

## CAPÍTULO II

### LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Finalidad de la noción</i> .....	EAA-II-1
1. No existe un concepto legal de acto administrativo.....	EAA-II-1
2. La noción a ofrecer debe realizar una función metodizadora dentro de los principios del derecho administrativo, y no puede ser <i>a priori</i> sino que debe estar determinada por la experiencia.....	EAA-II-1
3. Análisis de la experiencia. Excesos de simplicidad .....	EAA-II-2
4. Continuación. Excesos de minuciosidad.....	EAA-II-2
5. El criterio debe ser la selección de los principales aspectos del régimen jurídico del derecho administrativo, para que éstos determinen la noción buscada .....	EAA-II-2
II. <i>El acto administrativo como producto de la función administrativa</i> .....	EAA-II-3
6. La jurisdicción contenciosoadministrativa no puede tenerse en cuenta para obtener la noción de acto administrativo .....	EAA-II-3
7. La actuación de órganos administrativos tampoco puede ser tomada como base de la noción.....	EAA-II-4
8. El choque entre los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa .....	EAA-II-4
9. Idéntica oposición de criterios en el acto administrativo. Comparación de ambas oposiciones.....	EAA-II-4
10. Contradicción de algunas posiciones. Crítica del concepto orgánico o subjetivo .....	EAA-II-5
11. Continuación de la crítica .....	EAA-II-6
12. Supresión del criterio puramente orgánico o subjetivo .....	EAA-II-6
13. Remisión parcial del concepto de acto administrativo a la	

noción de función administrativa .....	EAA-II-7
14. Noción de función administrativa.....	EAA-II-7
15. Función administrativa, función jurisdiccional y defensa en juicio .....	EAA-II-8
III. <i>El acto administrativo como declaración</i> .....	EAA-II-9
16. El acto como manifestación de voluntad .....	EAA-II-9
17. Crítica.....	EAA-II-9
18. El acto como declaración .....	EAA-II-10
19. Continuación. Deferencia entre acto y hecho administrativo ..	EAA-II-10
20. Continuación.....	EAA-II-11
IV. <i>Acto administrativo y acto de derecho privado</i> .....	EAA-II-12
21. El ejercicio de una potestad pública en el acto administra- tivo .....	EAA-II-12
22. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto ni a los más importantes.....	EAA-II-12
23. Continuación. El caso de las locaciones.....	EAA-II-14
24. Conclusión. La administración nunca dicta “actos de derecho privado” .....	EAA-II-14
V. <i>Acto administrativo y acto de gobierno</i> .....	EAA-II-14
25. Remisión.....	EAA-II-14
VI. <i>El acto administrativo en cuanto acto unilateral e individual</i> .....	EAA-II-15
26. Qué debe tenerse en cuenta al decidir si la noción de acto administrativo comprende o no a los reglamentos y contratos administrativos.....	EAA-II-15
27. Continuación. Existe un régimen jurídico diferente entre los actos unilaterales y bilaterales, e individuales y generales.....	EAA-II-16
28. El error de considerar que esto constituye un problema lógico que pueda ser resuelto <i>a priori</i> , y no una mera cuestión pragmática .....	EAA-II-16
29. Alcances de la exclusión de los reglamentos y contratos de la noción de acto administrativo.....	EAA-II-17
30. Mayor comodidad y precisión de este concepto restringido.....	EAA-II-17
31. Acerca de las diferencias entre el acto administrativo unilate- ral y los contratos .....	EAA-II-17
32. Principales diferencias de régimen jurídico entre los actos administrativos individuales y los reglamentos .....	EAA-II-18
33. Conclusión.....	EAA-II-19
VII. <i>El acto administrativo en cuanto productor de efectos jurídicos</i> . EAA-II-19	
34. Es imprescindible aclarar que el acto administrativo es una	

declaración que produce efectos <i>jurídicos</i> .....	EAA-II-19
35. Pero no corresponde decir que es una declaración “destinada a producir” efectos jurídicos .....	EAA-II-20
36. Los efectos jurídicos deben ser directos, inmediatos .....	EAA-II-20
37. Los actos de contralor también son actos administrativos.....	EAA-II-21
VIII. <i>Noción de acto administrativo</i> .....	EAA-II-22
38. Noción final. Explicación somera.....	EAA-II-22



## Capítulo II

# LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

### I. Finalidad de la noción

1. Antes de entrar a analizar cuáles son o deben ser los elementos de la noción de acto administrativo, es imprescindible aclarar por qué se quiere dar una noción de acto administrativo, qué finalidad se entiende perseguir con el concepto a abstenerse, y qué consecuencias jurídicas emergerán según se adopte una noción amplia o restringida.

Es de destacar que mientras la legislación civil ofrece una definición del “acto jurídico” —lo que torna allí innecesaria esta problemática—, en la legislación administrativa falta un concepto positivo de “acto administrativo.” Ello nos da un punto de partida más amplio, pero al mismo tiempo un camino más difícil.

2. Corresponde ante todo indicar que la noción de “acto administrativo,” puesto que naturalmente será una contrapartida de la noción de “acto jurídico” del derecho privado, estará limitada al derecho público; y más específicamente al derecho administrativo.

En este primer planteo surge ya que la noción de acto administrativo estará destinada a explicar una serie de casos en que el derecho administrativo resulta de aplicación; o sea, será una noción científica que sirva para la aplicación a la vida empírica de las normas jurídicas del derecho administrativo.

Dícese entonces que si se toman todas las actividades administrativas no se podrá reunir las, por su amplitud, en una noción práctica y fructífera;<sup>1</sup> y que “puesto que el acto administrativo como noción jurídica tiene que realizar una tarea de metodización dentro del derecho,” es necesario delimitarlo y despojarlo de elementos que dificultarían esa metodización.<sup>2</sup> La noción *no es pues* “*a priori*,”

<sup>1</sup> BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, 2ª ed., p. 95, ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 195.

<sup>2</sup> BENDER, *op. cit.*, p. 95.

sino que constituye *un concepto fundado en la experiencia y determinado por el fin que con él se quiere llenar*.<sup>3</sup>

3. ¿Qué nos dice la experiencia? Según sean las normas y las instituciones y principios del derecho administrativo, así será la noción de acto administrativo. Supongamos por ejemplo que el orden jurídico establezca en esta materia una serie de principios generales referidos constantemente a “actos” y “hechos;” y que dentro de los “actos” y “hechos” no establezca diferencias dignas de mayor apreciación.

En esta hipótesis, la noción de acto administrativo sólo deberá tender a establecer esa mera distinción entre actos y hechos regidos por el derecho administrativo, y pulir si se quiere sus aristas, pero no restringir el concepto para que abarque menos casos que los señalados: Todo lo que no sea “hecho,” será “acto administrativo.”

Esa hipótesis, evidentemente, es falsa: El derecho administrativo no tiene esa simplicidad de principios, y por ende esa simplicidad de concepto es insuficiente para explicar la aplicación de dicho régimen jurídico a la vida empírica.

4. Aún en un planteo hipotético, es posible también ir al otro extremo en la gama de posibilidades: Afirmar que las peculiaridades que tiene el derecho administrativo en su aplicación a la experiencia son tantas que no puede darse una noción que las explique a todas; que es necesario, por ejemplo, crear una serie de nociones diversas, una sola de las cuales podrá denominarse “acto administrativo.” Aquella que parezca reunir un mayor número de datos.

