y ss. Acerca de la mención del parecer obligatorio, la jurisprudencia considera que es necesaria para la validez del acto sólo cuando está prescripta expresamente por la ley.

relaciones con los ciudadanos y su inobservancia no puede constituir violación de la ley. Se considera, sin embargo, que tal inobservancia constituye igualmente un vicio de legitimidad del acto administrativo, que entra en la amplia figura del exceso de poder. Con las instrucciones, la administración determina, entre los posibles medios para la realización de un fin determinado, el que considera más adaptado y más útil al interés público. La inobservancia de la instrucción equivale al uso de medios menos útiles y menos convenientes al fin. Tal es la dirección, más que la doctrina, de la jurisprudencia del Consejo de Estado [98]. Es necesario, empero, observar que dicha determinación, hecha por la autoridad administrativa, tiene siempre carácter subjetivo y relativo, y puede ser, por lo tanto, superada en las disposiciones concretas, cuando en éstas se haga constar la razón de una diversa determinación de la voluntad en el caso de que se trata.

9. LA LLAMADA INVALIDEZ SUCESIVA. — Todos los casos de invalidez examinados en los números precedentes son debidos a vicios de legitimidad o de mérito, que vician a los actos administrativos desde su origen, porque intervienen precisamente en el proceso de su formación. Autores recientes, empero, admiten, junto a los casos de invalidez originaria, otro tipo de ésta, que es llamada invalidez *sucesiva* [99]. Esta última podría tenerse en las comparaciones de los actos con eficacia continuativa (como las autorizaciones de policía, las

[98] CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, en "Giur. ital.", 1912, III, 107; íd. *A proposito di circolari e istruzioni*, íd., 1920, III, 1; DE VALLES, *La validità*, cit., p. 186; RANELLETTI, *Teoria*, p. 78; PAPPALARDO, *L'eccesso di potere*, p. 464; AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, "Riv. ital. di dir. finanz.", 1941, II, p. 133. La jurisprudencia es concorde: p. ejemp. Cons. de Estado, Sez. IV, 5 octubre 1937 ("Foro amm", I, 1, 141); 17 diciembre 1940 (íd., 1941, I, 1, 40); Sez. V. 12 marzo 1948 (íd., 1948, I, 2, 227).

[99] ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, en "Scrit. di dir. pubbl. in onore di G. Vacchelli", Milano, 1938, p. 431; GUICCIARDI, *Giust. amm.*, cit., p. 25; MIELE, *Principî*, cit., p. 202; GASPARRI, *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939.

concesiones, los nombramientos a los cargos públicos) y consistiría en la desaparición de alguno de los presupuestos de hecho, que fueron jurídicamente necesarios para dictar el acto o que influyeron en su oportunidad. Se tendría, de tal modo, una invalidez sucesiva por razones sobrevinientes de legitimidad (la pérdida de la ciudadanía por parte del empleado, de la capacidad de obligarse por parte del autorizado, etc.) y una invalidez sucesiva por razones de oportunidad (condiciones del orden público, que hagan peligrosa la actividad permitida con la autorización, razones de interés público incompatibles con la continuación de una concesión en curso). El acto administrativo, legítimo y oportuno en el momento que fué dictado, se convertiría en inválido por el sobrevenir de nuevos hechos y de nuevas exigencias del interés público.

Según nuestra opinión, el concepto de invalidez no puede extenderse a estas situaciones. La invalidez deriva siempre de un vicio del acto administrativo y el vicio no puede ser más que una irregularidad inherente a su formación. El sobrevenir de hechos nuevos no puede influir en la validez del hecho, sino sólo en la irregularidad de la relación jurídica que en él ha tenido origen. No el acto, sino la relación puede decirse que se ha convertido en contrario al derecho o a la conveniencia administrativa. Si realmente el acto con la verificación de los nuevos hechos, se hubiese convertido en ilegítimo, desde aquella fecha debería poder impugnarse con los normales recursos administrativos y jurisdiccionales. Pero esto no ha sido nunca sostenido ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. La administración puede, de oficio, hacer cesar la relación que se ha convertido en contraria a la ley o al interés público. Pero, a tal efecto, no puede usar de la anulación del acto administrativo, sino de otra medida que no influye en el acto: las renuncias declaradas de oficio, por el empleado que pierde la ciudadanía, la declaración de caducidad para el empleado al que vienen a faltar otras condiciones de capacidad[100]. Por causas análogas y sobre todo por razones sobrevinientes de interés público, se usa en cambio la revocación del acto. Pero ésta no es la revocación en sentido propio, aunque es la que la misma doctrina citada llama técnicamente derogación del acto administrativo (ver además, § 6, n. 5).

[100] R. D. 30 diciembre 1923, n. 2960, sobre el estado jurídico de los empleados civiles del Estado, art. 46 inc. 3º, n. 1; T. O. 3 marzo 1943, n. 383, de la ley comunal y provincial, art. 9.

