

Prólogo

Es siempre interesante observar el ingreso de un jurista joven y de talento al campo del saber dogmático del derecho. Por ser ese saber un conocimiento polémico en el que el error no es trasto arrumbado sino parte viva de lo que se conoce y debe conocerse, la incorporación de un nuevo científico comporta la participación de un justador más que levanta, aun con sus equivocaciones, el nivel de la ciencia jurídica. Ningún jurista puede así quedar indiferente ante la promoción de un investigador que viene a traer su pensamiento y hasta su vida mismo al diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano de obrar. Dificilmente puede, pues, substraerme al interés que forzosamente debe despertar la obra científica del doctor AGUSTÍN GORDILLO. Bien dotado intelectualmente, con una profunda vocación que lo impulsa, no se ha esquivado a los temas fundamentales del derecho administrativo. A esos temas epistemológicos que constituyen la frontera entre la ciencia del derecho administrativo y la teoría general del derecho. Publicó así anteriormente, aparte de otras monografías sobre diversos tópicos una *Introducción al Derecho Administrativo* en la que analiza asuntos como estos: Concepto de la personalidad jurídica, derecho subjetivo, acto reglado y acto discrecional, función administrativa, fuentes de derecho administrativo. Y ahora, en esta obra, trata del acto administrativo y de su nulidad. Estos dos libros podrían constituir un volumen con plena unidad y autonomía referente a cuestiones capitales de la materia. Pero veamos el que motiva este prólogo.

Comienza por el tema del acto de gobierno. Analiza la cuestión de si el acto de gobierno del Poder Ejecutivo tiene alguna diferencia esencial frente al acto administrativo. Llega a la conclusión de que no la tiene. Para el autor el acto de gobierno, como figura diferenciada del acto administrativo, es sólo el intento, fundado en razones históricas circunstanciales propias de ciertos países —no del nuestro— para liberar de control jurisdiccional determinados actos administrativos. Concluye en que en nuestro derecho el mal llamado acto de gobierno del Poder Ejecutivo es controlable judicialmente, con ciertas limitaciones. La demostración de su tesis es de un vigor impresionante. La jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca del estado de sitio y su exigencia de razonabilidad en el acto del Poder Ejecutivo le sirve de sólido fundamento.

Su concepto restringido de acto administrativo le hace excluir a los actos bilaterales y a algunos unilaterales que parte de la doctrina acepta como actos administrativos. En esta materia la discusión está siempre abierta.

La teoría de la invalidez del acto administrativo toma gran parte de su libro. Es una construcción digna de todo encomio, efectuada sobre la base de la jurisprudencia judicial argentina y que, por su sistema, aportes personales y claridad de exposición merece cuidadosa lectura. El capítulo III es un modelo de estudio sobre asunto tan complejo, sobre todo por el modo en que demuestra el juego autónomo de las nulidades del acto administrativo frente a las del código civil. Esta autonomía se funda a mi juicio —y el autor no toca este punto— en que por el sentido o por el substrato de la conducta en que el acto administrativo consiste, no admite, sin desacierto que las normas civiles sean aplicables a las nulidades de tales actos. Pero de ningún modo se ampara en la razón de que las normas civiles están destinadas a regir sólo los casos entre particulares o sólo los casos civiles o porque el derecho administrativo no tenga nada que ver con el civil. Este argumento es o una petición de principio o no dice nada.

El capítulo IV trata de los vicios del acto administrativo como causa de invalidez. Tal vez este punto debió ser encarado como penúltimo. De cualquier manera es, en su contenido, un agudo análisis del tema, hecho por segunda vez en el país con tal detenimiento.

El autor no milita en academias ni en anti-academias y no parece afecto a ir por lo trillado. Al día en la doctrina comparada, sabe seleccionarla sin incurrir en erudición baldía; y sabe también valerse de la realidad objetiva que le ofrece la jurisprudencia judicial de nuestros tribunales. Es consciente de que un fallo claro y justo con autoridad vale más que cualquier opinión científica, como dato para la construcción sistemática, sin dejar por ello de valorar y criticar la sentencia cuando procede, por su carencia de fuerza de convicción.

No quiero terminar este prólogo sin decir algo sobre el profundo sentido político arquitectónico encerrado en el trabajo del doctor GORDILLO. Es el sentido de justo equilibrio en todo aquello no previsto por ley expresa en donde pueden entrar en conflicto la libertad y la autoridad. Independiente, dotado de una vigorosa capacidad de análisis y de síntesis y de un fino sentido jurídico, profesor de derecho administrativo en dos universidades, abogado de la Procuración del Tesoro de la Nación, se advierte en él una serena equidistancia de lo que pudiera ser pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista. No puede menos de celebrarse que el derecho público lo haya atraído con sus vastas extensiones de tierra ignota.

A modo de introducción

El acto administrativo es una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo, y si acaso la más importante. Prácticamente todos los temas de derecho administrativo (por ejemplo servicios públicos, dominio público, poder de policía, contencioso administrativo, función pública, etc.), giran necesariamente alrededor de la teoría del acto administrativo, y es a ésta que deben recurrir para solucionar más de una cuestión decisiva. Es que la institución del acto administrativo cumple una función ordenadora y metodizadora dentro del derecho administrativo; es una especie de columna vertebral, un imprescindible nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia.

Además, desde el punto de vista práctico, el acto administrativo y los recursos existentes contra el mismo constituyen la temática de aplicación más frecuente y necesaria, tanto para el abogado como para el administrador en cuanto toman contacto con problemas de derecho administrativo.

Ahora bien, en el estado actual del derecho administrativo argentino y mundial, hemos creído innecesario insistir en algunas discusiones y principios ya suficientemente analizados por la doctrina existente, y hemos considerado en cambio que puede tratarse de continuar la obra realizada, en otros sentidos todavía no desarrollados plenamente. En ese aspecto, parécenos conveniente (salvo en el caso de los actos de gobierno, en el cual hemos vuelto a intentar un ataque frontal) realizar una tarea que complementa lo ya construido, antes de que se superponga a ello.

Esa tarea de complementación la encaramos aquí en tres direcciones: 1º) La explicación más detallada de qué es el acto administrativo y sobre todo, qué sentido tienen las controversias acerca de su noción; 2º) la formulación de una teoría de las nulidades del acto administrativo, que sea integral y en lo posible precisa; 3º) la presentación de indicaciones explícitas y concretas que puedan orientar en cada caso particular acerca de si el acto administrativo que se está analizando es o no inválido, y por qué.

Hemos querido, pues, por un lado tratar de transmitir al lector una comprensión integral del problema teórico debatido, y por el otro darle una herramienta de

trabajo que en los casos prácticos le permita determinar con alguna aproximación cuál es el vicio del acto considerado. Los dos primeros capítulos se ocupan de la teoría del acto de gobierno y de la noción de acto administrativo. El tratamiento del segundo tema, en particular, no es habitualmente muy extenso en cuanto a su fundamentación en las obras de derecho administrativo, y no es poco frecuente que se dé directamente una definición que luego el autor desarrolla, pero sin haber explicado antes cómo y por qué llegó a ella. Nos hemos apartado de ese criterio, en consecuencia, intentando explicar con el mayor detenimiento posible, el por qué de cada uno de los elementos de la noción de acto administrativo: Consideramos que sólo de esta forma, facilitando al lector una clara comprensión de la finalidad de cada debate y argumento al respecto, podrá éste lograr una asimilación efectiva y de síntesis del concepto final. Es decir, hemos querido evitar que el lector esté desorientado acerca de las finalidades que persigue la investigación y sea por ello un mero espectador de disquisiciones cuya verdadera razón u origen no alcanza a comprender ni puede, por ende, valorar o enjuiciar.

El capítulo tercero aborda un tema arduo y plagado de discrepancias doctrinarias: Aquí también hemos cuidado de explicar detalladamente que debe perseguir el estudio de las nulidades —pues de ello se trata—, y a qué se ciñen o deben ceñirse las discusiones; con esos presupuestos hemos tratado de elaborar una teoría de las nulidades para el derecho público argentino, tomando como punto de partida las elaboraciones jurisprudenciales en la materia.

El capítulo cuarto marca un distinto enfoque y contenido en relación al resto de la obra. Mientras que en los tres primeros capítulos hemos intentado delinear con rasgos amplios un esquema omnicompreensivo de la institución, aquí hemos querido efectuar un análisis concreto y minucioso de los vicios que pueden afectar al acto administrativo: En ello reside la finalidad práctica perseguida.

Si bien no podemos dejar de reconocer que es imposible indicar a priori con exactitud cuál es la nulidad que corresponde a un vicio determinado —porque al no haber regulación legislativa expresa, se trata siempre de una cuestión de apreciación fáctica, caso por caso— hemos pensado que, aún a riesgo de cometer errores, es necesario intentar una clasificación conjunta de los vicios y de las nulidades que les corresponden. Tenemos el firme convencimiento de que en la práctica es imprescindible contar con algún tipo de guía que pueda orientar al abogado o administrador, en principio al menos, acerca de cuál es el camino que debe seguir en la investigación concreta de un vicio del acto administrativo. Abrigamos la esperanza de que ello nos sirva de justificación por el intento, y paliativo por los errores.

A. G.

Buenos Aires, Julio de 1962.