Este planteo también es errado, pues al ubicar y exponer *todas* las peculiaridades del derecho administrativo en su aplicación, se desemboca inevitablemente en un casuismo teórico que hará imposible toda sistematización.

5. Obviamente, la solución está en el término medio: Deben analizarse *los principales aspectos del régimen jurídico* del derecho administrativo en su aplicación práctica, y sólo en base a ellos plantearse la posibilidad de dar o no una noción que los abarque a todos.

*El seleccionar esos aspectos jurídicos primordiales es lo que va a determinar la noción de acto administrativo:* Si se toman pocos, se dará una noción amplia; si se toman muchos, deberá necesariamente hacerse varias nociones, ante la imposibilidad de que una sola abarque todas las particularidades tomadas. Se trata de un problema de valoración, y debe tratar de evitarse estos dos extremos —ahora ya más razonables—, y dar una noción que:

<sup>3</sup>BENDER, *op. cit.*, p. 96. En igual sentido FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 280: “... El acto administrativo es un concepto empírico, fundado en la experiencia, no un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas. Cumple una función heurística y metodológica y en su expresión concreta se halla determinado por el fin que debe cumplir en el marco del sistema jurídico-administrativo.” Este criterio teleológico fue propugnado inicialmente por E. VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, 1931, 2ª ed.; entre nosotros lo sigue DIEZ, *op. cit.*, p. 102 y ss.

1º) Tome el mayor número posible de principios jurídicos fundamentales del derecho administrativo;

2º) procure que los datos importantes que no toma en cuenta *puedan ser institucionalizados y reunidos en otros conceptos*, para que, entre éstos y aquél expliquen cabalmente la aplicación de dichos principios fundamentales del derecho administrativo;

3º) deseche los datos contingentes y variables, no incluyéndolos en la noción de acto administrativo ni comprendiéndolos en otra noción importante.

Al mismo tiempo, cabe señalar que los principios jurídicos que deben tomarse en cuenta e intentar explicar con la noción de “actos administrativo” deben ser *definidos, estables y universales*; deben tomarse *aquellos datos que ofrece la lógica jurídica y que no dependen del cambio de la orientación legislativa* de un país determinado: Esa es la única forma de que la noción empírica tenga al mismo tiempo algún valor teórico.

Ese será, pues, nuestro método de investigación en las páginas que siguen.

## II. El acto administrativo como producto de la función administrativa

6. Por lo dicho creemos que debe ser desechado en primer término el criterio que toma en cuenta, para dar la noción de acto administrativo, la *jurisdicción* que deberá entender de la revisión del acto. En ese criterio se excluye del concepto de acto administrativo a ciertos actos emanados de otros órganos estatales que los administrativos, en virtud de que ellos no son impugnables ante el juez de lo contenciosoadministrativo. Es éste un principio formalista, carente de fundamentación científica y supeditado no sólo al cambio de una ley de lo contenciosoadministrativo sino incluso al cambio de la jurisprudencia de la materia: Al querer buscar la noción de “acto administrativo,” pues, no debemos estar tratando de hallar la noción que responda a los actos que pueden ser llevados ante el tribunal de lo contenciosoadministrativo.

El tribunal que deberá entender, o el órgano estatal que lo hará en su lugar, son aspectos sin duda importantes en la vida profesional, pero de ningún modo puede en base a ellos darse una noción de alcance sistemático.

Menos aun podrá considerarse, por lo tanto, *el recurso aplicable para atacar el acto*: Negar el carácter de “acto administrativo” a un determinado acto en virtud de que la jurisprudencia contenciosoadministrativa haya decidido que no le es aplicable el recurso por exceso de poder,<sup>4</sup> es un criterio que no resiste el menor análisis.

<sup>4</sup> Como lo hace por ejemplo STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954, p. 45.

7. Entendemos en consecuencia que los principios jurídicos a considerarse para obtener una noción de acto administrativo que explique y aplique el mayor número posible de ellos, no pueden comprender a los remedios procesales de la contenciosoadministrativo, tanto en lo que se refiere a tribunal competente como a recursos existentes contra el acto, o a procedimiento a seguirse en su tramitación.

Con ello tomamos posición en el sentido contrario a las doctrinas que, partiendo expresa o implícitamente del concepto señalado, comienzan por dar un concepto de acto administrativo restringido al punto de vista *orgánico* o *subjetivo*.

En efecto, el hecho de que los recursos contenciosoadministrativos se den en principio —y en las legislaciones actuales— sólo contra decisiones de órganos administrativos, hace que la doctrina adopte casi unánimemente el concepto de que acto administrativo es *el emanado de un órgano administrativo*. A este primer elemento agregan, desde luego, otros, con el resultado de que la noción final de “acto administrativo” se refiere a *una especie de actos realizados por órganos administrativos*.

8. Este concepto adolece de los mismos problemas lógicos y metodológicos que el de la *función administrativa*, de cuya crítica y reconstrucción ya nos hemos ocupado:<sup>5</sup>

Para conceptuar a la función administrativa se dan esencialmente dos nociones:

1º) La orgánica, subjetiva, o formal: Función administrativa es todo lo que realizan órganos administrativos;

2º) la material, sustancial, u objetiva: Función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado. Esta es la noción preferida por la doctrina.

Hemos dicho ya que ambos conceptos son equivocados, y que necesariamente debe adoptarse un tipo de definición *mixta* —y no ecléctica, como se nos ha dicho—, que involucre a la vez elementos de tipo orgánico y material; o sea, que aúne datos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final.

9. Lo mismo ocurre con el acto administrativo. Para conceptuarlo se dan esencialmente dos nociones:

1º) La orgánica, subjetiva, o formal: Acto administrativo es el que dictan órganos administrativos, y no otros órganos;

2º) la material, sustancial, u objetiva: Acto administrativo es todo acto que tenga sustancia administrativa. Aquí la misma doctrina prefiere, *al revés del caso de la función administrativa, el concepto orgánico y no el material*.

Esta sola diferencia de criterio señala ya el error lógico de la doctrina dominante; pues, desde luego, es una contradicción definir la función administrativa

<sup>5</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 32 y ss.



en sentido material, y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas “sustancias administrativas” que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a “actos administrativos” sólo porque no hay de por medio órganos administrativos. Si la ausencia de un órgano administrativo es tan decisiva como para eliminar la posibilidad de que su actuación dé lugar a un “acto administrativo,” el razonamiento es igualmente válido para negar también que estemos ante una “función administrativa.”

10. Pero, repetimos, el camino no debe buscarse por criterios objetivos o subjetivos aislados; sólo un concepto mixto puede tener posibilidades de éxito.

La contradicción de las nociones predominantes de función administrativa (material, sustancial) y acto administrativo (orgánico, subjetivo) se advierte en un ejemplo: El nombramiento y remoción por parte de las autoridades judiciales de un empleado de tribunales (por ejemplo, un ordenanza) es, en estas doctrinas, función administrativa, *pero no* “acto administrativo.” El nombramiento o remoción por parte de las autoridades administrativas de un empleado de la administración (por ejemplo, un ordenanza) es función administrativa *y también acto administrativo*. ¿Por qué el primer acto de nombramiento no es acto administrativo y éste sí? Obviamente, porque en el primer caso no lo dicta un órgano administrativo y en el segundo sí.