§ 6. *LA ANULACIÓN, LA REVOCACIÓN Y OTRAS DISPOSICIONES*

1. EL PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. — La administración pública, donde quiera eliminar los propios actos que resulten viciados o liberarlos de tales vicios no tiene necesidad de dirigirse a otras autoridades, pero puede proceder ella misma a la anulación, a la corrección y a la revocación. Tal poder, que puede decirse de *autotutela* de los derechos e intereses de la administración pública, tiene el mismo fundamento que el de la ejecutoriedad de los actos mismos. La voluntad del Estado, como se impone por fuerza propia, cuando asevera la legitimidad de los propios actos y pretende su ejecución, así se impone igualmente en modo unilateral, cuando declara ilegítimo alguno de tales actos y hace caer su eficacia. Como la ilegitimidad del primitivo procedimiento no puede hacerse valer sino en modo de no turbar el libre desenvolvimiento o de la eficacia del acto, así la eventual irregularidad de los actos de anulación o de revocación no impide que tales actos tengan todas sus consecuencias, salvo la facultad de los particulares de impugnarlos, con el fin de hacer reconocer la validez del acto que había sido anulado, con todas las ulteriores consecuencias.

Los actos con que se manifiesta el poder de autotutela, asumen, según los casos, los nombres de "anulación de oficio" o de "revocación". Tales expresiones no son siempre usadas con significado constante. Por esto, alguna vez, les es atribuído un valor también impropio. En la práctica, y a veces en las

mismas fuentes legislativas, por revocación se entiende el retiro de un acto por parte de la misma autoridad que lo ha emitido, cualquiera sea el motivo, de legitimidad o de mérito, de tal disposición; y, en oposición, es llamado anulación el acto de una autoridad superior, y también de una autoridad jurisdiccional, dirigido a eliminar una disposición precedente, sea que a esto lleguen por vicios de legitimidad, o bien por imperfecciones de mérito [101].

Desde el punto de vista jurídico y sustancial, en cambio, la distinción no puede fundarse en el diverso sujeto que procede a la medida, sino únicamente en el motivo de ésta. Y tal es el criterio que nosotros hemos seguido, hablando antes de las dos posiciones (§ 5, n. 2). Recordando todo lo que se dijo, podemos concluir que la anulación consiste en la eliminación del acto en cuanto viciado en su legitimidad; la revocación es el retiro de un acto por vicios de oportunidad [102].

Ambas disposiciones tienen carácter discrecional. La discrecionalidad es más evidente, y tiene también una mayor extensión, en la revocación, dados los motivos de conveniencia administrativa, en los que debe inspirarse; pero no falta tampoco en la anulación que, en cuanto no puede ser válidamente pronunciado, sino con respecto a actos ilegítimos, no es acto vinculado y obligatorio. En efecto, las leyes consideran siempre la anulación de oficio como una facultad de la administración. Y esto significa que ésta, aun si reconoce la ilegitimidad de una de sus disposiciones, puede abstenerse de anularlo, por razones de equidad o de conveniencia, y especialmente para no turbar las complejas relaciones que en torno a aquél pueden haberse formado. Tal discrecionalidad falta respecto a la anulación perteneciente a los órganos de contralor.

101 Este significado de las dos expresiones es acogido por los autores más recientes, Borsi, *La giustizia amministrativa*, ps. 36-37; Ragnisco, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, p. 265; Alessi, *La revocabilità*, p. 31.

102 Para concepciones distintas sobre la revocación, v. además, n. 5.

2. A) Anulación de oficio; fundamento exclusivo sobre motivos de legitimidad. — Como hemos dicho, la anulación de oficio [103] puede ser pronunciada solamente por uno de los vicios de legitimidad, particularmente examinado en el parágrafo precedente. La exclusión de la anulación por vicio de mérito, por lo menos como regla general, resulta de varias disposiciones que, hablando de la anulación de oficio, limitan en modo expreso la aplicación a los motivos de legitimidad solamente. Tales son las de los arts. 27 y 148 de la ley comunal, a propósito de las decisiones de los entes locales. El prefecto "puede pronunciar la anulación por motivos de legitimidad o recusar su aprobación por motivos de mérito". El art. 6 de la misma ley, que tiene una comprensión muy general, limita el poder de anulación que atribuye al gobierno, a los "actos viciados de incompetencia, exceso de poder o violación de la ley".

Con todo esto, no faltan autores que sostienen que la anulación de oficio pueda ser pronunciada también por motivos de mérito [104]. Esta tesis se ha querido a veces apoyar invocando la regla que admitiría la misma extensión respecto a la anulación con recurso jerárquico. Aparte de otras consideraciones, débese notar que, mientras hay acuerdo en la extensión al mérito de dicho recurso, no está en general admitido que, cuando éste sea aceptado por tal motivo, se dé lugar a la anulación. La doctrina en cambio distingue: si la autoridad acepta el recurso por motivos de legitimidad, anula la disposición impugnada, si lo acepta por motivos de mérito,

103 Sobre el tema: Romano, *Corso*, p. 278; id. *Annullamento nel diritto amministrativo*, en *Nuovo Dig. Ital.*, vol. I, Torino, 1937, p. 473; Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

104 La anulación por motivos de mérito es admitida con mayor o menor amplitud por Ranelletti, *Istituzioni di dir. pubbl.*, p. 452; Romano, *Corso*, p. 280; y *Annullamento*, cit., p. 475. Igualmente G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., p. 173 y ss.; Romanelli, *L'annullamento*, cit., p. 226 y ss. En contra: Pappalardo, *Invalidità degli atti amministrativi per motivi di merito*, en *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, vol. II, Padova, 1940, p. 141.

se limita a reformarla o a remitirla a la autoridad que la dictó para que la reforme [105].