Pero entonces, ¿por qué es el primer nombramiento función administrativa y el segundo también? Porque es sustancialmente igual, se dirá; pero es variar el fundamento: Pues el que sean sustancialmente iguales, como en efecto lo son, puede al mismo tiempo fundar que los dos actos sean considerados como actos administrativos, cosa que la doctrina no hace.

En otros términos: *No hay un mismo fundamento* que pueda decidir en ambos casos el por qué considerar en un aspecto iguales y en otro desiguales a un mismo objeto; y esa contradicción debe solucionarse en uno de los siguientes sentidos: 1º) O considerar que los dos casos son función administrativa y pueden dar lugar a actos administrativos (criterio en principio sustancial), o 2º) considerar que en el segundo caso, y únicamente en él, hay función administrativa y acto administrativo, y que en el primero no hay función administrativa ni acto administrativo.

Pero, según ya hemos visto, el segundo criterio es erróneo en cuanto para ello se basa puramente en la posibilidad de que exista o no un recurso ante el tribunal de lo contenciosoadministrativo; por lo demás, es evidente que *el régimen jurídico que regirá al nombramiento y remoción del empleado de tribunales es, salvo ese aspecto de lo contenciosoadministrativo, netamente el del derecho administrativo*. En consecuencia, debe concluirse en que en ambos casos hay función administrativa, y en que en ambos casos hay acto administrativo: Aclarando, si se prefiere, que en los actos administrativos dictados por órganos judiciales se aplicará el derecho administrativo salvo en lo que respecta al recurso para

atacarlo. (O sea, que se aplicará el derecho administrativo, en cuanto al fondo, pero que no se aplicará el derecho procesal administrativo.)

11. Un autor reciente no incurre en la contradicción señalada; pero en cambio se decide expresamente por conceptuar a la función administrativa y al acto administrativo en sentido orgánico.<sup>6</sup>

Se funda para ello en que los actos de índole administrativa que realizan los jueces y el poder legislativo, no se rigen por el derecho administrativo. Esa afirmación, sin embargo, es errónea en cuanto se refiere a la organización interna y al personal del Poder Judicial y Poder Legislativo; pues si bien no habrá tal vez recurso ante el Juez de lo Contencioso-administrativo contra los actos dictados en tales materias, es evidente que *toda la temática a aplicarse será la del derecho administrativo*. Que una “ley de empleados públicos” no les sea aplicable a esos funcionarios, por ejemplo, no quita que sus derechos y deberes deban encuadrarse en los principios generales del derecho administrativo. El deber de obediencia de los empleados judiciales será el deber de obediencia del derecho administrativo; el recurso jerárquico que interpongan anta la Cámara contra una sanción del Juez será un recurso jerárquico a tramitarse según procedimientos de derecho administrativo y no del derecho procesal; la procedencia de la sanción disciplinaria que se aplique al empleado se regirá por los principios que hacen a las sanciones disciplinarias administrativas, y no por los del derecho penal, etc.<sup>7</sup>

Que una ley determinada sea interpretada en el sentido de que sólo se aplica a los órganos administrativos no significa entonces que la regulación jurídica de los actos de sustancia administrativa realizados por otros órganos escapen a la regulación del derecho administrativo y pasen a regirse por el derecho procesal o el derecho parlamentario.

12. Lo dicho se refiere a los actos relativos a la organización administrativa interna, y al personal, etc., de los tribunales y del Poder Legislativo. Parecería en cambio que ciertos actos “de sustancia administrativa” realizados por los jueces y el Congreso estuvieran sustraídos a la regulación del derecho administrativo, tal como afirma GARRIDO FALLA: Así los actos referidos a la “jurisdicción voluntaria” de los jueces, y ciertas *leyes concretas* del Congreso. (Presupuesto, autorización al Poder Ejecutivo para vender bienes, etc.) En lo que hace a los actos de la jurisdicción voluntaria creemos que la afirmación del autor citado es correcta; pero cabe señalar que *tal vez lo inexacto sea considerar que estos actos son de sustancia administrativa*. En este sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos,

<sup>6</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1961, 2ª ed., p. 356, y ss., p. 26 y ss.

<sup>7</sup> Lo mismo ocurre en lo referente al manejo de fondos por parte de las Cámaras parlamentarias o la justicia, en virtud de disposición expresa de la ley de contabilidad. V. *infra*, cap. IV, nº 9, apartados e) y f), p. 128 y ss.

y decir que si bien ellos no tienen intrínsecamente un carácter jurisdiccional (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) *deben con todo asimilarse a los actos de esta naturaleza*, por su íntima relación sustancial y formal con los mismos. Igual principio puede ser la salida para la idéntica objeción en el caso de las leyes concretas del Parlamento.

Pero, y he aquí lo fundamental, por más dudas que susciten ciertas actividades no específicamente jurisdiccionales o legislativas de los órganos jurisdiccional y legislativo, ello no puede nunca llevar a sostener que los actos que estos órganos realizan en lo que se refiere a su *organización interna, medios materiales, y personal*, no se rijan por los principios del derecho administrativo.

La indiscutida sustancia administrativa de estos últimos actos, unida al hecho de que los mismos necesariamente se rigen por los principios del derecho administrativo (aunque alguna que otra ley administrativa no sea de aplicación en sus términos expresos), hace que no podamos racionalmente excluirlos del concepto de acto administrativo.<sup>8</sup>

13. Por ello partimos de la base conceptual de que la raíz del acto administrativo no se halla en los órganos administrativos, sino en el ejercicio de la función administrativa. Nuestro concepto por ende, es que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce.<sup>9</sup> Y desde luego, a este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo *se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa*.

Damos esa noción, según lo dicho, porque consideramos: 1º) Que debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de función administrativa y acto administrativo, 2º) que dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal aplicable, y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso, 3º) que los actos del Poder Judicial y del Poder Legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, y empleados públicos, se rigen necesariamente por los principios del derecho administrativo, por lo que no puede lógicamente excluirse del concepto de acto administrativo.

14. Finalmente, y para completar el concepto en el aspecto indicado, recordaremos ahora nuestra noción de “función administrativa:” Es la actividad estatal que resta luego de excluidos los actos y hechos legislativos y jurisdiccionales que no sean tales a la vez en sentido material y orgánico; o sea, es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos

<sup>8</sup> Con ello nos ubicamos también en disenso con FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 279 y ss.; STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 41 y ss. FERNANDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 15.

<sup>9</sup> Conforme: FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 149; PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152 y nota 1; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 5 (aunque no lo aclara en su definición); SAYAGUÉS, LASO, *op. cit.*, t. I, p. 390.

jurisdiccionales, excluida su función jurisdiccional en sentido material, y los órganos legislativos, excluida su función legislativa en sentido material.<sup>10</sup>

En consecuencia, el Congreso no realiza sino actividad legislativa (leyes) y administrativa (nombramiento y remoción de funcionarios, Imprenta del Congreso, Biblioteca del Congreso, etc.); y los jueces no realizan sino actividad jurisdiccional (resolución de contiendas con fuerza de verdad legal) y administrativa. (Nombramiento, dirección y remoción de empleados judiciales, etc.) En virtud de lo aclarado anteriormente, señalamos además que el concepto de “función jurisdiccional” y “función legislativa” deberá tomarse en sentido amplio, abarcando también los actos que, si bien en rigor no son sustancialmente judiciales (jurisdicción voluntaria) o legislativos (ciertas leyes concretas), tienen con todo una mayor similitud conceptual y formal con los actos específicos de esas funciones que con la función administrativa.<sup>11</sup>

15. En otro aspecto, no debe tampoco ser objeto de confusión en el concepto de función administrativa, el hecho de que el Congreso realice el “juicio político” —sustraído en principio a la revisión judicial—, y que los actos de los jueces en materia administrativa estén frecuentemente sustraídos a revisión judicial ulterior. En tales hipótesis no hay “función jurisdiccional” que destruya la noción dada o impida considerar a estos actos como propios de la función administrativa, sino que se trata tan sólo de que la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio se halla salvada por otros medios que el *juicio* en sentido estricto.

En efecto, la garantía de la defensa en juicio significa: 1º) Que debe haber un tribunal imparcial, 2º) ante el cual se dé oportunidad de hacerse oír y producir prueba de descargo;<sup>12</sup> y el primer elemento no se encuentra salvado sólo con la actuación de órganos administrativos (argumento del artículo 95 de la Constitución), porque éstos carecen, además, de la imparcialidad e independencia necesaria.<sup>13</sup> Tanto los jueces como el Congreso cuando ejercen función administrativa, en cambio, son en principio ajenos a la contienda, y nunca están sujetos a órdenes de un órgano superior: Esa imparcialidad e independencia es la que llevaría a la conclusión de que no hay agravio a la garantía citada; pero ello no significa que dichas actuaciones sean función jurisdiccional, pues para tener imparcialidad e independencia, y oír al interesado, no hace falta necesariamente que haya una contienda entre partes; por ello, la función jurisdiccional no es sino una de las actividades estatales (aunque sí la más importante) en que debe aplicarse

<sup>10</sup> Para más detalles ver nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. loc. cit.*

<sup>11</sup> Modificamos en este aspecto, pues, la explicación de nuestra definición. *Comp. Introducción, op. cit.*, p. 33 y ss.

<sup>12</sup> CSJN, *Fallos*, 198: 78, p. 84-5; jurisprudencia uniforme.

<sup>13</sup> A lo que se suma, desde luego, lo expuesto *supra*, cap. I, nº 10 y ss. Por ello nunca los órganos administrativos pueden ejercer función jurisdiccional (*Conf. Introducción, op. cit.*, pp. 37-39) y es innecesario, en ese aspecto, hacer aclaración alguna en la noción de acto administrativo: Los actos de contralor, etc., de los órganos administrativos son actos administrativos como los demás. *Conf. REAL, La función jurisdiccional..., op. cit.*, p. 51.

el principio de la defensa en juicio. La defensa en juicio, pues, puede tal vez ser satisfecha por la actuación de los órganos legislativo y jurisdiccionales, aún cuando ejerzan función administrativa; pero no por los órganos administrativos. Desde luego, nos referimos al aspecto *total*, pues oír al interesado lo deben hacer todos; lo que le falta a los órganos administrativos, y nunca lo pueden tener, es la independencia e imparcialidad requeridas al momento de la decisión;<sup>14</sup> a esa la tienen *en principio* los órganos jurisdiccionales y legislativos aún cuando no decidan una contienda en partes, y por ello satisfacen la garantía sin ejercer función jurisdiccional. Con todo, sería preferible que hubiera recursos ordinarios contra esas decisiones.

### III. El acto administrativo como declaración

16. Es ahora necesario considerar cómo se traducirá al derecho administrativo el concepto de “acto” por oposición a “hecho.”

La primera solución que salta al pensamiento es la de decir que se trata de una “manifestación de voluntad” o de una “declaración de voluntad,” trasladando así al derecho público la noción símil de “acto jurídico” del derecho privado. Es ésta la noción que ofrecen los autores tradicionales<sup>15</sup> y algunos modernos.<sup>16</sup>

17. Pero este concepto es equivocado, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de “fin,” por lo que no toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados, y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto. (O sea, sin constituir decisiones con un fin trascendente.)

El acto administrativo puede así, en primer lugar, ser una atestación, es decir, la *certificación* de un hecho llegado a *conocimiento* de la administración. Tal el caso de un certificado de nacimiento o de defunción; de un certificado de domicilio; o un documento de identidad; o un diploma que certifica los estudios cursados y aprobados, etc.<sup>17</sup> Mas no sólo eso: El acto administrativo también puede ser la

<sup>14</sup> Además de que el art. 95 de la Constitución de cualquier manera prohíbe que sus actos puedan ser considerados función jurisdiccional. Ver *Introducción, op. loc. cit.*

<sup>15</sup> HAURIU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1927, p. 356; GASCON y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1941, 7ª ed., p. 177 y ss.; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1955, 5ª ed., p. 167, BIELSA, *op. cit.*, p. 4, punto a), aunque dubitativo en su nota 5, segunda parte; ver también su nota 4, subpunto c) p. 3.

<sup>16</sup> STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 37 y ss.; SAYAGUES LASO, *op. cit.*, p. 388; CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coímbra, 1951, 3ª ed., p. 220; VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112; DIEZ, *op. cit.*, p. 109 y ss., aunque aclara que dentro de “voluntad” comprende los casos de conocimiento, juicio, etc., a que nos referimos a continuación.

<sup>17</sup> RANELETTI, ORESTE, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 3; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 242 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, p. 197; WOLFF, *op. cit.*, p. 240; BENDER, *op. cit.*, p. 100; PETERS, *op. cit.*, p. 151; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 198; PETRIN, LEODEGAR, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, Viena, 1951, p. 33.

expresión de una *opinión* o *juicio* sobre una determinada situación o hecho: Así un certificado de buena conducta, de salud, de higiene, etc.<sup>18</sup>

Por ello debe desecharse la equiparación del acto administrativo a la “manifestación de voluntad.”<sup>19</sup>

Ahora bien, expresar en su lugar que acto administrativo es “una declaración... de voluntad, de opinión, de juicio, de conocimiento”<sup>20</sup> o una “...declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio...,”<sup>21</sup> nos parece llevar una dificultad terminológica demasiado lejos.

18. Creemos que con decir “declaración” es suficiente, si se toma al término en el sentido de *exteriorización* del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de *volición* (voluntad —dirigida a un fin) como el de *cognición* (conocimiento —atestación o certificación) u opinión y juicio.<sup>22</sup>

En efecto, al hablar de “declaración” se indica claramente que se trata de una exteriorización *intelectiva* por oposición a *material*, con lo que se da la nota característica del *acto* y su diferenciación con el hecho; y se abarca tanto el caso en que ese intelecto persigue un efecto jurídico de cualquier tipo como aquél en que el fin se agota en la emisión del mismo: Es innecesario aclarar que una declaración puede serlo tanto de voluntad, como de conocimiento, opinión o juicio. Por otra parte, tampoco se corre el riesgo de que por su amplitud abarque hipótesis que no deba, siempre que se tenga cuidado de aclarar, como lo hacemos más adelante, que el concepto de acto administrativo queda restringido a las declaraciones *productoras de efectos jurídicos inmediatos*.

19. En la práctica puede haber dificultades para distinguir el acto administrativo (es decir, la declaración; y en particular la declaración de voluntad) del *hecho* administrativo.

En efecto, la declaración debe encontrar una traducción al mundo externo para poder ser tomada en consideración por el orden jurídico; y esta forma exterior puede ser expresa o tácita, positiva o negativa;<sup>23</sup> pero cabe señalar que *la ejecución* material del acto administrativo comporta un *hecho administrativo*, por lo que una decisión que se infiera del conocimiento material de su ejecución superpone el concepto de “acto” y “hecho.”