La posibilidad de la anulación por motivos de mérito ha sido sostenida también en base a algunas disposiciones legales, que expresamente lo prevén. Se trata, empero, de poquísimas disposiciones, relativas a materias particulares, cuya presencia no puede influir en un principio que resulta del ordenamiento entero. Una de tales normas está contenida en el art. 65 de la ley de seguridad pública, según el cual el prefecto puede anular algunas disposiciones del síndico, cuando resulten "contrarias a la sanidad y seguridad pública". Otro ejemplo está contenido en los arts. 7 y 11 del D. L. 20 de junio de 1935, n. 1071, sobre instrucción superior. El Ministro de Instrucción Pública puede anular los actos de las comisiones adjudicadoras de concursos universitarios, cuando los considere "no conforme a la ley y a las exigencias de los estudios". Otras disposiciones citadas con la misma intención, no son hoy de considerarse en vigor [106]. Según nosotros, queda firme la regla por la que la invalidez por vicios de mérito no puede justificar la anulación del acto, sino solamente su revocación. La diferencia no está exenta de contenido práctico. La anulación, como veremos, no encuentra obstáculos en los eventuales derechos de los sujetos a los que el acto se refiere; la revocación puede encontrarlos y por consiguiente puede no ser, en muchos casos, posible.

3. COMPETENCIA Y EFECTOS DE LA ANULACIÓN. — La anulación de oficio corresponde, en primer lugar, a la misma autoridad que ha dictado la disposición considerada viciada; en vía subsidiaria, el mismo poder pertenece a las autoridades jerárquicas superiores, limitadamente a los casos en que la

[105] Cfr. vol. II, 4ª ed., p. 75. Conforme: RANELLETTI, *La guarentigie*, p. 231; BORSI, *La giust. amm.*, ps. 82-83; RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, p. 256.

[106] El art. 29 del R. D. 1º julio 1926, n. 1130, sobre convenciones colectivas de trabajo; y el art. 63 del T. O. 20 setiembre 1934, n. 201, sobre consejos provinciales de las corporaciones.

ley expresamente lo prevé (p. ej. el art. 6 de la ley de seguridad pública). Tiene, en cambio, contenido general el poder de anulación conferido al gobierno central. Según el art. 6 del texto único de la ley comunal y provincial: "el Gobierno tiene facultad, en cualquier tiempo, de anular, de oficio o con denuncia, oído el Consejo de Estado, los actos viciados por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley o de reglamentos generales y especiales" [107]. La disposición ya encontrábase, con algunas diferencias de forma, en varias leyes precedentes [108]. La actual formulación, hablando de "anulación", en lugar de la "declaración de nulidad", ya propia de las fuentes precedentes, excluye que la función del gobierno sea de mera certificación. Opinión que, aun bajo la legislación precedente, aunque basada en la letra de la ley, era de rechazarse, por cuanto contrasta con los principios generales [109].

Así por las antiguas disposiciones, como por el actual art. 6, la anulación de los actos ilegítimos no es, ni siquiera para el gobierno, un deber, sino una simple facultad; por esto, la demanda de los interesados, dirigida a provocar la anulación, no tiene el valor de un recurso, sino el de una simple denuncia. De la impugnabilidad del decreto de anulación, del órgano competente al respecto, y de las cuestiones relativas a este punto, se hablará en justicia administrativa.

[107] Cfr. BODDA, *Osservazioni sulla potestà di annullamento degli atti amministrativi*, en *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1932, I, ps. 88 a 122; GIACOBELLI, *Sul fondamento e i limiti del potere di annullamento e di revoca dell'atto amministrativo illegittimo*, en "Riv. di dir. pubbl.", 1939, I, 102. V. también las citadas obras de ROMANELLI, p. 237 y ss.; y de G. CODACCI-PISANELLI, p. 166 y ss.

[108] En todas las reformas del 30 diciembre 123: ley comunal (art. 114), ordenamientos sanitarios (art. 87), ley de beneficencia (art. 43). Ya se hallaba en el art. 52 de la ley de 17 julio 1890 y en el art. 104 del reglamento de ejecución de la ley comunal. El art. 6 de la ley de seguridad pública repite el principio con una modificación en cuanto a la competencia: "la providencia definitiva del prefecto no excluye la facultad de anulación de oficio acordada al Ministro".

[109] El carácter puramente declarativo del real decreto fué sostenido por CAMMEO, en "Giur. ital.", 1932, IV, p. 1 y ss.