¿Cómo saber si nos encontramos en presencia de un acto o un hecho en estos casos en que la voluntad se da de conocer al mundo exterior directamente en la

<sup>18</sup> RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 197; GASPARRI, P., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1948, p. 273; DIEZ, *op. cit.*, p. 110.

<sup>19</sup> Lo destaca con mayor énfasis FORTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

<sup>20</sup> RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>21</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 366.

<sup>22</sup> Comp. SANTI ROMANO, que en sentido similar habla de “pronunciamento” o declaración, *op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> RANELLETTI, *op. loc. cit.*

ejecución de dicha voluntad? Por ejemplo, supongamos que la decisión de un agente de policía de detener a una persona que perturba el orden se aprecia —es decir, se da a conocer— recién en el hecho de que el agente toma a la persona de un brazo y la lleva a la comisaria; que la decisión de los bomberos de destruir una casa para evitar la propagación de un incendio se conozca o advierta recién al ver que la están destruyendo; que la voluntad de la administración de afectar una calle al uso público se conozca a través del hecho de que se quitan los obstáculos que la cerraban al tránsito.

En estos casos hay una voluntad de la administración que se exterioriza, que se traduce al mundo exterior. Sin Embargo, es un poco difícil decir que en todos los casos hay un acto administrativo.

A nuestro juicio, el término “declaración” es bastante cercano a la corrección, en cuanto no da idea de manifestación *ejecutada* de algo, sino tan sólo de expresión *intelectual* —teórica, abstracta— de una idea.

Su raíz etimológica así lo indica. Manifestación viene de *manus fendere*, “golpear con la mano,” e indica una demostración de algo con *hechos objetivos* que hacen saltar a la vista de los demás individuos aquello que se quiere señalar; que lo indica, por así decirlo, groseramente. Declaración, en cambio, proviene de *de-clarus*, poner claro, aclarar, y presupone una expresión más fina, más sutil: Ergo, una expresión intelectual, eidética, que toma para su expresión y comprensión hechos *simbólicos*, con una significación figurada que se hace accesible al intelecto sólo mediante un proceso de análisis y de conversión de los datos simbólicos a nociones o datos reales.

Así la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos *reales* que transmiten la idea respectiva: La decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruída, etc.

En cambio, la *decisión declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de *hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado*: La decisión de permitir pasar surgirá pues de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

20. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento: *Que no se ejecuta al exteriorizarse*. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse: Lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre a) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y b) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto sino ante un hecho administrativo. *La ejecución material*, en todos los casos, *es un hecho*: Tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa. (Ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: Pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto.) Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; *dar a conocer la decisión de destruir o construir* esa cosa, pero sin destruirla o construirla aún, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente, es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: En este último caso faltará el acto administrativo.

Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho; y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: Orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

#### IV. Acto administrativo y acto de derecho privado

21. De lo hasta aquí expuesto tenemos que el acto administrativo es una declaración realizada en el ejercicio de la función administrativa; pero puesto que por función administrativa hemos entendido, entre otras cosas, “toda la actividad realizada por órganos administrativos,” corresponde que nos refiramos ahora a una vieja discusión en el derecho administrativo: La posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado.

La doctrina universal dominante entiende, en efecto, que una parte de la actuación de los órganos administrativos se rige enteramente por el derecho privado; y considera por ello necesario aclarar que el “acto administrativo” es aquel realizado por un órgano administrativo *en el ejercicio de una potestad pública*.<sup>24</sup>

22. No negamos la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos,<sup>25</sup> pero sostenemos que

<sup>24</sup> Por ejemplo VON TUREGG, p. 112; BENDER, p. 94; ANTONIOLLI, p. 195; DIEZ, p. 112.

<sup>25</sup> Aunque la consideramos bastante excepcional, por lo menos en el derecho argentino. Ver



ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo.<sup>26</sup>

Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que la doctrina destaca *el derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración*; y que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la *competencia, voluntad y forma*.

Esta primera observación basta para señalar el error de considerar que existan “actos de derecho privado” realizados por la administración. A lo sumo podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado. (Objeto.)

Pero aún más: Entendemos que lo más importante, e incluso lo decisivo, es en estos casos la competencia. El objeto del acto tiene una trascendencia empírica importante, pero la calificación dogmática debe prestar atención al hecho de que, si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber coonestado. Ello señala sin lugar a dudas la prevalencia que en estos casos tiene el derecho público sobre el derecho privado en la regulación del acto. La competencia se presenta como una condición previa y necesaria para poder hablar de acto; la competencia hace pues a la existencia misma del acto, en tanto que las modalidades que puedan darse en el objeto son contingentes y relativamente accesorias. Es posible advertir fácilmente que si el derecho privado no llegara a sostener jurídicamente al objeto de un acto dictado por un órgano público, la juricidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la validez jurídica de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto.

Bien es cierto que el objeto constituye un elemento esencial del acto; pero no es menos cierto que, cuando se hace jugar el elemento *competencia* en cuanto dato de derecho público, éste adquiere mayor importancia que el objeto. Si a ello se agrega que también la forma y voluntad (en lo que hace a su origen, preparación y formación) en la actuación de los órganos administrativos, se rigen por el derecho público, resulta que es impropio negar a estos actos el carácter de preponderantemente administrativos.

De lo expuesto se sigue que *ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos, en punto a su objeto, por el derecho privado*; pero que no por ello dejan estos actos de ser actos administrativos para transformarse en “actos de derecho privado de la administración.” Esto se desprende también de la Jurisprudencia de la Corte Suprema que, por ejemplo, considera como actos administrativos a los actos de venta de tierras fiscales —que son consideradas

nuestra nota bibliográfica al libro *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, de JEAN LAMARQUE, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960-IV, p. 240.

<sup>26</sup> En esto seguimos las ideas preconizadas por FIORINI, entre nosotros.

bienes privados del Estado—, y les aplica construcciones propias del derecho público tales como la de la “cosa juzgada administrativa.” (Irrevocabilidad.)

23. Estos principios pueden ser observados en cualquier tipo de actividad estatal. Si tomamos por ejemplo un contrato de locación celebrado por el Estado —contrato que se considera de derecho privado— es fácil advertir cómo el contrato será nulo si el órgano se excedió de su competencia; cómo el procedimiento por el cual se llega a la contratación —licitación pública— es de derecho público, de modo que un vicio sustancial cometido durante el mismo —por ejemplo, violación de la igualdad de los licitantes— vicia el acto de adjudicación realizado; cómo cualquier vicio en el origen de la voluntad administrativa —que se trate de un funcionario de hecho o de un usurpador— se traslada al acto respectivo; cómo un vicio en la preparación o emisión de esa voluntad —por ejemplo, falta de autorización o aprobación, cuando es necesaria, o un determinado vicio en un acto complejo, etc.— afecta también la validez del acto final; cómo la no observancia de la forma escrita —que podría ser justificada en ciertos casos por el derecho privado— no es admisible en el caso del Estado; cómo son de aplicación en todo momento las disposiciones de la ley de contabilidad —derecho público—; cómo la actuación del funcionario respectivo es la responsabilidad del funcionario público (art. 1112, C.C.) y no la de un particular. (Art. 1109, C.C.)<sup>27</sup>

24. Por todo ello, consideramos innecesaria y errónea la aclaración que efectúa la doctrina dominante en el sentido de que el acto administrativo es efectuado en ejercicio de una “potestad pública;” solamente debe calificarse, en la aplicación pragmática del régimen jurídico respectivo, que en ciertos casos *el objeto* —y solamente el objeto— del acto administrativo puede estar regulado por normas extrañas al derecho público.