Un poder más limitado corresponde a los órganos de contralor del Tribunal de Cuentas, respecto a los mandatos y a algunas órdenes ministeriales; al prefecto, respecto a todas las decisiones de las comunas, de las provincias, de los consorcios y de otros entes públicos comprendidos en la circunscripción provincial [110]. El poder ejercido por estos órganos de contralor difiere sustancialmente del ejercido por los órganos de la administración activa (autoridad que ha dictado el acto, autoridad superior, gobierno). Mientras por estos últimos, la anulación de oficio constituye siempre una facultad ampliamente discrecional por los órganos de contralor, en caso de ilegitimidad de un acto la anulación es obligatoria.

El poder de anulación, ejercido por cualquier autoridad, no encuentra ningún límite en los derechos o intereses correspondientes a otros sujetos, porque en los actos inválidos no puede fundarse ningún derecho o tutela jurídica. Los efectos de la anulación corren siempre *ex tunc*, porque, cuando un acto sea reconocido como viciado, debe ser eliminado desde el momento de su formación. Por esto también los efectos, que ya el acto puede haber producido, son anulados, en el sentido que deben ser, hasta donde sea posible, eliminados o reparados. Este principio comporta, sin embargo, excepciones y temperamentos, a veces establecidos con especiales disposiciones, a veces introducidos por la misma autoridad administrativa [111].

4. B) La revocación. Fundamentos sobre motivos de mérito. — Como se dijo, la revocación es la disposición que la administración puede adoptar en las relaciones de los actos

110 T. O. de 13 julio 1934, n. 1214, sobre el Tribunal de Cuentas, art. 25; ley comunal y provincial, art. 97, 148; modificados por la ley de 9 junio 1947, n. 530, arts. 3, 12.

111 Se estableció una excepción con el D. L. de 9 febrero 1926, n. 202, referente a la anulación de providencias relacionadas con la cesación del servicio por los oficiales del ejército, de la marina y de otras fuerzas armadas. Aun cuando la disposición habla de anulación luego del recurso, estimamos que es aplicable también a la anulación de oficio. Para otros aspectos: Forti, *Limiti alla retroattività dell'annullamento*, en "Foro ital.", 1931, III, p. 6.

administrativos que considere viciados solamente de inoportunidad [112]. Tal concepto de la revocación no es, sin embargo, común a todos los escritores. Aparte la tendencia, ya recordada, que usaría la palabra revocación para indicar así la disposición fundada en vicios de legitimidad como aquel justificado por motivos de mérito [113], es de notar la opinión opuesta, que excluiría que la revocación se refiera en modo alguno a actos viciados. Según esta última, respecto a los actos viciados, no se podría hacer uso sino de la anulación. La revocación no pertenecería a los medios de la autotutela, no sería un remedio a los defectos de los actos inválidos, sino que representaría el ejercicio de la misma potestad en base a la cual fué dictado el acto del que se trata. Esta potestad no se agotaría en tal emanación sino que comprendería también el poder de rever la propia conducta y modificarla en base a una diversa valoración de las circunstancias de hecho y del interés público [114]. Esta opinión fundaría la revocación en una apreciación puramente subjetiva de la utilidad del acto dictado y privaría además de todo remedio de oficio a los actos viciados de inoportunidad para los cuales el derecho no concede la anulación, o sea la mayor parte de los actos administrativos. Si también dichos actos pueden ser revocados, esto no sería debido a sus vicios, sino a la facultad que tiene la administración de revocar todas sus disposiciones, comprendidas aquellas perfectamente regulares.

112 Sobre el tema de la revocación, v.: Ragci, *La revocabilità degli atti amministrativi*, en "Riv. di. dir. pubbl.", IX, 1917, 316; Vitta, *La revoca degli atti amministrativi*, en "Foro amm.", 1930, IV, p. 1; Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; Alessi, *La revocabilità dell'atto amministrativo*, Milano, 1941; Guicciardi, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, en *Scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937. En la doctrina de otros países: Kormann, *System*, ps. 233 a 415; Ipsen, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburgo, 1932; Delbez, *La révocation des actes administratifs*, en "Rev. de dr. publ.", 1928.

113 Supra.

114 La opinión fué expresada por Ranelletti, *Teoria*, 128 y más detallado, Romano, *Corso*, p. 287 y *Annullamento*, cit., p. 474. Conforme: Ipsen, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, cit., p. 16.

La revocación, como medio de autotutela, está fundada igualmente en una nueva apreciación de los hechos y del interés público, pero tal apreciación sirve para justificar la revocación sólo cuando la diferencia entre lo que fué hecho y lo que hubiera sido oportuno hacer, es así capaz de constituir un vicio de la disposición. Esto tiene la ventaja de excluir que la revocación pueda tener una aplicación indefinida y arbitraria.

Por estas razones, nosotros preferimos limitar el concepto de la revocación a una forma de remedio contra los actos administrativos que, sin ser contrarios al derecho, están viciados en el mérito [115].