Por principio general, pues, todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa —y entre éstos, todos los actos emanados de órganos administrativos—, es siempre acto administrativo y debe rechazarse la posibilidad de que un órgano administrativo u otro órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa, pueda realizar actos de derecho privado. (Siempre con la salvedad de que el objeto de sus actos administrativos puede regirse por el derecho privado.)

#### *V. Acto administrativo y acto de gobierno*

25. Así como es innecesario excluir a los actos de derecho privado de la consideración científica en relación al acto administrativo, puesto que todos los actos de órganos administrativos o de órganos estatales que ejercen la función administrativa son siempre actos administrativos, así también corresponde, según ya vimos, eliminar los actos de gobierno.

<sup>27</sup> V. GORDILLO, A., “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” en *Lecciones y Ensayos*, n° 14, Buenos Aires, 1959, p. 81 y ss.

Los actos de gobierno no existen en el derecho argentino porque siempre hay derecho a atacar ante un tribunal de justicia la juridicidad de cualquier acto emanado de un órgano administrativo, y porque no hay ningún acto que pueda escapar por su naturaleza a la sujeción a la ley; por ello, no es necesario hacer aclaración alguna en la noción de acto administrativo, con relación a los actos de gobierno: Acto administrativo es todo acto emanado de un órgano administrativo, y quedan comprendidos en el concepto todos los actos que la doctrina ha podido llamar de otra forma (“actos no justiciables,” “actos políticos,” etc.), *bajo el mismo régimen jurídico de los actos administrativos*.

#### VI. El acto administrativo en cuanto acto unilateral e individual

26. Un hecho interesante que surge de la lectura de las distintas obras que tratan el tema del acto administrativo es que, al par que la doctrina dominante restringe el concepto de acto administrativo a los actos *unilaterales e individuales*, excluyendo así respectivamente los contratos (bi- o plurilaterales) y los reglamentos (generales), exista siempre una porción minoritaria de autores, renovada y calificada, que insiste en dar un concepto amplio: Sea por la inclusión de los reglamentos, sea por la inclusión de los contratos, o, finalmente, por la inclusión de los reglamentos y los contratos.

En los autores que adoptan este tipo de concepto amplio, sin embargo, es de observar que *no han mantenido claramente el criterio rector en base al cual debe buscarse e investigarse la noción de acto administrativo*: Dar una noción empírica que explique y aplique el mayor número posible de principios cardinales del derecho administrativo.

Dijimos ya que el seleccionar esos aspectos jurídicos primordiales es lo que va a determinar la noción de acto administrativo: Si uno toma pocos, dará una noción amplia; si toma muchos, deberá necesariamente hacer varias nociones, ante la imposibilidad de que una sola abarque todas las particularidades tomadas. Dijimos que debe intentarse dar una noción que a) tome *el mayor número posible* de principios jurídicos fundamentales, b) no dejando de lado sino aquellos que puedan ser explicados por otros conceptos de derecho administrativo, y c) dejando de lado los principios de poca importancia.

Entonces, si uno toma como principios jurídicos fundamentales nada más que aquellos que forman la ideología central del derecho administrativo —la sujeción del administrador a la ley, y la posibilidad de recurrir de sus actos ante la justicia—<sup>28</sup> entonces parece obvio que deberá darse una noción amplia: Acto administrativo será entonces tanto el acto plurilateral (contratos) como el unilateral, y el general (reglamentos) como el concreto o individual.

<sup>28</sup> Así GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 366.

Pero cuando se da esa noción —que, por cierto, no contiene un error *lógico*— se comete un error pragmático, en cuanto *no se dan en la noción suficientes elementos de juicio como para poder apreciar con mayor exactitud algunos otros principios cardinales del derecho administrativo*; luego, no se da una noción práctica y útil sino una mera formulación teórica desprovista de todo contacto con la realidad.

Este tipo de nociones, pues, no son equivocadas: Pero son imprácticas, y desembocan después en una serie de “clasificaciones” del acto administrativo en las cuales deberán aclarar aquello que no se aclaró en el concepto mismo; eso constituye un recargo de lectura y hace menos útil, o inútil, la noción de acto administrativo, por cuanto ella por sí misma no da en tales casos ninguna idea concreta acerca de las particularidades del régimen jurídico administrativo; y no puede usársela con precisión, sino que es necesario siempre apoyarla en aclaraciones y explicaciones.

27. De la misma forma que debimos buscar la naturaleza jurídica de las distintas funciones del Estado con el fin de poder aplicar el *distinto régimen jurídico*, respectivamente previsto en la Constitución,<sup>29</sup> debemos ahora precisar la diferente naturaleza de los actos de la administración con el fin de poder aplicar el *diferente régimen jurídico* que prevé el orden jurídico para cada tipo de actos.

En sentido lato, pues, todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa es un acto de la administración; e igualmente en sentido lato puede decirse que acto administrativo es toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos. Pero, dentro de estos actos no se aplican los mismos principios para los contractuales que para los unilaterales; ni a su vez, dentro de los unilaterales, para los generales que para los individuales.

Puesto que los contratos tienen un régimen jurídico propio claramente definido, y puesto que los actos generales (reglamentos) también tienen un régimen jurídico de ciertas particularidades propias, no parece sino lógico separarlos como categorías propias y reservar el nombre de “acto administrativo” —ahora en sentido restringido y técnico— para los actos *unilaterales e individuales*: Se trata de una razón empírica, que no pretende tener base dogmática “a priori” alguna, pero que es práctica y contribuye a esclarecer los conceptos.

28. Es importante destacar que el fundamento de esta restricción en el concepto no es teórico, sino práctico. El que se designe como “acto administrativo” sólo a una porción limitada de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa, no significa que los demás actos (contratos y reglamentos) dejen de pertenecer a dicha función; no es que no sean “administrativos” en su sustancia, ni que dejen de tener el régimen general que corresponde a la función administrativa por oposición a las funciones legislativa y jurisdiccional; se hace la distinción tan solo tratando de establecer, *dentro del régimen jurídico*

<sup>29</sup> En nuestra citada *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 32 y ss.

de la función administrativa, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos.<sup>30</sup>

Por tal razón, definir al acto administrativo como una decisión “general o especial,” por ejemplo, no es erróneo, pero implica alejarse de la realidad, en cuanto por su excesiva amplitud no permite obtener consecuencia alguna de ello ni aplicar directamente las diferencias específicas mencionadas; el “acto administrativo,” por tanto, es el acto jurídico *unilateral e individual* (o “concreto,” “particular,” etc.) realizado en ejercicio de la función administrativa.

29. El concepto de acto administrativo, así restringido, no es pues una noción que comprenda a todos los actos productores de efectos jurídicos que son realizados en la función administrativa, sino que toma en cuenta directamente las principales particularidades del régimen jurídico respectivo, y responde entonces a una división tripartita de esos actos, pasando así a ser *uno de los tipos* de actos productores de efectos jurídicos que se dictan en el ejercicio de la función administrativa: Contrato, reglamento, acto administrativo.