Fundándose en la valuación de existencias y circunstancias contemporáneas a la emanación del acto y en vicios originarios de éste, la revocación tiene eficacia *ex tunc*, con el mismo título por el cual tal eficacia es reconocida a la anulación. Esto a veces ha sido puesto en duda y aun directamente excluído, especialmente por la jurisprudencia. Las razones de tal opinión, empero, no parecen fundadas. El daño injusto que se dice derivar a los derechos y a los intereses privados de la eficacia retroactiva, pierde importancia, siempre que se tenga en cuenta de las necesarias distinciones que, precisamente por respeto a los intereses privados, deben hacerse entre actos revocables y no revocables. Admitido que un acto sea, por este motivo, revocable, no hay razón de no aplicar el principio lógico, por el que cualquier retiro del acto, que esté fundado en motivos contemporáneos a su formación, debe tener efecto desde el mismo momento de aquélla. Se debe considerar que, en substancia, la revocación tiene la misma justificación de la anulación. Ambos son medios, con que la administración, en el interés público y en modo discrecional, pone remedio a una irregularidad notada en su conducta precedente.

115 En igual sentido: DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., p. 397; D'ALESSIO, *Istituzioni*, 3ª ed., vol. II, p. 219 y ss.; GUICCIARDI, *L'abrogazione*, cit., ps. 356-367.

Otra disposición, con la cual la administración puede conseguir el mismo efecto respecto a los actos viciados en mérito, es la *reforma*. Ella consiste en la simple modificación del precedente acto administrativo, con la substitución de aquellas partes que resulten afectadas por el vicio con otras cláusulas que más responden al interés público. La reforma tiene el mismo fundamento y los mismos efectos que la revocación. Puede decirse una revocación parcial o total, acompañada por una disposición nueva.

5. REVOCACIÓN POR MOTIVOS ULTERIORES AL ACTO. — A veces se habla de la revocación dando a la expresión un significado algo diverso del indicado. El significado de una disposición con la cual la administración, por cambiar las condiciones de hecho o por nuevas exigencias del interés público, hace cesar la eficacia, ya en vías de desenvolvimiento, de un precedente acto administrativo. Esta disposición no puede tener efecto sino *ex nunc*, es decir desde el momento en que es dictada. Según algunos, sólo a esto debería reducirse el concepto de la revocación [116]; según otros, en cambio representaría un acto del todo independiente de aquel cuya eficacia hace cesar y por lo tanto no tendría ninguna relación con la revocación en sentido propio. A tal designación se debería substituir la palabra "derogación", que corresponde al concepto de un acto administrativo que hace simplemente cesar la eficacia de un acto administrativo precedente [117].

Compartimos esta última opinión. Ya dijimos que las dos figuras de revocación son distintas y que sólo la pronunciada por la diversa apreciación de los hechos y con eficacia *ex tunc* se debe considerar como revocación en sentido propio. La revocación por hechos sobrevinientes incide más bien que en el acto, en la relación por él creada.

La revocación, en una y otra forma, encuentra su fundamento en la función, que tiene la autoridad administrativa,

116 RESTA, *La revoca*, cit., p. 107 y ss.

117 ROMANO, *Corso*, p. 293; GUICCIARDI, *L'abrogazione*, cit., p. 268.

de proveer en el mejor modo a la consecución de los fines públicos. Cuando el acto ya dictado se demuestre a éstos inadecuado, sea porque fueron mal apreciadas las circunstancias y las necesidades generales en el momento de dictarse, sea porque en un momento sucesivo tales circunstancias y tales necesidades sufrieron una modificación, que hizo al acto no más adaptado al fin, la administración tiene facultad de retirar, en todo o en parte, su disposición, con el fin de substituirla con otras más idóneas. Característica de la revocación es, en uno y otro caso, su plena discrecionalidad. La administración, también si se verifican las circunstancias por las cuales podría hacer uso del poder de revocación, puede omitir de proveer, donde crea que, por el mismo interés público, sea más conveniente no turbar la situación ya determinada con el acto del que se trata.

Se debe en fin advertir que la segunda forma de revocación, es decir la derogación, puede ser usada, más que para eliminar una relación que no responde más al interés de la administración, también para poner término a lo que ha hecho desaparecer aquellos presupuestos de hecho, que son condición necesaria para la constitución y para la subsistencia de la relación. La disposición, en estos casos, presenta para la administración un grado de discrecionalidad muy restringido y es con frecuencia declarada obligatoria. La doble función de la derogación (o revocación en sentido impropio), encuentra claro reconocimiento en el siguiente art. 11 (último inciso) de la ley de seguridad pública: "las autorizaciones *deben ser revocadas* cuando en la persona autorizada vengan a faltar, en todo o en parte, las condiciones a las cuales están subordinadas, y *pueden ser revocadas* cuando sobrevengan circunstancias que habrían impuesto o consentido la denegación de la autorización".

6. CONDICIONES Y LÍMITES DE LA FACULTAD DE REVOCAR. — La revocación por vicios de mérito originarios y aquella por razones de mérito sobrevinientes son regidas por algunos principios comunes que debemos resumir.

La revocabilidad, aunque considerada comúnmente propia de todos los actos administrativos, encuentra una serie de límites derivados del deber, que a veces incumbe a la administración, de respetar las situaciones jurídicas que el acto administrativo haya constituído a favor de otros sujetos. El tema de tales límites está entre los más difíciles de nuestra materia.

El problema atañe solamente a los actos que ya se han convertido en eficaces. No se refiere, por esto, ni a los actos imperfectos ni a aquellos cuya eficacia está en suspenso por una condición de hecho o de derecho. En consecuencia, cada acto de un procedimiento es siempre revocable, hasta que éste no haya tenido término con el acto conclusivo. Así las opiniones y las propuestas son revocables hasta que la autoridad a la que están dirigidas no haya emitido la disposición. Igualmente, son sin excepción revocables, por lo menos según la opinión dominante, las disposiciones sometidas a contralor, antes que éste haya intervenido. Una aplicación de este principio es hecha por el art. 19 de la ley de contabilidad del Estado, según el cual, respecto a los contratos, el consentimiento de la administración es siempre revocable hasta que el acto no haya sido aprobado con las formas legales.

Dada una disposición completamente formada y eficaz, puede ocurrir que sea por naturaleza completamente irrevocable, o revocable en todo, sin ninguna limitación. Son irrevocables los actos de carácter ejecutivo o sea no discrecionales. Representan el único modo que el derecho ofrece a la administración para proveer a un interés dado, así que no es posible que a aquel interés pueda proveer en modo distinto. Igualmente irrevocables son los actos basados en un poder, cuyo ejercicio está condicionado por demanda o por la autorización de otro sujeto y se agota con emanación del acto para el cual la demanda o la autorización han sido hechas. Lo mismo debe decirse de la aprobación y en general de los actos de contralor, que una vez concedidos no pueden ser revocados.

Son, en cambio, revocables sin ninguna limitación los

actos que imponen a los particulares restricciones y obligaciones. Son actos en el exclusivo interés de la administración, por lo que ésta es libre, si una norma expresa no lo prohibe, de revocarlos y modificarlos en cualquier tiempo y con cualquier transcurso.

El problema de los límites se refiere, por todo esto, a los solos actos discrecionales que crean derechos o facultades para los particulares, sean o no contemporáneamente para ellos fuentes de obligaciones. Se dice, a este respecto, que el principio de la revocabilidad encuentra un límite en la obligación que tiene la administración de respetar los derechos adquiridos. Para decidir qué derechos pueden llamarse tales, es necesario retroceder a la distinción entre los derechos subjetivos perfectos y derechos condicionados y, con mayor razón, aquellos que hacen surgir intereses ocasionalmente protegidos. Estos derechos y estos intereses no pueden nunca encontrarse en conflicto con el interés público: donde se verifique semejante conflicto, sea porque el interés público fué mal apreciado en emisión de la disposición, sea porque haya sufrido una sucesiva modificación, tales derechos e intereses deben caer.

Toda dificultad se reduce, por lo tanto, a distinguir bien los derechos subjetivos condicionados por aquellos absolutos y perfectos. Generalmente, las autorizaciones de policía y de sanidad no constituyen, como sabemos, derechos subjetivos, pero permiten solamente el ejercicio de capacidades y de facultades existentes. Son por lo tanto actos por naturaleza esencialmente revocables por cualquier razón de interés público. Igualmente no puede decirse de las admisiones, cuya revocación debe ser justificada por exigencias generales determinadas. Por ej.: la reducción de los nombramientos en la relación de empleo, la disminución de las bancas para la admisión en los institutos públicos. Las mayores complicaciones se tienen en materia de concesiones. Parece que debe considerarse la revocabilidad de las que hemos llamado traslativas, en cuanto ellas, teniendo por objeto bienes o servicios públicos,

no pueden atribuir al particular sino derechos subordinados a la compatibilidad con el interés general, con el cual tales servicios se relacionan. Las concesiones constitutivas dan siempre lugar a derechos exclusivamente individuales, a veces directamente particulares, y por lo tanto perfectos y absolutos. No es por lo tanto revocable, salvo expresa disposición en contrario, el acto que concede la personalidad jurídica o la ciudadanía, o la legitimidad de los nacimientos [118].

Se ha discutido si la revocación puede aplicarse a los actos de carácter convencional o mejor a los actos de voluntad, con que la administración haya participado en contratos de derecho público con particulares. La cuestión fué largamente debatida para algunas concesiones comunales realizadas en la forma contractual [119]. Algunos autores para sostener la tesis afirmativa, se fundaron sobre todo en el carácter unilateral que, según una parte de la doctrina, sería propio de todas las concesiones, aun si realizadas con actos formalmente contractuales. Una razón más segura, empero, es constituída por la diversidad del interés, en la cual se inspiran las dos declaraciones de voluntad, que concurren a la formación de la relación. Tal diversidad, mientras no sirve como hemos visto, para excluir la admisibilidad del contrato entre el ente público y el privado, es sin embargo causa que los derechos, que

[118] Como ejemplo de una disposición expresa en sentido contrario podemos citar el art. 9 de la ley de 3 abril 1926, n. 563, actualmente derogada. Dicho artículo admitía la revocación del decreto de reconocimiento de las asociaciones sindicales.