30. No creemos que pueda decirse que esta restricción y esta mayor precisión del concepto causen dificultades para su comprensión; por el contrario, se facilita la aplicación del derecho administrativo, al orientar concretamente acerca de cuáles de sus principios son los que corresponde directamente tomar en cuenta; hace innecesario el laborioso sistema de clasificaciones y aclaraciones posteriores, y las denominaciones complejas (por ejemplo, “acto administrativo especial,” para distinguirlo del “acto administrativo general” —el reglamento—; “acto de gestión pública” —el contrato—, para distinguirlo del “acto de autoridad” —el acto administrativo—; etc.) que tantas dificultades causan y a que algunos autores deben recurrir para determinar exactamente de qué tipo de acto están hablando.

31. Por lo demás, la disociación conceptual y real entre contrato y acto administrativo, reglamento y acto administrativo, es fácil advertirla.

Las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son profundas y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Es ello tan evidente que no parece necesario extenderse mayormente sobre el punto; cualquier libro de la materia ilustra en un capítulo especial sobre los Contratos Administrativos, cómo es una imposibilidad práctica, metodológica y científica, analizar conjuntamente —y por ende, a su pesar, conceptuar conjuntamente— los contratos y los actos unilaterales de la administración.

<sup>30</sup> Por eso carece también de relación con el tema decir que los contratos y los reglamentos también son administrativos, o que no todos los actos de la administración son unilaterales, ya que eso es obvio e innegable; lo que ocurre es otra cosa: Que el concepto de “acto administrativo” es en adelante empleado como *término técnico* de alcance restringido, y no como amplio concepto informal. Conf. ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 195.

32. Respecto a los actos generales (reglamentos), sus diferencias básicas con el acto administrativo —y por ello, las que justifican el que se le dé concepto autónomo— son las siguientes:

a) Dado que el reglamento contiene normas jurídicas generales, y el acto administrativo una norma concreta, particular, surge una gradación jerárquica entre el acto administrativo y el reglamento. Existe aquí uno de los grandes principios del derecho administrativo: *Que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida*.<sup>31</sup>

Este principio, de acuerdo al cual es antijurídico el acto administrativo que contraviene un reglamento, es opuesto al que existe en materia de función legislativa, en la cual la ley especial que se aparta de lo dispuesto por la ley general, simplemente la deja sin efecto en ese aspecto (*lex specialis derogat generalis*); la radical distinción en esta gradación jerárquica normativa (acto general-acto particular), en el caso de la función administrativa, hace aconsejable que se la refleje en una diferenciación como la que adoptamos. (Reglamento-acto administrativo).<sup>32</sup>

b) La segunda diferencia fundamental de régimen jurídico entre el reglamento y el acto administrativo reside en la facultad que tiene la administración para dictarlos. La facultad de dictar actos administrativos es de la propia naturaleza de la función administrativa, y por lo tanto *amplia*; la facultad de dictar reglamentos implica un avance sobre el principio constitucional de que la creación de normas generales solo sea hecha por el Parlamento, y es por lo tanto *restringida*.<sup>33</sup>

c) la publicidad del acto administrativo se hace mediante notificación, la que importa en principio un conocimiento cierto del mismo por parte del administrado; la publicidad de un reglamento se hace mediante publicación, que implica un conocimiento presunto o ficto del mismo por parte de los administrados. Además, la falta de notificación no implica que el particular no pueda reclamar los efectos que surgen del acto, pues la invocación de los beneficios que deriven del acto importa una recepción del mismo, esto es, “notificarse” de él.<sup>34</sup> En cambio, la falta de publicación del reglamento impide la aplicación del mismo a situación alguna, ya que violaría la igualdad ante la ley que lo invocaran algunos administrados y respecto a ellos se aplicara, pero no de los demás;

d) el reglamento no puede ser retroactivo, pues le alcanza el mismo principio de las leyes; el acto administrativo puede ser retroactivo en algunos casos: Las

<sup>31</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 203; FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; ZANOBINI, G., “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” en *Rivista di Diritto Pubblico*, t. IX, 1917, 1ª parte, p. 411; PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 81: 236; GORDILLO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>32</sup> Para más detalles respecto de esta gradación normativa, GORDILLO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>33</sup> Para más detalles ver GORDILLO, *op. cit.*, p. 56 y ss.

<sup>34</sup> Comp. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *op. cit.*, p. 244; ver *infra*, cap. IV, p. 146 y ss., p. 150 y ss.

ratificaciones y confirmaciones, los actos declarativos, las aprobaciones, insistencias, etc.;

e) en lo que hace a la extinción de los actos, cabe señalar que la revocación por ilegitimidad está limitada muy seriamente por la “cosa juzgada administrativa” (irrevocabilidad de los actos administrativos),<sup>35</sup> limitación que no existe respecto al reglamento; aunque la revocación de éste desde luego no pueda modificar las situaciones individuales nacidas al amparo del mismo.<sup>36</sup> En cuanto a la anulación, en nuestro país y por ahora se sostiene que el juez puede anular el acto administrativo, pero que al reglamento sólo puede dejarlo de aplicar en el caso concreto; por lo que éste, si bien antijurídico, continúa en vigencia en tanto no sea la misma administración pública quien unilateralmente decida retirarlo del mundo jurídico.

Estas son las principales diferencias que justifican a nuestro criterio el dar un distinto concepto para el acto individual (acto administrativo) y para el acto general. (Reglamento.)

33. En conclusión, tenemos que hasta aquí la noción empírica de acto administrativo que estamos elaborando es: Declaración unilateral e individual realizada en el ejercicio de la función administrativa.

#### VII. El acto administrativo en cuanto productor de efectos jurídicos

34. Corresponde ahora agregar algunos pulimentos a lo ya tratado, con el fin de ofrecer la noción definitiva.

En primer lugar es necesario destacar que lo de “individual” se refiere a los efectos jurídicos del acto; o sea, que cabe destacar en el concepto respectivo que la declaración produce *efectos jurídicos* individuales.

Esta aclaración es imprescindible, y no se la evita diciendo que la declaración proviene de la administrativa activa,<sup>37</sup> pues dicha formulación, si bien excluiría como corresponde los actos de la administración *consultiva* (dictámenes, pareceres, pericias, etc., que no producen efectos jurídicos inmediatos y no son actos administrativos en sentido estricto), no excluye en cambio a ciertos actos que emanan de la administración activa, sin ser por ello actos administrativos: Felicitaciones, invitaciones a concurrir a actos públicos, prevenciones sin amenaza concreta de sanción, etc.<sup>38</sup>

En otros términos, no todos los actos unilaterales y concretos de la administración activa producen efectos jurídicos, y por ello no todos dichos actos son actos administrativos; de donde se desprende la necesidad de aclarar en la noción que

<sup>35</sup> Para un análisis de sus caracteres, v. GORDILLO, *op. cit.*, p. 67 y ss.

<sup>36</sup> GORDILLO, p. 70.

<sup>37</sup> Como lo hace DIEZ, *op. cit.*, p. 109.

<sup>38</sup> Conf. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

la declaración que va a ser considerada acto administrativo es sólo aquella que produce efectos *jurídicos* individuales.

35. Es asimismo necesario cualificar la forma en que el efecto jurídico nace del acto.

No corresponde hablar de una “declaración... *destinada a producir* efectos jurídicos...”, como en el acto jurídico del derecho privado, pues tal formulación contiene una evidente referencia a la voluntad psíquica de un individuo actuante, lo que no es exacto en el caso del acto administrativo.