[119] El hecho que diera lugar a largos debates, fué la aplicación de la energía eléctrica a la iluminación, con todas las ventajas que presenta sobre los anteriores sistemas de iluminación. Al instalarse el nuevo medio, las comunas se hallaban vinculadas con los productores de iluminación de gas por contratos de concesión, que debían durar aún muchos años; el interés público imponía la revocación de tales concesiones y su sustitución con otras a favor de empresas que dispusieran de los equipos necesarios para la producción de luz eléctrica. Sobre esta cuestión, que agitó a la jurisprudencia francesa, belga, italiana y de otros países hacia fines del siglo anterior y comienzo del presente, pueden verse los escritos de A. Codacci-Pisanelli, *Appalto e monopolio d'illuminazione*, en *Scritti di dir. pubbl.*, p. 223; Cammeo, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, en "Giur. ital.", I, p. 473.

el particular adquiere con el acto, no pueden ser, en todo caso, sino derechos condicionados a su correspondencia con el interés público al que el acto debe proveer. Este interés exige que todos los actos, cumplidos por la administración en el campo del derecho público, estén sometidos a la general condición de su posible desaparición, por sobrevenir nuevas situaciones relativas a los fines de los que se trata y a medios más adaptados para conseguirlos.

Respecto a las concesiones de los servicios públicos en general, existe una especie particular de revocación, que toma el nombre de *rescate*. Se distingue de la ordinaria, porque no está fundada en razones de interés público, que justifican a esta última. La administración, para un fin particular que puede ser también el de realizar un lucro, decide hacer cesar la relación en tiempo anterior al establecido en el acto de concesión. El rescate, a diferencia de toda otra forma de revocación, no puede ejercerse sino en virtud de una norma legal que lo autorice o de una previa reserva inserta en el acto administrativo de concesión. Además, importa siempre la obligación de una indemnización.

Acerca de las condiciones formales, el concepto mismo de la revocación importa que tal acto no puede ser dictado sino por la misma autoridad por la que fué emitida la disposición que es su objeto. La facultad puede pertenecer excepcionalmente, también a una autoridad superior, todas las veces que ésta tenga un poder pleno de substitución respecto a la competencia de la autoridad inferior. En todo caso, el acto de revocación debe ser revestido con las mismas formas de aquel al cual se refiere, comprendidas las relativas a las proposiciones y a los poderes que eventualmente hubieran sido necesarios. El acto debe además contener en modo expreso la declaración de la voluntad de revocación. Una revocación implícita o sobreentendida sería inválida. Esto dispone el art. 282 del T.O. 3 de marzo de 1934, respecto a las decisiones de los entes locales. El principio debe considerarse de carácter general.

7. C) Otras providencias. La ratificación y la legitimación. — En las relaciones de los actos administrativos viciados, además de las dos disposiciones que constituyen el ejercicio del poder de autotutela, otros son posibles por parte de la misma administración, que con dicho poder no tienen relación.

Dado el carácter discrecional de la anulación, la autoridad puede no proceder a ésta, así que el acto inválido, que no haya sido impugnado en los términos prescriptos por los interesados, se consolida y tiene forma de desenvolver todos los efectos para los cuales había sido realizado. Donde la administración quiera asegurarse en modo completo esta consolidación y evitar que la anulación del acto sea pronunciada por una autoridad jurisdiccional, puede proveer mediante un acto de convalidación, que puede asumir dos formas: la ratificación y la legitimación [120].

a) La ratificación, llamada también impropiamente confirmación [121], es una declaración de voluntad de la autoridad que ha dictado el acto o, si éste está viciado de incompetencia, de la autoridad que hubiera sido competente para emitirlo y dirigida a reconocer los vicios y a eliminarlos. Esto puede ocurrir solamente cuando tal corrección dependa de la autoridad que cumple el acto. En el caso de violencia o error, la autoridad puede declarar que quiere tener firme la disposición, después de cesada la violencia o reconocido el error, en cuanto considera que igualmente corresponde al interés público; en el caso de incompetencia, es necesario que la autoridad competente declare hacer propia la disposición. Al ejercicio de tal poder de la administración sería un obstáculo cualquier decisión con recurso administrativo o jurisdiccional. Si

120 Además de las obras generales, cfr.: P. Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937.

121 En sentido propio, esta última expresión indica el acto con el cual la administración, contestando a una oposición o a un recurso contra una providencia precedente, declara firme a esta última, sin agregarle nada ni modificarla. Cfr. para algunos efectos del acto confirmativo a los fines de la justicia administrativa, el vol. II.

ésta declara el acto inmune de vicios, hace inútil la ratificación; si lo reconoce viciado, anula el acto e impide que la ratificación pueda tener lugar. En estos casos, la autoridad puede sólo emitir una disposición nueva, evidentemente con eficacia *ex nunc*.

b) No siempre la voluntad del órgano competente basta por sí sola para corregir los vicios del acto. Cuando éstos consisten en la falta de un presupuesto jurídico (por ej. de una autorización), o bien de un momento necesario del proceso de formación (una opinión, una proposición), la autoridad no puede substituir tales elementos y, en rigor, éstos no podrían ni siquiera ser provistos por los órganos que hubieran debido proveer precedentemente. Sin embargo, la práctica admite que pueda operarse una aprobación, por medio de una propuesta o de una autorización tardía. No puede decirse lo mismo de la opinión de la voluntad [122].

La convalidación en una y otra forma, tiene siempre efecto retroactivo: atribuye validez a la disposición desde su origen, *ex tunc*.

8. La conversión y la conservación. — La doctrina ha extendido a los actos no válidos de la administración, las instituciones, ya conocidas por el derecho privado, de la conservación y de la conversión de los negocios jurídicos [123]. A diferencia de la ratificación y de la legitimación, que suponen

122 Lucifredi, *Inammissibilità di un esercizio "ex post" della funzione consultiva*, en *Scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, cit., p. 283.

123 Para el derecho privado v. la definición legislativa del art. 1424 del Cód. civil, así como en la doctrina: De Ruggiero, *Istituzioni*, vol. I, p. 294; Messineo, *Manuale*, vol. I, p. 361. En el derecho público: L. Ferrara, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, en *Studi in onore di C. Fadda*, vol. I, p. 233; Romano, *Corso*, p. 227; Ranelletti, *Teoria*, cit., p. 109 y ss.; Forti, II, 196; Miele, op. cit., p. 203; Trentin, *L'atto amministrativo*, p. 291 y ss.; Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935; Rappenheilm, *Die Konversion fehlerhafter Staatsakte*, en "Zeitschr. für Verwaltungsrecht", LX, 1927; Pulvirenti-Filomusi, *In tema di annullamento e di conversione di atti amministrativi illegittimi*, en "Foro amm.", 1937, I, 2, p. 155.

necesariamente un acto solamente viciado, estas figuras son aplicables también a los actos completamente nulos. Según algunos, más bien, las dos instituciones serían aplicables solamente a estos últimos [124].

a) La conservación presupone que el defecto del acto no hiere todas sus partes, sino solamente algunas y que éstas no tengan carácter de preeminencia con respecto a las otras, de manera que su invalidez pueda no involucrar a estas últimas [125]. Así, el nombramiento de un cierto número de empleados, que resulte nulo respecto a algunos, a causa de la falta de un requisito personal, puede ser mantenido firme en lo que se refiere a los otros que no participan de tal condición. La autorización hecha por un período superior al establecido por la ley como duración máxima, puede quedar válida si es reducida al tiempo prescripto. Una forma particular de conservación es la adoptada por la jurisprudencia respecto a actos inválidos a causa de un vicio de procedimiento. Declarándose la nulidad del acto, se establece que queden firmes los actos del procedimiento anteriores al viciado.

b) Puede también ocurrir que un acto administrativo inválido, o directamente nulo, si es considerado como propio de la categoría en que ha sido colocado por la voluntad de la administración, pueda considerarse válido, si es considerado propio de una figura jurídica diversa. El nombramiento de un empleado, hecho sin el procedimiento del concurso, es inválido. Puede sin embargo ser considerado eficaz, si es transformado en un nombramiento provisorio, destinado a tener efecto hasta el cumplimiento de los actos necesarios para un nombramiento regular. Una autorización referente al uso especial de un bien público, que resulte inválida por el contenido en cuanto confiera facultades que excedan las que pueden

124 Punto controvertido: Bodda, *La conversione*, cit., p. 21; Mastropasqua, *L'inconvertibilità degli atti amministrativi inesistenti*, en *Studi in onore di A. Barillari*, Bari, 1936.

125 Sobre el concepto de la nulidad parcial, v. Schlange, *Die Teilunwirksamkeit von Verwaltungsakten*, Bleicheroche, 1935.

con tal acto ser concedidas, sin embargo si presenta los requisitos de competencia y de forma, requeridos para una concesión de derechos reales en el mismo bien, puede ser convertida en esta última y como tal desplegar sus efectos. Se puede también configurar la conversión de un negocio de derecho público en otro de derecho privado. Una concesión de bienes, que no puede tener por objeto más que bienes públicos o bienes del patrimonio no disponible, si es hecha para un bien de renta, puede ser convertida en un contrato enfitéutico o en una locación de fundos.

También la conservación y la conversión deben concretarse en nuevos actos de voluntad de la administración, a la par de la ratificación y de la legitimación; los primeros pueden también, a veces, al igual que la anulación y la revocación, ser depuestos por la administración aun de oficio, a continuación de un recurso administrativo. Además puede ser hecho por órganos jurisdiccionales, siempre a pedido de parte interesada. Respecto a estos últimos, a su vez, cabe una distinción: mientras la conservación, resolviéndose en la anulación parcial, puede ser pronunciada en cualquier juicio, también de sola legitimidad, la conversión, importando la substitución de un acto por otro, no puede ser dispuesta sino por un juez administrativo competente [126].

Como todas las disposiciones examinadas en este parágrafo, la conservación y la conversión tienen eficacia *ex tunc*, desde la fecha de la disposición a la que se refieren. Tal eficacia explica la conveniencia de tales disposiciones en comparación con la emisión de una disposición nueva, que no podría tener efecto sino *ex nunc*.

[126] RANELLETTI, *Teoria*, p. 112.