El acto administrativo no es necesariamente la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: El resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley, y no porque el funcionario lo haya querido.

Los efectos jurídicos que deba producir la declaración se aprecian en gran medida con arreglo al sentido objetivo del obrar del agente,<sup>39</sup> y ello determina el error de un tal modo de definir. Bien es cierto que la voluntad del agente puede en ciertos casos tener trascendencia respecto al acto administrativo (casos de vicio por error, dolo, violencia, desviación de poder); pero aún en esos casos puede ocurrir que el vicio presuntamente psicológico sea en definitiva analizado y evaluado con relación al actuar objetivo de la administración y no a la voluntad real de los funcionarios públicos.<sup>40</sup> De cualquier manera, no son extraños los casos en que el vicio de voluntad que haya tenido el agente administrativo, y que hubiera viciado el acto de tratarse de un acto de tratarse de un acto jurídico de derecho privado, deja incólume el acto administrativo, precisamente porque lo más importante en él no es esa voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de los hechos a la descripción normativa de los mismos.<sup>41</sup>

Por ello es más acertado hablar de una “declaración... *que produce* efectos jurídicos...” antes que de “declaración... *destinada a producir* efectos jurídicos...”

36. También se requiere precisar de qué modo están conectados los efectos jurídicos que el derecho establece para el acto de que se trata, con el acto mismo: Si mediata o inmediatamente.

Debemos emplear nuevamente aquí el criterio jurídico en base al cual debe analizarse todo el concepto de acto administrativo. Para que la noción sea práctica y fructífera, y llene debidamente su función metodizadora y ordenadora de los principios de aplicación del derecho administrativo, debe estar referida en particular a los problemas de validez y contralor de la actividad administrativa.<sup>42</sup> Pues bien, los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa están

<sup>39</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291.

<sup>40</sup> Un claro ejemplo de ello es el fallo *De La Torre*, 1961, de sala en lo Contencioso administrativo, Cámara Federal de la Capital, publicado en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1961, n° 2, p. 96 y ss., con nuestro comentario.

<sup>41</sup> En este sentido señala FORSTHOFF (*op. cit.*, p. 291) que “es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental.”

<sup>42</sup> BENDER, *op. cit.*, p. 95.



concentrados en un principio: El de que sólo puede atacarse mediante un recurso administrativo o contencioso administrativo aquél acto de la administración que produzca efectos jurídicos *inmediatos* respecto del impugnante; todo acto de la administración que de suyo no produzca efectos jurídicos, no es impugnante en cuanto a su validez: La noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio, y restringirse a aquellos actos que producen efectos jurídicos en forma directa, inmediata.

Si decimos simplemente que el acto administrativo es la declaración que produce efectos jurídicos, podremos estar abarcando indebidamente los casos en que el efecto jurídico surja indirectamente del acto: Por ejemplo, el dictamen que la administración esté eventualmente obligada a seguir, es sin duda un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su acaecimiento y determinados efectos jurídicos; pero, sin embargo, no es un acto administrativo en el sentido propio del término; porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente.

Es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que los efectos jurídicos sean inmediatos,<sup>43</sup> es decir, que surjan del acto mismo. “Cuando el obrar de la administración sólo constituye el pretexto de un obrar con efectos jurídicos directos,” como el informe de un inspector de industrias sobre los inconvenientes de un fábrica, lo cual puede dar lugar a una decisión de clausura, este obrar —el emitir el informe— “no constituye un acto administrativo, puesto que de suyo no produce efectos jurídicos.”<sup>44</sup>

Quedan así excluidos del concepto todos los “actos preparatorios” (informes, dictámenes, proyectos, etc.) y en general cualquier acto que por sí mismo no sea suficiente para dar lugar a un efecto jurídico inmediato en relación al particular; y esos actos así excluidos no son impugnables por recursos administrativos ni contencioso administrativos aunque adolezcan de algún vicio, mientras que, a la inversa, lo son los actos administrativos.

37. Incidentalmente, corresponde también aclarar que los actos de “contralor” que se realizan en la administración pública también constituyen actos administrativos cuando producen efectos jurídicos inmediatos: Ello es así porque en nuestro sistema constitucional no es dable admitir que la administración ejerza función jurisdiccional en sentido estricto,<sup>45</sup> y por lo tanto los actos de órganos administrativos que por su contenido puedan ser similares a los actos de la función jurisdiccional, se rigen a pesar de todo por los principios atinentes a los actos administrativos, y como tales deben por ende ser conceptuados.

<sup>43</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 249; BENDER, *op. cit.*, p. 95; PETERS, *op. cit.*, p. 152, etc.

<sup>44</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

<sup>45</sup> Lo explicamos en nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 37 y ss.

### VIII. *Noción de acto administrativo*

38. Por todo lo expuesto, acto administrativo es *una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*

a) *Declaración:* O sea que es una exteriorización intelectual, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos (lenguaje hablado y escrito; signos convencionales, etc.), de significación figurada, que se hacen accesibles al intelecto de los demás individuos sólo mediante un proceso de análisis y conversión de los mismos a datos e ideas reales.

Además, por tratarse de una declaración se refiere sólo al momento externo del proceso intelectual; a la emisión o extrinsecación del mismo; por lo que comprende la emisión de cualquier producto de la psiquis: Volición, cognición, opinión, etc.;

b) *unilateral:* Es decir, se excluyen del concepto de acto administrativo a los contratos, por cuanto los mismos tiene un régimen jurídico particular, dentro del genérico correspondiente a la función administrativa;

c) *realizada en ejercicio de la función administrativa:* No decimos declaración “de la administración” pues el concepto de ésta se particulariza a órganos administrativos, y ya hemos visto que también los jueces y el Congreso, que no son órganos administrativos, realizan en ciertos casos función administrativa regida por el derecho administrativo. Debe recordarse que algunos actos que tradicionalmente se consideran función administrativa de los jueces y legisladores (jurisdicción voluntaria y leyes concretas, respectivamente) deben ser asimilados preferentemente a la función específica del órgano (jurisdiccional y legislativa) por su mayor nexo conceptual y formal con la misma que con la función administrativa. Los actos producidos en tales actividades, pues, no habrán de considerarse como actos administrativo, sino como actos relativos a la función específica del órgano. Pero, en cambio, otros actos de función administrativa realizados por esos órganos jurisdiccionales y legislativos (por ejemplo, en lo relativo a organización, medios y personal) si serán actos administrativos;

d) *que produce efectos:* No se habla de “destinada a producir” en virtud de que los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente con relación a la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de la misma;

e) *jurídicos:* La aclaración de que los efectos que surgen del acto son jurídicos es imprescindible, y no se evita diciendo que la declaración proviene de la administración activa, pues no todos los actos de la administración activa producen efectos jurídicos (comunicaciones, felicitaciones, invitaciones, etc.);

f) *individuales*: O sea, se excluyen del concepto de acto administrativo a los actos generales —reglamentos— por cuanto los mismos tienen un régimen jurídico especial, dentro del género de los actos de la función administrativa;

g) *en forma inmediata*: Es esencial al concepto de acto administrativo que los efectos jurídicos sean directos, es decir, que surjan del acto mismo, sin estar supeditados a la emanación de un acto posterior; como señala FORSTHOFF, el acto debe “de suyo” producir efectos jurídicos respecto al administrado. Por ello los dictámenes, pericias, informes, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos.