

CAPÍTULO II
EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTOR
DE EFECTOS JURÍDICOS

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	II-1
1. La actividad administrativa apta o no para producir efectos jurídicos directos	II-1
2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico	II-2
2.1. Efectos jurídicos inmediatos	II-2
2.2. Se excluyen los efectos jurídicos mediatos	II-4
2.3. La cuestión de la notificación	II-5
II. <i>Distintos alcances de los efectos jurídicos</i>	II-9
3. Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos	II-9
3.1. Efectos provisionales y definitivos	II-9
3.2. Efectos definitivos en sede administrativa	II-10
3.3. Actos interlocutorios y definitivos	II-11
3.4. Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite	II-13
3.5. Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos	II-13
3.5.1. Diferencias en cuanto a los recursos aplicables	II-14
3.5.1.1. Recursos administrativos	II-14
3.5.1.2. Remedios judiciales	II-14
3.5.2. Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones	II-14
3.5.3. Conclusiones	II-16
3.6. Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él	II-16

4. Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos	II-17
5. Quedan comprendidos los actos de contralor	II-19
6. Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos.....	II-20
6.1. La voluntad psíquica del agente	II-20
6.2. Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones	II-24
6.3. Conclusiones	II-26
7. Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos	II-27
8. Lo atinente a la moral	II-28
9. Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales.....	II-29
III. <i>Efectos públicos o privados del acto</i>	II-29
10. Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa	II-29
11. La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado.....	II-30
12. El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo.....	II-30
13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración	II-32
14. No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto	II-33
15. Conclusión.....	II-35
IV. <i>Efectos en relación al tiempo</i>	II-36
16. La retroactividad	II-36
17. Efectos para el futuro	II-37
18. Comparación	II-37

Capítulo II
**EL ACTO ADMINISTRATIVO
COMO PRODUCTOR DE EFECTOS JURÍDICOS**

I. *Introducción*

1. *La actividad administrativa apta o no
para producir efectos jurídicos directos*

Una de las primeras clasificaciones que casi todos los autores están dispuestos a efectuar dentro del total de la actividad administrativa, es la que distingue según que esa actividad produzca o no efectos jurídicos; tomando en cuenta a su vez el pensamiento de MAIRAL, cabe precisar si es o no *apta* para producir efectos jurídicos directos, pues como este autor bien lo señala, hay meros pronunciamientos administrativos inaptos para producir efecto jurídico, como por ejemplo la negativa de la administración a reconocer una deuda: eso no es un acto administrativo que ponga en marcha todo el aparato del derecho administrativo en cuanto a presunción de legitimidad, plazos de impugnación, etc. Sin embargo, no todos obtienen de esta premisa iguales conclusiones para la sistematización de la función administrativa, ya que frecuentemente hacen la aclaración en el sentido de *excluir* de su análisis a la actividad no jurídica,¹ en lugar de incorporarla también dentro de la clasificación, a los efectos de la sistematización total. En otros casos no se hace formalmente la distinción y se busca sustituirla afirmando que la actividad y los actos a estudiarse provienen de la administración activa. Ello no

¹ Así SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1953; puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, 4ª ed., p. 381. Utilizamos la frase “no jurídica” como apócope de “no apta para ser productora de efectos jurídicos directos.” MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 651 y ss., lo enuncia para solucionar el disvalor de los caracteres que se asignan al acto administrativo, siguiendo la jurisprudencia que indica que en el caso “Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas.” Recuerda en la p. 660 a la CNFed. CA, Sala I, *Polledo, ED*, 115: 534; CSJN, *Serra, LL*, 1995-A, 401, con nota de BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397).

resulta suficiente, 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 tienen por ende el régimen jurídico de los actos administrativos en sentido estricto),² no excluye en cambio a otros actos que emanan de la administración activa, sin recibir por ello, desde el punto de vista de su régimen jurídico, el tratamiento propio de los demás actos llamados actos administrativos;³ felicitaciones, invitaciones a concurrir a actos públicos, prevenciones sin amenaza concreta de sanciones, etc.; o como dice MAIRAL con acierto, meros pronunciamientos administrativos.⁴

En conclusión, es fundamental la clasificación de la actividad administrativa según que ella sea o no apta para producir efectos jurídicos, si bien presenta algunas dificultades de concretar el alcance de esta delimitación; a ello nos referiremos en lo que sigue.

2. Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico

2.1. Efectos jurídicos inmediatos

A veces la doctrina efectúa la clasificación de que hablamos, refiriéndose simplemente a que la actividad o el acto administrativo sean productores de efectos jurídicos.⁵ Pero, como ya lo demostró ampliamente la doctrina alemana⁶ y lo dijimos anteriormente,⁷ ello es insuficiente como criterio de sistematización, pues no toma en cuenta la diferencia básica entre los actos que tienen sin duda efectos jurídicos, pero no *directos*; estos últimos no son jurídicamente irrelevantes, sin ser tampoco actos que participen de los mismos trazos fundamentales del grueso de la actividad apta para producir efectos jurídicos inmediatos. Debemos emplear

² Ni siquiera si se los notifica por una providencia interlocutoria: *Caraballo*, ST Entre Ríos, Sala I Penal, *LL Litoral*, 2000-911. Si la autoridad competente agrega “Conforme” y lo notifica formalmente, se lo ha considerado acto administrativo: CNFed. CA, Sala II, *Bramco S.A. c. Banco Central*, *LL*, 2000-E, 542.

³ Es nuestro criterio desde la 1ª ed. de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, siguiendo a FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, IEC, 1958, p. 282 y ss.

⁴ Es en alguna manera el criterio de FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282, que MAIRAL perfecciona.

⁵ DIEZ, *op. cit.*, t. II, pp. 210-1; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 381; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 260, aunque no expresa que los efectos jurídicos deben ser directos; en ediciones y reimpressiones posteriores la cita corresponde a la p. 264. Esa falta de precisión, también presente en parte de la doctrina española, finalmente ha venido a ser cuestionada allí: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 412 y ss., con cita de ALEJANDRO NIETO, entre otros.

⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Múnich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 303; OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 63. Lo mismo ocurre en la doctrina suiza: GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960, pp. 340-1 y otros.

⁷ *El acto administrativo*, *op. cit.*, 1ª ed., 1963, p. 74 y ss.

nuevamente aquí el criterio en base⁸ 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.⁹

Pues bien, los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa giran en torno a un principio: Que puede atacarse mediante un recurso administrativo o acción judicial aquel acto¹⁰ de la administración que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos respecto del impugnante; todo acto de la administración (o no) que de suyo no sea apto para producir efectos jurídicos, no es todavía directamente impugnable en cuanto a su validez: la noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio y restringirse a aquellos actos aptos para que produzca efectos jurídicos directos,¹¹ en forma inmediata.¹² Si dijéramos simplemente que es una declaración que produce efectos jurídicos, estaríamos abarcando los casos en que el efecto jurídico surge indirectamente del acto. Así el dictamen vinculante que la administración esté obligada a seguir es un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos. Pero no es un acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente. Es, pues, un acto de la administración o preparatorio, no un acto administrativo,¹³ a pesar de ser un dictamen vinculante.¹⁴

⁸ Muchas discusiones en derecho administrativo son una incompreensión de los principios de la teoría general del derecho, o incluso del lenguaje, que sus cultores no siempre aclaran. Lo hacemos en el t. 1, cap. I, ampliando la 2ª ed. de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, cap. I. Ver también nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

⁹ BENDER, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰ Aunque cabe estar prevenidos contra exageraciones, como lo adelantamos en la "Introducción" de este vol. 3, desde la cuarta edición, 1999.

¹¹ Veremos en el cap. X, § 8.7, "La firma electrónica o digital," que al autorizar la firma electrónica de documentos, el decreto 427/98 emplea en el art. 1º esta terminología, al restringir su aplicación a "los actos internos [...] que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa," o sea excluyendo los actos administrativos *stricto sensu* en el sentido que aquí definimos. En este sentido CNFed. CA, Sala I, *Carro, LL*, 2005-C, 772, con nota de AMONDAIRAIN, MARIANA, "La discrecionalidad administrativa ¿autoriza el dictado de una sentencia sin motivación suficiente?," en prensa.

¹² En el mismo sentido LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 207; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 190 y 305.

¹³ En igual sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 282, § 179; GARCÍA TREVILJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 321, aunque critica nuestra igual posición en la p. 37.

¹⁴ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 7.1, p. 8; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, LL, 2003, cap. 2, § 2.4.1, p. 15; *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 13 y nota 26; con LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, LL, 2002, arts. 7º y 8º, § 5.4.1, p. 188.

Es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos,¹⁵ es decir, apto para que surjan del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra manifestación o comportamiento administrativo.

Como dice este autor, “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 una 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. Pero es jurídicamente relevante porque provoca, o sea, origina directamente, una actuación de la policía y, por consiguiente, efectos jurídicos.”¹⁶

En otras palabras, “Los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo: sólo entonces son inmediatos,”¹⁷ no basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto que el acto es apto para producir debe ser directo e inmediato, surgir del acto mismo y por sí sólo, para que la clasificación tenga entonces un adecuado sentido jurídico preciso.¹⁸

2.2. *Se excluyen los efectos jurídicos mediatos*

Quedan aquí 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 a un sujeto de derecho; esos actos no son impugnables administrativa ni judicialmente.

Con otra terminología a veces se indican actos no eficaces ni aptos por ende para producir efectos jurídicos, a los proyectos de acto sometidos expresamente al referendo o aprobación de una autoridad superior: el acto es de los que calificaríamos como no jurídicos, apócope de actos no aptos para ser por sí mismos productores de efectos jurídicos directos e inmediatos.

Cabe destacar que la solución no es firme en materia de actos sujetos a aprobación o referendo, pues tanto existen precedentes que no los consideran actos con aptitud para ser productores de efectos jurídicos,¹⁹ como también sentencias

¹⁵ WOLFF, *op. cit.*, pp. 303 y 304; OBERMAYER, *op. cit.*, p. 63; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 340, etc.

¹⁶ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 340.

¹⁸ Veremos después que algunos autores proponen que los efectos se produzcan al mundo jurídico antes de la notificación o publicación, lo cual es en realidad una contradicción.

¹⁹ Ha dicho la CSJN en *Herpazana SRL*, Fallos, 320-3: 2808, año 1997, cons. 9° y 10, que un acto *ad referendum* o sujeto a aprobación de una autoridad superior carece de aptitud para “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto (doctrina de Fallos: 314: 491).” En igual sentido *Maruba S.C.A.*, año 1997, CNFed. Civil y Com., Sala III, LL, 1998-A, 151, 152: “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara.” Comp. CNFed. CA, Sala I, *Herpazana SRL*, año 1995, ED, 168: 414; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, reimpresión de la 4ª ed., p. 84.

que tutelan el derecho o la obligación emergente del acto y sancionan con la nulidad la negativa a brindar el referendo,²⁰ o consideran obligado al particular que retira su oferta luego de habersele dictado una adjudicación sujeta a aprobación, antes de producirse ésta.²¹

Se hallan igualmente excluidos los actos o actividades que tendrán posiblemente un efecto jurídico, en unión con otros elementos, pero que *aún* no lo tienen: un dictamen vinculante o semivinculante,²² un acto que ha sido firmado pero aún no ha sido notificado y en consecuencia todavía no ha creado los derechos o deberes de que se trata y no es por tanto obligatorio,²³ un dictamen que ha sido suscripto pero aún no ha sido hecho público, etc. Tengan o no firma, en ausencia de notificación o publicación son meros proyectos de actos, pues lo que da al acto su nacimiento es su conocimiento por los interesados, que es lo que lo incorpora al ordenamiento jurídico.

En cambio, quedan comprendidos en el concepto aquellas actividades que producen por sí mismas un efecto jurídico, aunque él no sea inmediato en el tiempo: actos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura determinada, sujetos a término o condición, etc.²⁴

2.3. La cuestión de la notificación

En el supuesto analizado en primer lugar se discute a su vez el rol conceptual y jurídico que juega la notificación del acto. Es un buen ejemplo de las divergencias innecesarias que produce buscar esencias o conceptos puros²⁵ o en cambio características jurídicas. Si uno quisiera averiguar la “esencia” del acto y su notificación, podría decir que son cosas distintas, puesto que, en primer lugar, se producen en momentos diferentes: primero acaece el acto escrito, luego la notificación;

²⁰ En un caso se ha considerado que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el referendo, y que puede tratarse en suma de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.” CSJN, *Fadlala de Ferreyra, Fallos*, 306: 126, año 1984, *ED*, 108: 460, cons. 6°, sobre todo si el acto carece de fundamentación razonable; o a la inversa, efectúa una irrazonablemente genérica: cons. 7°; e *infra*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

²¹ Ver *Herpazana SRL*, citado en la nota 19.

²² Por ello los dictámenes nunca son impugnables mediante recursos administrativos, como bien lo expresan el derecho nacional y comparado; MAIRAL, *op. cit.*, t. I, p. 282, § 179, nota 151. Ver también *supra*, nota 2.10. Una excepción normativa impropia a esta regla se encuentra en el Estatuto del Docente de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art. 49 establece: “Los dictámenes de los tribunales de clasificación serán impugnables mediante recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio.” No obstante, la justicia ha resuelto que el referido dictamen “no configura una resolución administrativa sino la expresión de un criterio cuya finalidad es el asesoramiento al órgano con potestad decisoria, no pudiendo inferirse de él la voluntad del órgano competente.” Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 2, *Urriolabeitia*, 2004.

²³ BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 199.

²⁴ En lo que se refiere a la condición suspensiva, ver con todo *infra*, nota 46.

²⁵ Lo explicamos *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. I, sección I.

además, el segundo es instrumental al primero.²⁶ Si el acto es verbal, carece de sentido pronunciarlo a solas: sólo tiene sentido si la orden se da al destinatario; allí tendremos emisión y notificación inseparables, simultáneas. Si es escrito, se suele escribir y firmarlo primero y luego enviarlo o de otro modo comunicarlo al destinatario. Como ejercicio intelectual se puede concebir otro escenario: el funcionario muestra al futuro destinatario del acto un texto escrito que contiene un proyecto de acto, aún sin firma; una vez leído y ante su mirada, lo firma y se lo entrega. A menos que el papel haya estado en ese momento en las manos del destinatario, hay todavía una pequeñísima fracción temporal entre la firma del texto y su notificación. Si se modifica el juego y el funcionario firma el papel pero en lugar de entregarlo lo guarda en el bolsillo ¿habría allí un acto administrativo existente, perfecto, válido, etc., pero no eficaz? Nos parece que ello constituye claramente un simple abuso de lenguaje.

El texto que está en el bolsillo sigue siendo un proyecto de acto hasta que salga a la luz con la notificación. Hasta que esto último no ocurra no es aún un acto, puede ser destruido (no revocado, sino roto, arrancado, etc.), no genera responsabilidad, no crea derechos ni deberes, etc. Insistimos que ésta es *nuestra* forma de ver la cuestión, que no es la generalmente aceptada en las versiones teóricas del derecho administrativo que descuidan su faz empírica. Pero existen suficientes casos en la realidad de actos administrativos, procedimentales, incluso judiciales, retirados y destruidos, cambiados por otro distinto *antes* de su conocimiento público, como para pensar que estamos ante un planteo teórico sin referencia empírica. Si bien nada se puede objetar socialmente a aquella distinción esencial y temporal, sería erróneo obtener de ella consecuencias jurídicas. Pero el derecho administrativo se debate siempre en discutir ambas cosas, la “esencia inmanente” y el régimen jurídico, entremezcladamente, con la consecuencia de ofrecernos un debate que jamás termina y que frecuentemente afirma con certeza apodíctica que algo *es* así, o incluso formula razonamientos autocontradictorios. Una forma de discusión bajo la cual se presenta el tema es si el primer acto, el que debe ser notificado luego, es en el plano conceptual o esencial por sí sólo existente, pero adquiere perfección y eficacia (ahora en el plano jurídico) con la notificación;²⁷ o si existe y es perfecto, pero no eficaz, antes de la notificación, adquiriendo eficacia después de ésta.²⁸

Otra forma de debatir lo mismo es preguntarse si todos los actos deben ser notificados, o sólo algunos. Nuestra posición es simple: Todos los que se quiera que produzcan efectos jurídicos deben ser notificados; si no lo han sido aún, no

²⁶ PTN, *Dictámenes*, 255: 578.

²⁷ Es la formulación de CAMMEO. En igual sentido VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, vol. I, Turín, 1948, 3ª ed., p. 391.

²⁸ ROMANO, SALVATORE, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1932, pp. 244 y 280; BODDA, *Lezione di diritto amministrativo*, Turín, 1947, p. 108. Como se advierte, esto supone entremezclar una discusión aristotélica, fenoménica, etc., sobre esencias, con una explicación de lo que el derecho dispone al efecto. El resultado será inevitablemente una torre de Babel.

producen todavía efectos jurídicos. Cuando lo sean, lo tendrán y los llamaremos entonces actos administrativos.²⁹

Pero veamos ahora las variantes, para advertir al lector cuando consulte otros libros. No pareciera tener sentido, a nuestro juicio, preguntarse por la validez de un acto no notificado, pues aún no produce efectos jurídicos. Es como preguntarse por la validez de un proyecto de acto, o de un acto sin firma. No son inválidos, claro está, pero no producen tampoco efecto jurídico alguno.³⁰ O también se puede decir que no tienen eficacia.³¹ El juego de palabras permite toda clase de combinaciones sin cambiar la fundamentación ni el resultado, sino sólo el sentido de las palabras. El acto firmado y no notificado puede entonces ser designado como: a) aún no existente, proyecto de acto, acto no productor de efectos jurídicos, etc.; b) existente pero no perfecto ni eficaz; c) existente, perfecto y válido, pero aún no eficaz; d) existente, perfecto, válido y eficaz;³² sólo que el destinatario no lo sabe todavía y por ello se le puede disculpar el incumplimiento (*sic*).

Nos parece de particular interés por su apariencia académica, pero falta de lógica interna, el prólogo o *Premessa* de OTTAVIANO: “Al determinar las relaciones entre acto administrativo y comunicación son particularmente evidentes los términos del conflicto entre libertad y autoridad que informa por tantas partes el derecho administrativo. La tutela del interés público³³ con las exigencias de objetividad que le son conexas, reclama que el acto sea ya perfecto con la determinación y la volición que ocurren a tal fin. La tutela del destinatario del acto reclama en cambio que aquél no se perfeccione sin la notificación. La conciliación entre las dos exigencias opuestas podría llevar a considerar al acto que incide en la esfera de libertad de sus destinatarios perfecto con la emisión y eficaz con el conocimiento o la comunicación. Motivos de derecho positivo llevan en cambio a considerar al acto perfecto y eficaz ya con la emisión.”³⁴

Como se advierte, son consideraciones apodícticas que nada fundan y cuyos elementos son intercambiables sin necesidad de variar la supuesta fundamentación. El autor citado oscila entre lo que llama la materialidad psico-física del acto y su reconocimiento por el orden jurídico. “Así puede tenerse un derecho o

²⁹ Revirtiendo la anterior tendencia, que criticábamos desde 1963, PTN, *Dictámenes*, 255: 448. “El acto administrativo que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos; los derechos emergentes de un acto nacen inmediatamente después de que éste reúne los presupuestos de validez y eficacia.”

³⁰ Ver JEZE, GASTÓN, “Influence de l’absence de publication sur la validité d’un règlement,” *RDP*, París, 1911; JELLINEK, WALTER, *Der Fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tubingen, 1908, p. 68.

³¹ KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910.

³² Otra versión de estas mismas alternativas se presenta en materia de reforma de estatutos de sociedades anónimas y su inscripción en el Registro Público de Comercio. Ver *infra*, § 6.2, “Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos. Registros e inscripciones” y nota 98.

³³ El siempre presente anquilosado paradigma: “Introducción,” § 3, “La prevalencia de un interés o bien sobre el otro” y *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” § 5.1. a § 5.5: “El régimen jurídico y la protección del interés público.”

³⁴ OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 1.

una obligación [“en una esfera abstracta puramente ideal”] antes incluso que el titular tenga conocimiento de ella.”³⁵ En algunos supuestos “Quien da una orden tiene sólo la intención de hacerlo hasta que no haya comunicado su voluntad al destinatario.”³⁶ Habría así actos en los cuales la comunicación es “elemento constitutivo de la declaración”³⁷ y otros en que no.

“Si la declaración no comunicada produce efectos jurídicos aunque limitados en el ejemplo al sujeto mismo que la emite,³⁸ ella existe ya jurídicamente y la comunicación no puede ser forma sino condición de eficacia.”³⁹ La contradicción de sostener cosas distintas tan sólo por el modo o secuencia temporal en que se produce la notificación, nos parece manifiesta. Ello demuestra, a nuestro modo de ver, que se trata de un enfoque errado. Este constante pasar de un plano al otro, en un nivel ideal o abstracto, en otro plano material y psicofísico y por fin, en un tercer plano jurídico, lleva inevitablemente, al menos en el plano verbal, a contradicciones y falacias, como estamos viendo. El autor en cuestión se inclina por la perfección del acto independientemente de su notificación⁴⁰ y llega a afirmaciones tales como que “La falta de comunicación hará que por su inobservancia el tercero no podrá incurrir en sanciones.”⁴¹ Nosotros diríamos lo mismo pero con otras palabras: obviamente que el particular no conoce ni está por ende obligado por un acto que no le ha sido notificado y por ello no tiene siquiera posibilidad material, mucho menos obligación, de cumplirlo. Por ende no puede reputarse que incumple lo que no conoce, ni que se le dispensan o perdonan sanciones.

Ese acto que no conoce, aunque tenga existencia ideal y también material, aunque haya sido emitido con alcance psicofísico y firmado, no entró *todavía* al mundo *jurídico*. Eso ocurrirá cuando sea notificado.

Insistimos que no es este el enfoque usual,⁴² aún en nuestros días. Como siempre, no es una mera discusión académica. Detrás de ella se esconde la discusión acerca de si es posible utilizar una fecha simulada para hacer aparecer

³⁵ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 13.

³⁷ OTTAVIANO, *op. cit.*, pp. 15-6: La comunicación es “forma del acto,” “entra en el contenido del acto necesario para lograr la intención del declarante,” *op. cit.*, p. 16. En estos casos el acto, “independientemente de la comunicación, no tiene jurídicamente valor alguno,” *op. cit.*, p. 17.

³⁸ No es ello así. Hasta una sentencia firmada y no notificada puede eliminarse sin otro recurso que arrancarla, si no está notificada. Como se sabe, el ejemplo no es técnico sino fruto de la *praxis* de nuestra CSJN.

³⁹ OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ *Op. cit.*, § 15, p. 48.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 76. El autor varía supuestos, pero interesa la contradicción, petición de principios y hasta lo absurdo de sus razonamientos, precisamente por mezclar planos diversos.

⁴² Igual tesis existió respecto a las observaciones o visto buenos del Tribunal de Cuentas de la Nación. En esa ocasión se enfatizó que el acto se perfeccionaba sin la intervención del Tribunal de Cuentas: CSJN, *Almagro, Luis A.*, 1982, *Fallos*, 304-2: 191; *LL*, 1982-D, 468, con nota de JOSÉ RAFAEL REGODESEBES en p. 467. Ello lleva a la PTN en *Dictámenes*, 206:141, 147, año 1993, a precisar que la revocabilidad del acto observado se debía a “la carencia de eficacia del acto, y no [...] la presunta calidad integrativa de la voluntad administrativa.” Sin embargo, el caso se resuelve igual argumentando a la inversa. La discusión es así, en este caso, estéril.

que el acto fue dictado en otra fecha que la real y notificarlo tardíamente sin problema, con la pretensión de que el acto era perfecto pero no eficaz.⁴³ Por esa vía se llegaría a verdaderos despropósitos en que se pretenda notificar un acto emitido varios años atrás y por otra gestión de gobierno. El derecho no puede tolerar tales situaciones.⁴⁴

II. *Distintos alcances de los efectos jurídicos*

3. *Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos*

3.1. *Efectos provisionales y definitivos*

Cumplida la condición indicada precedentemente —que el acto produzca efectos jurídicos directos, inmediatos— poco importa que ellos sean de naturaleza provisional o definitiva. Esto es necesario aclararlo porque a veces se ha creído —interpretando erróneamente algunas normas que establecen que el recurso procede contra actos administrativos definitivos— que no serían actos administrativos *impugnables*, aquellos cuyos efectos no están destinados a ser definitivos.

Ello proviene de un uso terminológico muy difundido en la doctrina y en la legislación, que habla de acto definitivo como sinónimo de acto administrativo impugnabile. Como veremos, ello no es acertado.

El término definitivo es errado en estos casos y se han producido bastantes confusiones prácticas. El problema no es doctrinario —pocas veces los autores asignan consecuencias inadecuadas al término—⁴⁵ sino práctico, cuando los funcionarios deben aplicar esos principios, pues entonces es posiblemente muy fácil que se dejen llevar por la palabra “definitivo,” que en el lenguaje común es muy expresiva y terminante y olviden la caracterización doctrinaria. No hay duda que la caracterización teórica puede ser formulada sin que quepan otras objeciones que terminológicas; así ORTIZ —aceptando la denominación— hace una impecable descripción de lo que debe entenderse por acto impugnabile en cuanto acto definitivo: “El acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce

⁴³ *Infra*, cap. VIII, § 14, “Competencia en razón del tiempo;” cap. IX, § 11.3, “Simulación,” § 11.3.1 a 11.3.4; cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?” y § 11.3.1.4, “Plazo para la notificación válida.”

⁴⁴ Ver Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 3, *Ricchini*, 4-II-2004, la administración demandada invocó una renuncia y su ulterior aceptación que no fuera notificada a la interesada, producida doce años atrás, para sortear los efectos de una medida judicial que suspendía un acto administrativo que había separado a la actora del cargo por otros motivos. Mediante la invocación de aquella renuncia se intentó un nuevo desplazamiento en el cargo de la actora. El tribunal consideró “que la Dirección General de Cultura y Educación, al revocar la Disposición N° 18 sobre la que pesaba una medida cautelar, reemplazándola por otra similar que surte iguales efectos (desplazamiento de la actora en el cargo de Secretaria) ha pretendido eludir la acción de la justicia, obrado con evidente mala fe y temeridad manifiesta.” La solución tradicional en CI° CA, Córdoba, *Celotti*, 1999, *LL, Córdoba*, 2000: 843.

⁴⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 302, nota 11.

efecto externo creando una relación entre la administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. Se trata siempre de manifestaciones de voluntad, que en forma definitiva definen el negocio planteado a la administración, sin supeditar su efecto a condiciones o plazos suspensivos.⁴⁶ “El acto definitivo es el único normalmente impugnabile por sí mismo, porque es el único capaz por sí para producir el agravio al derecho subjetivo y al interés del administrado.”⁴⁷

3.2. *Efectos definitivos en sede administrativa*

No es prudente buscar otras alternativas como por ejemplo querer dar a la frase “acto definitivo” el alcance de que el acto sería “definitivo *en sede administrativa*,”⁴⁸ entonces resultaría que quedaría borrado del derecho administrativo todo el cap. de los recursos en sede administrativa; se habrían así esfumado el recurso de reconsideración u oposición, el recurso dealzada, el recurso jerárquico, el recurso de revisión, etc.; porque todos ellos se interponen contra actos administrativos que *no son definitivos en vía administrativa*. De otro modo, una vez más, se estaría pidiendo un paso imposible: Atacar en sede administrativa aquello que es definitivo (luego, inatacable) en sede administrativa...

Ambas posiciones son difícilmente sostenibles: Lo esencial del acto administrativo que será pasible de impugnación, no puede estar en producir efectos jurídicos definitivos absolutos, ni definitivos en sede administrativa; por ello reiteramos, como ya lo dijéramos antes, que basta con expresar que el acto administrativo debe ser “productor de efectos jurídicos directos”, sin que quepa agregar que tales

⁴⁶ ORTIZ, EDUARDO, “Materia y objeto del contencioso-administrativo,” en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, 5: 47, 89, San José, 1965; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 61 y ss. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, pp. 90 y 92 y MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 442; en otras ediciones y reimpressiones se trata de las pp. 446-7, consideran que no puede válidamente dictarse un acto bajo condición suspensiva, pero se sigue de su criterio que el acto que contraviene esta regla no deja de ser acto administrativo por ello, y puede entonces, a pesar de estar condicionado, ser considerado acto impugnabile; pero hay también casos en que puede caer, no todo el acto, sino solamente la condición ilegal si es que puede estimársela separable: STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 96, quien admite el plazo suspensivo en las facultades discrecionales, distinguiéndolo de la entrada en vigencia en los actos de duración determinada, *v. gr.* una suspensión de treinta días a partir del día tal, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁷ ORTIZ, *op. cit.*, p. 90. Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 153, p. 238.

⁴⁸ En este sentido la expresión es encontrada en las leyes más viejas de lo *contencioso administrativo* de las provincias argentinas: ARGANARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1955, p. 45. En tal caso la norma es entendible aunque algo obsoleta, pues se trata de un requisito para acudir a la justicia; pero como es obvio *ella nada tiene que ver con la impugnación administrativa* de un acto administrativo ni, por lo tanto, es criterio suficiente para dar una noción de acto administrativo que tenga pretensiones de validez general. Es interesante anotar que en España, para referirse al acto que puede ya ser atacado judicialmente, se habla del acto “que agota la vía administrativa,” distinguiendo este concepto del de “acto definitivo.” Ver GONZALEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

efectos sean definitivos para admitir su impugnación.⁴⁹ Más aún, señalamos que la tendencia del derecho comparado es dejar la vía administrativa como optativa para el interesado.⁵⁰ Las opiniones que han intentado aplicar en sede administrativa este requisito, postulando que el acto a recurrir debe producir efectos definitivos, no sólo propugnan algo que es imposible, sino que además trasladan erróneamente al procedimiento administrativo un principio que sólo es válido y a medias, para el proceso *judicial* iniciado contra actos administrativos.

3.3. Actos interlocutorios y definitivos

Lo típico del concepto es la producción directa, sin condición o plazo suspensivo, de efectos jurídicos; dada esa caracterización, poco importa llamarlo definitivo, pues ello nada agrega al concepto. Ofrece, en cambio, margen para la confusión en su aplicación práctica.

Se ha considerado en el pasado, p. ej., que un traslado dispuesto en forma preventiva por la autoridad administrativa no es un acto susceptible de impugnación⁵¹ o que las medidas adoptadas durante el trámite previo a la decisión de fondo, no son definitivas, constituyen medidas preparatorias, tampoco pasibles de ser atacadas por recursos, etc.⁵² Con ese criterio se podría llegar a la conclusión extrema de que todo acto sumarial, toda medida que implique la comprobación de la existencia de determinados hechos que a su vez pueden servir de base a una decisión concreta, serían “medidas preparatorias,” no atacables por recursos.

Ello, obviamente, implicaría confundir y desvirtuar totalmente el sentido de la teoría del acto administrativo. Con tal criterio, cualquier acto de los órganos del Estado podría ser preparatorio, pues siempre, en última instancia, puede servir de base para otro acto ulterior y nunca, en verdad, tiene carácter definitivo: baste tener presente que en el mundo del derecho lo único *definitivo*, en estricto sentido jurídico, son las *sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada*. Querer aplicar el término definitivo a un acto, para admitir la impugnación, es proponer una contradicción verbal: Que se puede *atacar* lo definitivo, *ergo* inatacable. La palabra definitivo no puede tener el alcance literal que el término

⁴⁹ Por ello no compartimos la crítica que efectúan quienes consideran que para que pueda atacarse una medida, ella debe ser “definitiva.” Por lo demás, el ejemplo que se ha ofrecido para demostrar que no bastaría con expresar que el acto impugnado debe producir efectos jurídicos inmediatos, es el de los informes; se ha dicho de ellos que producen efectos jurídicos inmediatos, lo que sin embargo no es exacto: que los informes no producen efectos jurídicos *inmediatos*, sino mediatos, ya lo aclararon muchos autores. Ver p. ej. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 431; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282, cuyas palabras hemos reproducido anteriormente en este cap. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ *Infra*, t. 4, cap. III, § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y 2.2, “Función que ejerce el que los decide;” cap. XI, § 3, “La restricción en cuanto al objeto.”

⁵¹ PTN, *Dictámenes*, 86: 252.

⁵² PTN, *Dictámenes*, 254: 367: el acto preparatorio es el que no decide sobre el fondo del asunto; que tampoco ocasiona indefensión ni impide la prosecución del procedimiento hasta la decisión final, no siendo entonces recurrible por no ocasionar gravamen. Ahora bien, que se no pueda recurrirlo no quita el derecho de presentar escritos a su respecto, cuestionándolos.

denota⁵³ o, más bien, es errado postular que existan actos administrativos de efectos jurídicos definitivos.

Por lo demás y en lo que respecta a las medidas que la administración dicta en el curso de un sumario, o en preparación de otros actos que luego ha de dictar, debe advertirse que ellas pueden ser preparatorias con referencia a otra disposición que ulteriormente se adoptará, pero que *en sí mismas son definitivas* en el sentido de que *lo que ellas establecen* queda ya decidido.⁵⁴ En tal sentido, si yo propongo una prueba y la administración rechaza mi pedido, ese rechazo es tal vez preparatorio en lo que respecta a aquello que constituye mi planteo de fondo, o el de la administración: pero en lo que respecta a la medida de prueba que yo he propuesto ahora y me han denegado es definitivo, pues no hay duda de que no se ha preparado sino decidido lo que la administración piensa hacer en la cuestión: no producir esa prueba. Consideraciones similares han hecho que la doctrina reconozca explícitamente el carácter de acto impugnabile a tales medidas de procedimiento⁵⁵ y en algunos casos también la práctica administrativa así lo ha admitido.⁵⁶

Con todo, no deja de ser un error bastante difundido el creer que el recurso jerárquico o los demás recursos administrativos no sean procedentes sino contra actos definitivos. Aclarémoslo por ello; el decreto 1759/72, p. ej., excluye del recurso las medidas preparatorias, *pero no exige que deba haber un acto definitivo*; al contrario, admite expresamente la procedencia del recurso contra los actos que denomina “interlocutorios o de mero trámite.”

En consecuencia, sólo quedan excluidos del concepto de acto administrativo (y del recurso administrativo) aquellos actos que no producen un efecto jurídico directo: informes, dictámenes, etc., que serán los únicos actos calificables como preparatorios. Los actos que producen tales efectos directos e inmediatos son siempre actos administrativos y por lo tanto recurribles plenamente.⁵⁷ A su vez

⁵³ Así GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*, lo utiliza como sinónimo de “resolución administrativa.”

⁵⁴ O, en otras palabras, causan perjuicio o gravamen: FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 288; ORTIZ, *op. loc. cit.*; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 62 y ss.

⁵⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 288. Ver también Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 30-IV-2004: se declaró la procedencia de la vía de amparo frente a una norma que dispone la irrecurribilidad del desplazamiento transitorio de un docente, dispuesto como medida preventiva en un sumario, puesto que frente a ese cercenamiento del derecho de defensa se consideró que no existía otra vía idónea para la impugnación de la medida. Ver *infra*, cap. VI, § 11, “Fundamento de la impugnabilidad,” nota 156, p. VI-36.

⁵⁶ Así, una decisión de trámite que declara la cuestión de puro derecho, es impugnabile, ver PTN, *Dictámenes*, 98: 184. Ver igualmente la precedente nota 55.

⁵⁷ Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, Civitas, 1997. En el art. 37, inc. a) del reglamento español de 1981 para las reclamaciones “económico-administrativas” se expresa acertadamente, a nuestro juicio, que son atacables los actos “que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación.”

no puede tampoco concebirse un acto productor de efectos jurídicos que una norma reputé irrecurrible.⁵⁸

3.4. *Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite*

En el derecho nacional, el decreto 1759/72 aclaró una de las discusiones que anteceden, al señalar expresamente que el acto denominado interlocutorio o de mero trámite también es susceptible de ser impugnado por recursos administrativos, pero introduce una estipulación que puede provocar algunas confusiones.

En la terminología del decreto, se asigna la denominación de actos o medidas *preparatorias* a aquellas que no producen efecto jurídico directo alguno y no son en consecuencia impugnables por recursos: informes, dictámenes, etc. (art. 80). En cambio los actos productores de efectos jurídicos directos, aunque relativos al procedimiento que se tramita, reciben el nombre de actos *interlocutorios* o *de mero trámite*.

Resulta así que debemos distinguir, en esta estipulación, el acto preparatorio en cuanto acto *no* productor de efecto jurídico directo, del acto “interlocutorio o de mero trámite,” que, a pesar de su denominación, sería un acto *productor* de efectos jurídicos directos, aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida, sino en cuanto al trámite. Las expresiones acto preparatorio y acto de mero trámite no son en consecuencia, en estas normas procedimentales del derecho nacional argentino, equivalentes, a pesar de su similitud lingüística; por el contrario, la primera se reserva para el acto que no alcanza a ser acto administrativo y se queda en acto no productor de efecto jurídico directo alguno. La segunda se utiliza en el caso del acto administrativo productor de efectos jurídicos de trámite. Pero no ha de atribuirse consecuencia teórica o conceptual alguna a una mera referencia normativa local y puntual.

3.5. *Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos*

Por otra parte, si bien consideramos que las citadas normas son oportunas en aclarar que el acto interlocutorio es también impugnable, no las consideramos en cambio acertadas en la medida en que intentan introducir una clasificación de los actos administrativos, según los efectos jurídicos que producen, a fin de determinar el recurso aplicable. Aclaremos que así como no nos parece un criterio aceptable para la conceptualización del acto administrativo cuál sea la jurisdicción aplicable,⁵⁹ así tampoco creemos que el decreto reglamentario del procedimiento administrativo, con su diferenciación de cuáles son los recursos administrativos procedentes, sea por sí sólo suficiente para introducir una especificación en la definición. Con todo, una cosa es que la distinción no justifique una definición más

⁵⁸ Lo explicamos *infra*, cap. VI, § 11, “Fundamento de la impugnabilidad.”

⁵⁹ *Supra*, cap. I, § 3, “La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos.”

restringida de acto administrativo y otra es que, aún siendo criticable, constituye de todos modos un dato del derecho positivo que es necesario explicar.

3.5.1. *Diferencias en cuanto a los recursos aplicables*

Como ocurre con frecuencia en esta materia, están más o menos claras cuáles son las diferentes consecuencias jurídicas que corresponderá aplicar según qué tipo de acto se considere: la cuestión se presenta al determinar cuáles son los actos considerados. En cuanto al primer punto, o sea las consecuencias jurídicas que el ordenamiento asigna a uno u otro acto, cabe señalar los siguientes aspectos fundamentales.

3.5.1.1. *Recursos administrativos*

Los actos administrativos definitivos o asimilables a ellos —luego veremos cuáles son estos últimos— son recurribles por recurso de reconsideración, art. 84 y recurso jerárquico, art. 89. Los actos administrativos interlocutorios o de mero trámite son impugnables por el recurso de reconsideración, art. 84; no son impugnables por recurso jerárquico: Art. 89, *a contrario sensu*. Pero de esa premisa de su posibilidad de ser recurrido surge también una trampa para el individuo, que es el consentimiento presunto que con frecuencia se interpreta que de pleno derecho presta al acto, en caso de no interponer en plazo el recurso administrativo, lo que puede en casos extremos llevar a privarlo de la vía judicial. Por cierto, estas consecuencias son totalmente contrarias a derecho en cuanto aspiración de justicia.

3.5.1.2. *Remedios judiciales*

Por su parte, el decreto-ley 19.549/72 intenta diferenciar también las vías judiciales existentes contra los actos administrativos y expresa que procede la impugnación judicial del acto administrativo cuando sea definitivo, art. 23, inc. a), o cuando sea asimilable a tal, por impedir totalmente la tramitación del reclamo interpuesto, art. 23, inc. b). *A contrario sensu*, la revisión judicial parecería no ser procedente en materia de actos interlocutorios.⁶⁰

3.5.2. *Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones*

Se ha propuesto que el acto administrativo definitivo sería el que decide el *fondo de la cuestión* y acto administrativo interlocutorio o de mero trámite el que no resuelve el fondo de la cuestión. En algunos casos esto puede ser ligeramente fácil de establecer; en materia de sumarios administrativos, p. ej., parece claro

⁶⁰ Con todo, cabe señalar que el derecho comparado conoce de casos excepcionales de revisión judicial de actos interlocutorios, como explica MAIRAL, t. I, *op. cit.*, p. 244; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 62; “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita,” *LL*, 1995-B, 485.

que la intención del decreto es que todas las medidas que se dictan durante el mismo, con la excepción de la resolución final que aplica alguna sanción,⁶¹ sean considerados actos interlocutorios respecto del sumariado: iniciación del sumario, designación del sumariante, apertura a prueba, decisión de decretar el secreto del sumario, de ordenar o no la producción de alguna prueba, traslado a la parte para su defensa, intimaciones de procedimiento, citación a declarar como imputado, traslado a la Junta de Disciplina, etc.

También puede ser clara la situación en los sumarios administrativos en general, respecto del allí imputado: p. ej. en los procedimientos contravencionales, respecto del presunto contraventor. Igualmente, en un recurso jerárquico o reclamo administrativo en el cual se discuta alguna cuestión sustantiva, tales como percepción de haberes, indemnizaciones, cumplimiento de obligaciones de la administración frente al particular, etc., serán siempre actos interlocutorios los de apertura a prueba, pases, traslados, providencias de prueba, etc.

Sin embargo, esto que puede parecer claro en relación al interesado principal en el procedimiento, puede no serlo en absoluto respecto de otros sujetos de derecho que participen en él. Si el letrado del recurrente es sancionado durante el trámite del recurso por atentar contra el decoro y el orden procesal (art. 1º, ap. b), del decreto-ley 19.549/72 y art. 6º de la reglamentación), ese acto sancionatorio al letrado será un acto interlocutorio o de mero trámite en lo que hace a su *cliente* en el recurso jerárquico. Pero es un acto definitivo en cuanto a sus derechos como *profesional* y sujeto de derecho y en consecuencia él puede impugnarlo mediante los recursos existentes contra los actos administrativos definitivos. Por ello y sin perjuicio de la continuación normal del trámite del recurso jerárquico, el letrado puede en un expediente distinto interponer un recurso jerárquico en virtud de su propio derecho como profesional, contra la sanción. Puede también, sin lugar a dudas, atacarla judicialmente.

De donde se desprende que el mismo acto —la sanción procesal—es un acto preparatorio en el expediente del recurso jerárquico patrocinado por el abogado, en lo que hace a su cliente; pero es un acto definitivo, e impugnabile como tal en lo que se refiere a los derechos del letrado mismo, en los expedientes de recursos que él por su parte inicie.

Del mismo modo, la designación de un sumariante Y con la orden de tramitar un sumario a la persona X, es un acto administrativo interlocutorio para el sumariado X, pero es un acto administrativo definitivo para el funcionario Y. La citación de un funcionario público como testigo, igualmente, es un acto administrativo definitivo en cuanto a su propia persona de funcionario público llamado a testimoniar, pero es un acto administrativo interlocutorio en lo atinente a la cuestión que se tramita en el procedimiento en virtud del cual ha sido llamado a declarar.

⁶¹ Y, desde luego, la excepción de algún acto que “impida totalmente la tramitación.”

En el procedimiento administrativo no hay diferencia formal entre acto definitivo e interlocutorio; un acto que puede considerarse interlocutorio en un procedimiento respecto de una persona, puede resultar definitivo respecto de otra persona alcanzada por él, la que puede iniciar otro procedimiento contra el mismo acto.

3.5.3. Conclusiones

Por ello somos de la opinión que si bien es acertado establecer que el acto puede ser impugnado tanto si sus efectos son respecto al trámite como al fondo de la cuestión, no lo es en cambio crear un sistema de recursos diferenciados para ambos casos. Por lo demás, resulta evidente que no será nunca fácil distinguir en un caso concreto y menos con criterio general, qué ha de entenderse por un acto administrativo definitivo o uno de mero trámite.

3.6. Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él

Otra distinción que el decreto-ley y su reglamentación establecen es la del acto que, sin resolver el fondo de la cuestión, impide totalmente la tramitación del reclamo interpuesto. En tal situación el acto recibe el mismo tratamiento que el acto llamado definitivo.

Un primer ejemplo claro es la resolución que ordene el archivo de las actuaciones en las cuales tramita el reclamo o pretensión del individuo: aunque no resuelve el fondo de la cuestión, impide totalmente la tramitación del problema de fondo y por ello la protección que se otorga al afectado por el acto es la correspondiente a los actos definitivos.⁶² Con mayor razón es impugnable y específicamente nulo, si el archivo tiene el alcance de denegar lo peticionado, sin motivación o fundamentación razonable, lo que determina su nulidad insanable.⁶³

También constituye un acto definitivo, o en todo caso es una infracción al ordenamiento que habilita la acción judicial de amparo, una decisión que no permite al interesado el acceso pleno a las actuaciones, fundándose en el supuesto carácter reservado o secreto de parte de ellas.⁶⁴

Un segundo caso podría ser el de una resolución que colocara al particular en total y absoluta indefensión, no permitiéndole acceso al expediente en el cual se formulan las apreciaciones o cargos en relación a los cuales debe formular su defensa: si bien el procedimiento puede materialmente continuar, no es una

⁶² Conf. PTN, *Dictámenes*, 196: 116, año 1991. En tales supuestos corresponde pues declarar la nulidad y ordenar a la administración que resuelva: CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

⁶³ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98.

⁶⁴ CNFed. CA, Sala I, *Insaurraldi*, 27-II-98: se trataba de datos y evaluaciones de desempeño personal, que la administración pretendía eran sólo para informar al superior; se decidió en cambio, cons. 7º, 3º párr., “que la confidencialidad y reserva debe ser interpretada como tendiente a resguardar la intimidad del actor, más no utilizada en su propio perjuicio.”

continuación *útil*, porque no hay en tal situación intervención sustancial del interesado.

Una tercera hipótesis podría ser la de un traslado tan absolutamente fuera de lugar como para hacer notorio su carácter desviatorio del trámite: un procedimiento por infracción a la ley de vinos, enviado a la Dirección de Inmigraciones para inquirir sobre cuál es la situación en el país del presunto infractor; un procedimiento por infracción a disposiciones de tránsito, en el cual el expediente sea enviado a la Administración Federal de Ingresos Públicos para que analice las declaraciones de ganancias, IVA y bienes personales del interesado en los últimos diez años; una licitación pública en la cual se pide informes a la Dirección del Registro Civil sobre el mejor oferente, etc.

Estos ejemplos son obvios pero la experiencia no suele ser tan diáfana. Los casos reales de desviación del procedimiento presentan una gran dificultad de caracterización en cada situación particular, pues podría resultar que la indefensión no sea tan absoluta y completa, o que haya alguna razón en el procedimiento para justificar el requerimiento de una información aparentemente extraña al proceso que se debate.⁶⁵

Por ello, si bien es loable la solución de asimilar al acto definitivo, el que paraliza el procedimiento, creemos que lo erróneo es distinguir el acto de trámite y el de fondo. Esto originó innumerables dudas en la práctica, perjudicando los derechos del individuo: el afectado por un acto asimilable a definitivo, al cual se le den luego por perdidos los derechos de impugnación judicial, por resolverse que era un acto definitivo y haber él considerado que no lo era; el afectado por un acto que creía asimilable a definitivo, a quien se le rechaza la impugnación por resolver la administración o el juez que no lo era.

Todas estas diferenciaciones no justifican la inclusión de algún elemento propio a ellas en la definición formal de acto administrativo.

4. *Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos*

Según vimos, es impropio extender la clasificación de “actividad apta para producir efectos jurídicos” a aquellos actos que sólo tienen efectos jurídicos indirectos; en tal aspecto, dijimos que la posición adoptada por parte de la doctrina era demasiado amplia al extenderse a los actos que gocen de aptitud para producir efectos jurídicos tan sólo mediatos. Si el acto mismo no es por sí apto para producir efectos jurídicos directos, parece inapropiado calificarlo como acto jurídico.

A la inversa, algunos autores limitan en demasía el concepto y expresan que sólo considerarán aquellos actos que producen efectos jurídicos *fuera* del ámbito

⁶⁵ También existe la desviación de poder en el procedimiento, o *détournement de procédure*, que explican DE LAUBADÈRE ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 727, p. 583.

de la administración, no considerando los que produzcan efectos jurídicos *dentro del ámbito de la administración*.⁶⁶

Ese tipo de clasificación pareciera no ajustarse a la realidad del régimen jurídico, pues ninguna diferencia existe, sea en cuanto a la validez, impugnación, extinción, etc., entre el acto de efectos jurídicos relativos a los funcionarios públicos, p. ej. y el acto de efectos jurídicos respecto de los particulares. Como decía desde antaño CAMMEO, “todos los actos indicados por los autores como internos producen efectos jurídicos entre sujetos diversos y son entonces externos,” pues “tienen siempre efecto jurídico entre la administración y el funcionario,” además de que “el efecto de estos actos también puede hacerse sentir para los terceros.”⁶⁷

Podrá ocurrir, es cierto, que algunos actos no sean aptos para producir efecto jurídico en relación a los funcionarios, ni a terceros, ni a órganos administrativos; pero en tal caso la solución es simple: no son actos administrativos porque no tienen ningún efecto jurídico directo.

A la inversa, si dos actos tienen efectos jurídicos directos, se rigen por las mismas disposiciones y los mismos principios, les es aplicable el mismo régimen jurídico: No vemos qué razón puede existir para clasificarlos y definirlos separadamente, sólo porque unos produzcan efectos hacia afuera y otros hacia adentro.

Los actos aptos para ser productores de efectos jurídicos que se refieren a sujetos diferenciados de la administración pública, o que se refieren a funcionarios o entes administrativos, jurídicamente son análogos. No puede hacerse diferenciación en base a esas circunstancias; debe tomarse en cuenta sólo si el acto tiene o no efectos jurídicos directos, prescindiendo de quiénes son alcanzados por tales efectos.

Por ello carece de utilidad intentar distinguir los actos administrativos de efectos frente a terceros, de los actos administrativos de efectos entre distintos órganos o distintos entes administrativos. Dado que no existe ninguna diferencia importante de régimen jurídico, creemos que no es conveniente distinguir entre actos administrativos, actos inter-orgánicos y actos inter-administrativos.⁶⁸ Las posibles diferencias de régimen jurídico son reducidas y no justifican dentro del

⁶⁶ Perú, art. 1º; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 261; en otras ediciones corresponde a la p. 265; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 42. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 307-13, hace una clasificación de la *actividad* administrativa que incluye tipos de actividad interna, pero en cuanto a los *actos* su opinión se asemeja a la expuesta por nosotros: *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 192, pp. 231-2 y en *Derecho...*, *op. cit.*, § 229, p. 258, § 66, p. 83.

⁶⁷ CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 551; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 231-2, § 192; *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 258, § 229; p. 83, § 66; VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 149; GARCÍA TREVIGIANO, *op. cit.*, p. 98: “distinción inaceptable, pues las normas internas son también jurídicas.”

⁶⁸ Así lo hace en cambio CASSAGNE, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 112-18, quien sigue en el punto a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 120 y ss., t. II, p. 203 (206 en otras ediciones). Siguieron en cambio nuestro criterio LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 231; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 308; DROMI, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 191.

sistema del decreto-ley 19.549/72 no aplicarles los principios que dicho cuerpo normativo determina para todos los actos administrativos.⁶⁹

5. *Quedan comprendidos los actos de contralor*

Incidentalmente, corresponde también aclarar que los actos de contralor que se realizan en la administración pública también constituyen actos administrativos cuando son aptos para producir efectos jurídicos inmediatos: Ello es así porque en nuestro sistema constitucional no es dable admitir que la administración ejerza función jurisdiccional en sentido estricto⁷⁰ 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.

Ello comprende el caso de órganos tales como el Tribunal Fiscal de la Nación y organismos similares que puedan existir dentro de la administración pública, de acuerdo a la tendencia de muchos países de crear tribunales administrativos sin limitar el acceso ulterior a la vía judicial propiamente dicha.⁷¹ Claro está que cuando el acto administrativo es producido por un tribunal administrativo imparcial e independiente, es harto posible que la justicia ejerza el control con un mayor grado de deferencia, o *judicial deference*.

Con mayor razón aún, también son actos administrativos los que emanan de órganos que no tienen, como los anteriores, ciertas garantías de imparcialidad e independencia, sino que representan directamente a la administración activa: tal el caso de la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos, a la que por más que la ley de en algún caso el nombre de "juez administrativo," lo cierto es que dicta actos administrativos y no, por supuesto, sentencias ni actos jurisdic-

⁶⁹ LINARES, en su ulterior *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 307-13, abraza la clasificación entre actividad interorgánica, interadministrativa, etc., de MARIENHOFF y CASSAGNE, pero no el concepto de acto administrativo ya explicado, que encuentra también en la actividad que ahora denomina interorgánica, p. 309, § 273.

⁷⁰ Lo explicamos *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, "El problema de la «jurisdicción administrativa»,» a 19, "Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración." Ver también CSJN, *Fallos*, 284: 150, *Dumit*, 1972. Distinto es el caso en que se establezcan tribunales administrativos independientes para dictar el primer acto administrativo, sujeto a control judicial, como explicamos en "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa", en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; previamente publicado bajo el título: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; "Ángel Estrada," *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311; "La modernización de la administración pública," en *AIDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

⁷¹ Ver *supra*, nota 70 y sus referencias; también nuestro art. "Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas," *European Public Law Review*, en prensa.

cionales. En otras palabras, el acto por el cual la AFIP determina una obligación tributaria, p. ej., constituye un típico acto administrativo.⁷²

Desde luego, los actos de control no son necesariamente actos administrativos, sino sólo cuando producen efectos jurídicos directos; así entonces el control se manifiesta a veces por actos administrativos de autorización, aprobación, sanción, reparo u observación legal,⁷³ mientras que en otros casos el control se expresa a través de actos emanados de la administración pública que no son productores de efectos jurídicos directos, tales como las consultas, la visa, el informe, la inspección, etc.⁷⁴

6. Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos

6.1. La voluntad psíquica del agente

Al referirse a este requisito de que la actividad administrativa sea apta para producir efectos jurídicos como primera clasificación para llegar luego a un concepto de acto administrativo, algunos autores expresan que ha de tratarse de una declaración o manifestación de voluntad “destinada a producir efectos jurídicos.”⁷⁵ Nosotros, en cambio, entendemos que 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 totalmente exacto en el caso del acto administrativo. Lo que corresponde destacar es si el acto *produce* o no, objetivamente, el efecto jurídico de que se trata; *si crea* o no relaciones jurídicas; si se *refiere*, trata o versa “sobre derechos, deberes o intereses,”⁷⁶ etc. No debe, por lo tanto, hacerse excesivo énfasis en el aspecto *subjetivo*. Esto es así porque el acto administrativo no es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley⁷⁷ y no sólo porque el funcionario lo haya querido.⁷⁸ En igual sentido expresa HUBER⁷⁹ que “la fuerza constitutiva no la tiene en el derecho

⁷² Ver JARACH, *Curso superior de derecho tributario*, op. loc. cit., quien lo considera “acto jurisdiccional,” para rodearlo de mayores garantías. Ya vimos que para este fin no es necesario dar carácter “jurisdiccional” al acto, y que ese reconocimiento produce el efecto contrario del buscado, pues de hecho limita su revisión judicial y da mayor atribución que la que corresponde al órgano administrativo. Ver *supra*, t. I, cap. IX, § 8 a 19.

⁷³ Ampliar en SILVA CIMMA, ENRIQUE, *El control público*, Caracas, 1976, p. 76 y ss., quien explica los distintos casos en relación al derecho venezolano.

⁷⁴ Ver y ampliar en SILVA CIMMA, op. cit., pp. 81-3, 86-7, 90.

⁷⁵ SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. I, p 381; BREWER CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 101.

⁷⁶ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, LL, 1955, 5ª ed., p. 18.

⁷⁷ URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, pp. 36-42.

⁷⁸ El derecho atiende más a la *voluntad* declarada, no a la *intención* del agente: STASSINOPOULOS, op. cit., pp. 39 y 40 y sus referencias. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 208.

⁷⁹ HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 737.

público la *voluntad* del órgano que actúa por el Estado, sino la *declaración* a la que la Constitución y las leyes dan fuerza jurídicamente vinculante. La validez del acto estatal no se relaciona entonces con la real voluntad psíquica de las personas, sino con el derecho objetivo.” Puede ocurrir que el agente haya tenido —subjetivamente— ciertos objetivos, pero que el acto concreto resulte atender válidamente a otros; que la voluntad de uno de los funcionarios que interviene en el acto no coincida en cuanto a su finalidad con las de otros funcionarios que participen en él, sin que esa falta de coincidencia se traduzca en el contenido del acto; que el acto produzca efectos contrarios a los queridos por el agente, por incapacidad para expresar adecuadamente su voluntad, sin que por esa disfunción el acto resulte inválido; que la voluntad del agente dicte el acto con el “destino” de producir cierto efecto, pero que el acto dictado sea objetivamente inapto para producir ese efecto o cualquier otro, etc. A veces el vicio de la voluntad psíquica del agente constituye un vicio del acto, por desviación de poder o los vicios clásicos de la voluntad, pero la voluntad psíquica en el acto administrativo no opera lo mismo que en el acto jurídico privado. En definitiva, los efectos jurídicos que deba producir la declaración se aprecian en gran medida con arreglo al sentido objetivo del obrar del agente⁸⁰ y ello muestra la inconveniencia de aquel modo de estipular una definición. Aunque la voluntad del agente puede tener trascendencia respecto del acto administrativo (casos de vicio por error, dolo, violencia,⁸¹ desviación del poder, simulación),⁸² aún entonces puede ocurrir en el derecho administrativo que el vicio presuntamente psicológico del agente público sea analizado y evaluado con relación al actuar *objetivo* de la administración y no a la voluntad *real* del o los funcionarios intervinientes.⁸³ 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 jurídico de derecho privado, deja incólume el acto administrativo, porque lo más importante en él no es esa voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de los hechos a su descripción normativa. Ha despertado interés en la doctrina nacional la propuesta de considerar que “es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental;”⁸⁴ la doctrina argentina se ha manifestado

⁸⁰ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 208.

⁸¹ El acto obtenido por violencia no puede ser válido: CASSAGNE, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 193, quien se aparta así de MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 511-2. Un acto en el cual existe corrupción tiene desviación de poder, dolo e inmoralidad: es insanablemente nulo.

⁸² Sobre la simulación, incluso cuando se altera el lugar o la fecha, nuestra opinión se inclina por la invalidez, no así la jurisprudencia: GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 57, “Antedatar sin costas,” p. 135, nota al fallo *Bonfiglio*, 1996, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1997-B, 405.

⁸³ Un claro ejemplo en *De la Torre*, 1961, Sala CA, Cám.Fed. Cap., *RAP*, 2: 96, Buenos Aires, INAP, 1961, con nuestra nota “La desviación en el poder del derecho argentino.”

⁸⁴ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 291; HUBER, *op. cit.*, p. 737; PETERS, *op. cit.*, p. 167; FERNÁNDEZ DE VELASCO, ROCAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, pp. 185-7; STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pp. 38-9, extiende la solución a cualquier caso de incapacidad *civil* del agente que dicta el acto administrativo.

alguna vez en contra,⁸⁵ pero en general prefiere introducir distingos más puntuales,⁸⁶ siguiendo a una parte de la doctrina española.⁸⁷ En cualquier caso, cabe recordar la tendencia del derecho privado moderno hacia ampliar, no restringir, la capacidad jurídica del enfermo mental; no se advierte por qué ello no habría de ser tenido en cuenta por el derecho público.⁸⁸

Todo acto que puede producirse electrónicamente necesitará la racionalidad del resultado que se produzca, más que la racionalidad del autor o del empleado que lo suscribe; lo mismo vale para certificados, constancias, etc. Ya hoy en día pueden vislumbrarse algunas declaraciones productoras de efectos jurídicos, en las cuales la voluntad de la administración no está en verdad detrás del acto como voluntad psíquica de una persona, sino como voluntad *lato sensu* del aparato administrativo. Cuando un agente de tránsito opera una llave para cambiar una luz de tránsito, su voluntad está presente en forma inmediata en el acto, del cual la señal lumínica es exteriorización; pero cuando por un mecanismo electromecánico o electrónico, en suma automático, puesto por la mano del hombre, la luz se enciende a intervalos conforme un programa, también los particulares están obligados por las señales lumínicas, del mismo modo y con iguales alcances que si

⁸⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 284; (288 en otras ediciones y reimpresiones).

⁸⁶ COMADIRA, *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 7º y 8º, § 5.1, pp. 183-4; *Derecho...*, *op. cit.*, cap. I, § 4, p. 5 y cap. II, § 1.5.1, pp. 38-9; *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.1, pp. 5-7; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, "La voluntad psicológica del agente como elemento del acto administrativo," *RAP*, 224: 20, 22-3, Buenos Aires, 1997, p. 20: tratándose de actividades principalmente regladas, se aplicaría una teoría objetiva; si discrecionales, la subjetiva; comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 129. En la teoría objetiva se enrola FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 18 y ss.; en la subjetiva, además de MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III, p. 278, CASSAGNE, *El acto...*, *op. cit.*, p. 270, aunque esta última tesis tampoco es absoluta, ya que este autor sostiene que el acto viciado de falsedad en la expresión de la fecha —dolo o simulación— es de todos modos válido: *Derecho...*, t. II, *op. cit.*, p. 187 y ss. Con lo cual el balance no puede establecerse en teorías objetivas, subjetivas o mixtas, sino más bien en dónde se pondrá el acento. Distinguir derechos según su naturaleza discrecional o reglada es una forma muy tradicional de ver la cuestión, que se puede remontar al contencioso administrativo francés, que se siguió en América Latina desde el siglo XIX, p. ej. LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, UNAM, 1978, reproducción facsimilar de la 1ª ed. de 1852, pp. 60-1.

⁸⁷ En particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Thomson/Civitas, La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 461, distinguen entre el ejercicio de facultad reglada en que la voluntad sería intrascendente y el facultad discrecional, en que existe lugar para la subjetividad del agente.

⁸⁸ En el derecho privado ver DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, "Autoría e imputación en el ámbito contractual (a propósito del artículo 473 del Código Civil)," *LL*, 1998-C,1215 y sus referencias, en especial KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La demencia como base de las nulidades en el Código Civil," en la *Revista de Derecho Privado*, Santa Fe, 1996, p. 9 y ss. En el mismo sentido cabe interpretar el criterio general sentado por la CSJN en el caso *Trufano*, *LL*, 2006-B, 36, que explica y contextualiza DIANA, NICOLÁS, "Las personas con padecimientos mentales y sus derechos," *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 55/74, esp. 63-65 y su anterior "La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de legalidad," *LL*, 2006-C, 231. Para un mayor desarrollo del contexto de la salud mental ver también KRAUT, ALFREDO J., y DIANA, NICOLÁS, "La salud mental ante la ley en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¿Permanece como un problema de interpretación judicial?" *JA*, 2004-III, 1017; "La salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ¿Un problema de interpretación judicial?" *JA*, 2002-IV-1023.

el propio agente de tránsito estuviera allí presente operando la llave que enciende la luz.⁸⁹ No se advierte entonces el por qué de las resistencias, en nuestro medio, a la utilización de operaciones en base a un *software* encriptado e inviolable, para registrar fotográficamente las infracciones de tránsito.⁹⁰

Si alguien acude a la Caja de Valores a percibir la renta de bonos públicos o realiza cualquier otra operación en no importa qué entidad pública o privada, el mecanismo es siempre el mismo. El empleado de la ventanilla lo más que hace es constatar su identidad e ingresar sus datos en la computadora. Si los datos de ésta le indican que debe pagar algo, oprime el pertinente *Enter* y la impresora emitirá un documento, que el empleado de ventanilla firmará, sellará y pagará, sin prestar atención a la parte *decisoria* de la transacción, sólo a su correcta *operación material* en la entrega de la cantidad de dinero expresada por los documentos que la máquina le presente. ¿Se puede acaso hablar de la voluntad psíquica del agente en resolver realizar el pago? Obviamente su voluntad personal sólo interviene para hacer funcionar la máquina y cumplir lo que ésta indica. Él no resuelve nada que no esté previamente resuelto en la computadora. Sin embargo, su transacción sigue constituyendo un acto jurídico, nos guste o no la denominación. Allí el ser humano aparece un poco más devaluado, casi al nivel de una luz de tránsito que se opera automáticamente. Lo mismo puede decirse de las operaciones realizadas con un cajero automático o *teller machine*. Si hay fondos, la máquina pagará; si uno quiere recibo, se lo imprimirá, numerará y fechará. No ha intervenido ser humano alguno en la operación concreta, pero ella no deja de ser un pleno negocio jurídico. No le pone una firma digitalizada, pero técnicamente se podría satisfacer esta peculiar petición si alguien lo deseara. Los bancos cobran un recargo al cliente que quiere la atención de una persona física que le firme el recibo (un cajero verdadero, de carne y hueso, no automático) y se lo selle a la usanza antigua, para punir la erogación que ocasiona. De similar manera, en los sistemas previsionales actuales cada vez se advierte más la progresiva mecanización de su funcionamiento: los expedientes son resueltos con rutina y poca posibilidad de creatividad personal. Ello hace a su vez pensar en la posibilidad de introducir la computación, como mecanismo tan idóneo o mejor que los empleados del sistema, para producir tales decisiones de rutina en

⁸⁹ Conf. DIEZ, t. II, *op. cit.*, 1ª ed., p. 270; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310; en otras ediciones y reimpressiones corresponde a la p. 314; *infra*, cap. X, § 9.2, “Signos.” A similares disquisiciones puede llevar el viejo Código Civil distinguiendo la prescripción de las servidumbres según esté o no presente la voluntad humana, como hemos observado en nuestro artículo “Excepción —sin reconvencción— de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo,” LL, 1996-B, 477; reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ª ed., cap. X. De todas maneras, conviene recordar que nos hemos apartado de la solución en cuanto al fondo del problema allí comentado, en *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V.

⁹⁰ Dicho de otra manera, entendemos los atavismos que el automóvil despierta en la mente humana, pero no aceptamos que sea racional trasladarlo a la formulación jurídica del problema. Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas;” cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

los casos comunes;⁹¹ sus posibles aplicaciones son verdaderamente exponenciales en los años venideros, tanto en el sector privado como público. Allí se advierte otra vez que, más que encontrarnos ante una decisión de un agente público, nos hallamos simplemente ante una declaración objetivamente apta para producir efectos jurídicos directos, realizada en ejercicio de la función administrativa, que recibirá el mismo tratamiento por el orden jurídico aunque no provenga de la voluntad individualizada y concreta de un funcionario.

6.2. *Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones*

A todo lo hasta aquí expuesto cabe agregar que la actividad administrativa y el acto administrativo no se refieren únicamente a situaciones en que puede al menos existir una *voluntad destinada a obtener un fin*, sino que también abarcan situaciones en las cuales el fin del acto se agota con su misma emisión, o en las cuales no existe *ni puede existir* finalidad alguna que una voluntad pueda perseguir: es el caso de las registraciones, certificaciones o constataciones⁹² y el de las manifestaciones de juicio u opinión en que la administración, a pedido de un interesado, declara conocer cierto hecho, certifica cierta denuncia, etc, sin perseguir finalidad ulterior alguna, que la doctrina admite puedan constituir expresiones de la actividad administrativa, dotadas de efectos jurídicos plenos,

⁹¹ Dice en efecto SPIROS SIMITIS, "El procesamiento electrónico de datos y el derecho," en *Revista Jurídica Panameña*, 2: 23, Panamá, 1975, p. 23 y ss., traducido de la revista *Law and State*, Tübingen, 1972, n° 6, que "Las consecuencias de la importancia creciente de una administración de bienestar social son obvias; el número de ciudadanos que establecen una relación permanente con la administración aumenta constantemente, y al mismo tiempo los programas que han de cumplirse dependen de cálculos extremadamente complicados. La llamada pensión móvil es solamente un ejemplo de la actual situación. Desde el seguro social hasta las pensiones alimenticias y las diversas formas de pensión, el procesamiento electrónico de datos es en la actualidad una parte de la labor administrativa cotidiana."

⁹² Entre otros, expresan que las certificaciones no son manifestaciones de voluntad. VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1962, p. 345; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 242 y ss.; RANELLETTI, ORESTE, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, p. 3. Su carácter de actos administrativos es generalmente aceptado, como actos registrales; así p. ej. ALTAMIRA, *op. cit.*, p. 329, siguiendo a FORSTHOFF, expresa "no contienen ninguna disposición sobre una situación jurídica, nada fundan y nada modifican. Únicamente tienen la misión de constituir medios probatorios, en eso radica el efecto jurídico que emana de ellos." En el derecho argentino, un ejemplo típico son las inscripciones en el registro de la propiedad, que no sólo generan la responsabilidad de la administración en caso de ser erróneas —*supra*, t. 2, cap. XX, esp. fallos citados en la nota 9.2—, sino que también dan lugar a recursos administrativos especiales, como puede ser el caso del decreto-ley 17.414/67, art. 14 y ss. En materia de automotores puede verse "El dominio de automotores y su inscripción en registros administrativos," *ED*, 6: 291. Véase también, con sentido más general, GONZÁLEZ BERENGUER URRUTIA, "Sobre la actividad certificante de la Administración," *Revista de Administración Pública*, 38: 225, Madrid, 1962; LUTHY, WOLFRAM, "Las inscripciones constitutivas de derechos," *Revista Notarial*, La Plata, 1963, p. 748 y ss. Lo mismo puede decirse de actos tan trascendentales como la inscripción en el Registro Civil de un nacimiento, un casamiento, una partida de defunción, etc.: en todos los casos no hay otro contenido del acto que la mera certificación, a pesar del carácter fundamental de lo que en el caso se certifica.

a pesar de carecer de aquel elemento teológico o finalista.⁹³ Con el proceso de verificación de antecedentes penales ocurrirá pronto lo mismo: El sistema y no una persona física proporcionará el dato válido y eficiente para producir los efectos jurídicos correspondientes. Por todo lo expuesto, con decir declaración es suficiente, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad — dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento — atestación o certificación)⁹⁴ y opinión o juicio.⁹⁵

Hay por fin situaciones mixtas en que la inscripción en un registro público no es mera constatación administrativa, sino que supone el ejercicio por el agente de una función de control de legalidad. Así ocurre con la inscripción en los registros de patentes⁹⁶ y marcas, en el Registro Público de Comercio de las reformas y modificaciones de estatutos de sociedades anónimas,⁹⁷ etc. Se discute si el acto no inscripto obliga a las partes antes de la inscripción,⁹⁸ lo que recuerda el análogo debate en materia de notificación.⁹⁹

De este modo vemos dos concepciones sobre el acto registral: quienes lo aproximan a una constatación o en todo caso una actividad reglada de la administración y quienes consideran que la administración tiene algún margen de ponderación discrecional. Lo segundo ha probado ser fuente de abusos, como ha ocurrido con el registro de entidades de consumidores previsto por el art. 42 de la Constitución.

⁹³ Como dice CAMMEO, *op. cit.*, p. 558: estos actos “producen efectos jurídicos independientemente de la voluntad de producir el efecto práctico correspondiente;” “cuyos efectos jurídicos son independientes de la voluntad del agente” (*op. cit.*, p. 559). En igual sentido MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 403; en otras ediciones o reimpressiones es la p. 407: “Tales efectos no derivan [...] de la voluntad de la Administración Pública, sino de la ley;” también ha seguido este criterio FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Ato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 34.

⁹⁴ VIGNOCCHI, GUSTAVO, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 26-8, distingue a su vez entre actos certificantes y *accertamenti*: inscripción en el Registro de la Propiedad, Registro Civil, Registro de la Propiedad Automotor, en listas electorales, en la oficina recaudadora de impuestos, registros o inscripciones catastrales, registro de industrias, timbres y estampillas de control sobre objetos determinados, tales como pesas y medidas, etc. Como se advierte, es un campo bastante amplio. Puede a su vez tomar nuevas dimensiones con el cambio tecnológico: así como las pilas tienen un indicador visual de carga, algunos productos perecederos tienen un indicador de si se ha roto la cadena de frío. En esos supuestos la discusión será como con los semáforos: ¿Es un acto administrativo o un hecho al cual el derecho asigna consecuencias jurídicas? Volvemos, siempre, a la teoría general: T. I, cap. I.

⁹⁵ En igual sentido FERNANDES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶ Ley 24.481, modificada por la ley 24.572; revista *Antecedentes Parlamentarios*, LL, 1996-B, 2345. La Oficina y el Registro de Transferencia de Tecnología pasa del INTI al INPI.

⁹⁷ Decreto-ley 19.550/72, art. 167.

⁹⁸ Ver CNac. Com., Sala B, *Riello*, LL, 1980-B, 651, ED, 88: 250; HALPERÍN, ISAAC., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., p. 121; NISSEN, RICARDO M., *La ley de sociedades comerciales*, t. 3, Buenos Aires, 1985, pp. 32-3; ADROGUÉ, MANUEL I. y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR M., “La publicidad registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social,” LL, 1978-D, 1032; FARGOSI, HORACIO P., “Sobre la reforma no inscripta del estatuto de sociedades anónimas,” LL, 2000-D, 1276. En patentes y marcas parecería más claro que el acto nace recién con la publicación del registro. Pero se puede reproducir la discusión que distingue el acto de su publicidad. Ver también *supra*, nota 94.

⁹⁹ Ver *supra*, § 2.3, “La cuestión de la notificación;” *infra*, cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?”

Primero fue creado por resolución y dió lugar a acciones judiciales por arbitraria denegación de inscripción;¹⁰⁰ luego se resolvió que era suficiente con la inscripción como persona jurídica,¹⁰¹ decisión que también adoptó la CSJN constatando de paso que el Congreso no había dictado la ley prevista en el art. 42.¹⁰²

Una situación parecida, con otros niveles normativos, se da con referencia a la inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas que mandó crear la ley 23.302 de 1995 y que hasta el comienzo del milenio todavía no estaba implementado. Pero en todo caso, la Constitución de 1994 reconoce implícitamente la preexistencia étnica y cultural de las comunidades indígenas¹⁰³ y su derecho a la personalidad jurídica. En las circunstancias y dado el tiempo transcurrido debería reconocérseles personalidad jurídica *per se*, como a las personas físicas, sin supeditar su existencia jurídica a la creación de un registro que la administración demora tanto en crear. Mientras el registro no se cree, no puede privarse del derecho a la personalidad por el incumplimiento de un requisito que la administración ilegalmente omite respetar. No haría falta *inter tantum*, a nuestro juicio, necesidad de acto administrativo registral.¹⁰⁴

6.3. Conclusiones

Por ambos tipos de razones: *a)* que la finalidad de la voluntad del agente puede no coincidir con los efectos que el acto produce, sin que esto afecte siempre su validez; *b)* que ciertos actos carecen totalmente de finalidad ulterior (certificados, etc.), lo que no les impide producir directamente efectos jurídicos propios, lo correcto es hablar de una actividad “*que produce* [...] efectos jurídicos directos”; antes que de una actividad “*destinada* a producir efectos jurídicos directos.”

No seguimos, por lo tanto, la distinción que entre acto administrativo y acto material propugnan algunos autores, entendiendo que los primeros son los “destinados” a producir efectos y los segundos “declaraciones de voluntad realizadas por la administración pero sin el propósito de producir un efecto jurídico determinado”,¹⁰⁵ pues si estos últimos pueden ser apatos para producir y producen, efectos jurídicos,¹⁰⁶ no existe fundamento de derecho que permita excluirlos del mismo concepto. Si por la distinción, en cambio, se quieren separar los efectos *lícitos* de los *ilícitos*, ello es también inadecuado, según se verá en el número siguiente.

¹⁰⁰ *Consumidores Libres*, CNFed. CA, Sala I.

¹⁰¹ *Adecua c/ Enargas*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1998-F, 339, cons. III.

¹⁰² CSJN, *Asociación Benghalensis*, 2-VI-2000.

¹⁰³ CNFed. CA, Sala II, *Asociación Indígena Argentina, LL*, 2000-B, 700.

¹⁰⁴ Este criterio tiene paralelismo, adaptado a las comunidades indígenas, con Sala IV, *Adecua c/ Enargas*; CSJN, *Asociación Benghalensis*, que citamos *supra*, notas 6.27 y 6.28.

¹⁰⁵ BREWER CARÍAS, *Las instituciones...*, *op. cit.*, p. 118; BUTTGENBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 325, nota 3; esta distinción es usual en la doctrina francesa.

¹⁰⁶ BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 101, nota 4: “Entiéndase bien, que hablamos de actos materiales porque esos actos no tienen por finalidad ni por objeto producir una consecuencia jurídica determinada. Por tanto, no queremos decir que no produzcan consecuencias de derecho.”

7. Los efectos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos

De acuerdo a una socorrida concepción del derecho privado, algunos autores han querido encontrar también en el derecho administrativo, que el acto debe estar destinado a producir efectos jurídicos lícitos,¹⁰⁷ excluyéndose de la noción a aquellos que producen, o están destinados a producir, efectos ilícitos. De este corte son las concepciones que distinguen entre acto jurídico y acto material y aquellas que ubican a la teoría del acto administrativo dentro de la teoría del acto jurídico lícito,¹⁰⁸ como hace el derecho privado.

Este criterio no es consecuente con el resto de la teoría del derecho administrativo ya que ésta se halla consustanciada con la presencia de actos administrativos que, sin perder su calidad de tales, tienen vicios que los tornan ilegítimos o inválidos, es decir ilícitos o antijurídicos. Que la administración haya tenido en mira precisamente esos efectos, o que por un error haya dictado un acto destinado a producir efectos contrarios a derecho, no ha de privar a su acto de la condición de acto administrativo. Ello está consagrado en muchas instituciones de derecho administrativo: *a)* se ha dicho así que un acto administrativo regular, aunque viciado en grado de anulabilidad, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente,¹⁰⁹ se postula en cambio que esa característica no es denotable del acto nulo o nulo de nulidad absoluta en otra terminología; *b)* como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales judiciales impropriamente llamados “de lo contencioso-administrativo”¹¹⁰ en un juicio contra el Estado, está admitiendo también que el acto viciado es o puede ser del Estado; *c)* cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,¹¹¹ también se reconoce que el acto no ha perdido su calidad de tal a pesar del vicio que tiene; *d)* en materia de funcionarios de hecho —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite también que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.¹¹²

Más aún: nunca podría hablarse de nulidad de un acto administrativo si se aplicara dicho criterio, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una

¹⁰⁷ O legítimos; no creemos que deba ensayarse una distinción entre licitud o validez y legitimidad del acto administrativo, como lo hace FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, 2ª ed., Nápoles, Jovene, 1964, p. 29 y ss.

¹⁰⁸ Comp. FORTI, UGO, *Lezione di diritto amministrativo*, t. II, Nápoles, 1950, pp. 49 y 50, para quien en el acto ilícito el efecto “es siempre contrario a la voluntad interna en el sujeto.”

¹⁰⁹ Ampliar *infra*, cap. V, § 2, “La presunción de legitimidad. Crítica,” a § 5, “Efectos de la presunción de legitimidad.”

¹¹⁰ Sobre el equívoco ver *supra*, t. 2, cap. XIII, § 1, “Dificultades del tema,” a § 5, “Superación de la confusión entre el «contenciosoadministrativo» provincial y el derecho procesal federal.”

¹¹¹ Ver *infra*, cap. VI, § 7, “El problema de la regularidad del acto.”

¹¹² Ver *infra*, cap. VIII, § 11.1.

extralimitación legal y por lo tanto un acto material. En tal criterio, sólo serían actos administrativos los actos *válidos* emanados de una autoridad pública, lo cual parece difícil que la jurisprudencia acepte por ahora y no es en todo caso la solución del art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

Sin embargo, ha de tenerse presente el carácter sistemáticamente autoritario de la norma, como ha señalado acertadamente MAIRAL,¹¹³ quizás deba considerarse cambiar el rumbo y aproximarse a la solución del derecho privado en el que sólo es acto jurídico el acto válido, no así el inválido.

El uso del derecho privado se desprende de asignarle al término jurídico no la calificación de creador de efectos *jurídicos*, sino la de *válido*. De cualquier manera, es claro que hasta el presente ello no ocurre en relación al término *administrativo*. En suma, el acto administrativo también puede producir efectos antijurídicos, sin dejar de ser acto administrativo por esa circunstancia,¹¹⁴ salvo el caso de inexistencia.¹¹⁵

8. *Lo atinente a la moral*

De lo expuesto se sigue que si los efectos del acto son ilícitos o antijurídicos el acto estará viciado de nulidad o anulabilidad, según los casos, pero no por ello deja de ser conceptualmente un acto administrativo.

Lo mismo cuadra decir de la moral: es claro que un acto contrario a la moral es ilegítimo y debe ser anulado, pero no por ello podría decirse que la moral sea un elemento del acto administrativo,¹¹⁶ pues ésta no es sino un aspecto más de la licitud o validez del orden jurídico: un acto contrario al orden jurídico es nulo, principio éste que cubre el caso de un acto inmoral, que también será nulo por contrario a derecho. En consecuencia, si bien la violación de la moral puede ser un vicio en lo que respecta al objeto del acto, la moral en sí no puede considerarse elemento del acto, como la licitud tampoco es elemento del acto, salvo en un sentido muy lato. Volveremos sobre este punto al referirnos a la inmoralidad como vicio del objeto del acto.¹¹⁷

¹¹³ *Supra*, “Introducción,” § 7, “Una «respuesta coherentemente autoritaria»,” MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 773.

¹¹⁴ Ver GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 395. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 209.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 245: 280; 259: 11, “El conocimiento del vicio —además de que debe ser fehacientemente acreditado—, no puede jamás derivarse de la concepción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley, ni colegirse de aquella conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado.” Ver PTN, dictamen 285/06 en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), pp. 70-6, esp. II.2, p. 75, con nota de ALONSO REGUEIRA.

¹¹⁶ La forma de efectivizar en derecho la vigencia de la moral, es sancionar con la *nulidad* su violación, pero no en darle un carácter estructural, que no tiene, dentro de los elementos del acto administrativo. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 267. La misma discusión se ha planteado en Francia antes que aquí y la respuesta pareciera ser la misma: DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Droit administratif général*, *op. cit.*, 15^a ed., § 721, p. 539 y sus referencias.

¹¹⁷ Ver *infra*, cap. VIII, § 9, “Inmoralidad. La ética pública.”

9. *Los efectos jurídicos según sean unilaterales o bilaterales, individuales o generales*

Otra distinción que ha sido propuesta dentro de los efectos jurídicos que produce la actividad administrativa, es la que estudia si deben incluirse en el concepto los actos de efectos bilaterales (contratos administrativos) y los actos unilaterales de efectos generales (reglamentos administrativos). El tema lo consideraremos posteriormente,¹¹⁸ aunque podemos adelantar aquí que en un concepto *amplio* de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general, acto unilateral individual), pero que en un concepto más restringido, que es el que adoptaremos por las razones que se verán, sólo se tomarán en cuenta los actos *unilaterales e individuales*. Este criterio se adopta con la aclaración de que no por ello dejan de serles aplicables a los otros actos ciertos principios jurídicos comunes a todos los actos jurídicos de la administración.

III. *Efectos públicos o privados del acto*

10. *Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa*

De lo hasta aquí expuesto concluimos 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,¹¹⁹ corresponde que nos refiramos ahora a una vieja distinción en el derecho administrativo: la posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado. Hay autores para los cuales una parte de la actuación de los órganos administrativos se rige por el derecho privado; consideran por ello necesario aclarar que el acto administrativo es aquel realizado en el ejercicio de una potestad pública.¹²⁰ Esta doctrina establece una distinción entre actos administrativos (dictados en ejercicio de una potestad pública) y actos civiles de la administración (dictados en ejercicio

¹¹⁸ Ver *infra*, cap. IV, § 5 a § 12.

¹¹⁹ Hay doctrinas que reconocen a la administración “reservas” de ley y jurisdicción, en contra del sistema constitucional: t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración,” § 7.1 a 7.3; cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»” a § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.”

¹²⁰ VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 195. BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, 6ª ed., p. 159, excluye los “actos de gestión privada” de la administración; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, pp. 255-8; en posteriores ediciones es la p. 260. En derecho internacional se distingue a veces, a los efectos de someter a otro Estado a una jurisdicción distinta de la propia, si ha actuado *iure imperii* o *iure gestionis*, p. ej. CSJN, *Cerealera Asunción SRL*, 1998, *Fallos*, 321-2: 2594: se reconoció la *jurisdicción internacional del juez argentino*. Se llega así a sutilezas macabras, *v.gr.* si puede estar bajo inmunidad soberana la comisión de delitos de lesa humanidad, como se postula en algunos votos de la Cámara de los Lores en *Regina v. Evans, LL*, 1999-A, 431, año 1998. Ampliar en GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007. En contra: DIEZ, t. I, *op. cit.*, p. 368; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210; DROMI, *op. cit.*, p. 191.

de la actividad de la administración que de acuerdo a tal doctrina es regida por el derecho privado).

11. *La distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo es una aplicación de la teoría de la doble personalidad del Estado*

Esa distinción evidentemente intenta revivir una de las consecuencias concretas de la superada doctrina de la doble personalidad del Estado (como persona de derecho público y como persona de derecho privado)¹²¹ de la que la doctrina argentina se ha apartado con uniformidad;¹²² no vemos en consecuencia cómo puede postularse la existencia de dos categorías de actos distintos, cuando no se admite la existencia de dos personalidades distintas. No creemos que pueda soslayarse la cuestión afirmando que el Estado tiene una sola personalidad, pero que actúa según los casos en el campo del derecho público o del derecho privado,¹²³ pues si se estima que ello es así en materia de personalidad, es lógico que lo mismo debe ocurrir en materia de actos: podrá haber, entonces, actos administrativos de aplicación en el derecho público y *actos administrativos cuyo objeto o campo de aplicación será el derecho privado*.¹²⁴ A mayor abundamiento, es de hacer notar que si se habla de un acto civil de la administración, distinto del acto administrativo, debe suponerse que el primero no se dicta en ejercicio de la función administrativa; sin embargo, no todos los autores que niegan la doctrina de la doble personalidad estarían dispuestos a aceptar dos tipos diversos de funciones en el sujeto actuante. Es más, son precisamente los autores que admiten la teoría de la doble personalidad los que, consecuentes con sí mismos, admiten dos funciones diferenciadas —una pública o administrativa y otra privada— y dos clases de actos diferenciados: actos civiles de la administración y actos administrativos.

Por todo ello, los autores que no aceptan la teoría de la doble personalidad —lo que pareciera ser corriente dominante, al menos en nuestro país— no pueden, sin incurrir en contradicción, aceptar la distinción entre acto civil de la administración y acto administrativo.

12. *El derecho privado no se aplica a todos los elementos del acto administrativo*

Además de lo expuesto, que hace a la falta de unidad conceptual del criterio enunciado, debe agregarse que no es exacto, en el derecho argentino, que existan partes de la actividad administrativa que se encuentren reguladas por el derecho civil en forma integral o siquiera principal.

¹²¹ Confr. FIORINI, *op. cit.*, p. 277; SAYAGUÉS LASO, t. I, *op. cit.*, p. 387.

¹²² *Supra*, t. 1, cap. III, § 16, “Instituciones adjetivas de contralor” y § 17, “Los derechos individuales en el Estado de Derecho.”

¹²³ CASSAGNE, *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 121-4.

¹²⁴ Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210.

No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos,¹²⁵ pero sostenemos que 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.¹²⁶

Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que parte de la doctrina indica, 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.¹²⁷

La afirmación precedente ha sido aceptada también por quienes propugnan la existencia de actos civiles de la administración; pero una afirmación tal vez excluye la otra: si lo principal del régimen aplicable al acto es el derecho público, no puede *jurídicamente* llamárselo *acto de derecho privado*. Esta primera observación basta para señalar la improcedencia 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). Si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber cohonestado. 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. 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 juridicidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la conformidad a derecho de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto. Ello vale también para el objeto del acto: Si es irrazonable, inequitativo, injusto, etc., en los supuestos previstos en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la ley 25.188 de ética pública, será inválido aún cuando esté aparentemente correcto en el ámbito privado.¹²⁸ La nulidad absoluta que proclama el art. 17 de la ley 25.188, en los supuestos de su art. 15, obviamente se aplica también a cualquier actividad de la administración que se pretenda regida por el derecho privado.

¹²⁵ Aunque es bastante excepcional en el derecho argentino: *supra*, t. 1, cap. VIII, § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.”

¹²⁶ Conf. LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 210; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. IV, § 68 y ss., p. 126 y ss.; comp. FIORINI, *op. cit.*, 1ª ed., p. 277; SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*

¹²⁷ Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 185, p. 294; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 256, nota 107, “ya se trate de un acto administrativo o de un acto civil, está siempre sometido a iguales o idénticas reglas como competencia, voluntad, forma, etcétera,” en posteriores ediciones y reimpressiones es la p. 260. CSJN, *Sánchez*, 2007, con nota de VIQUE, FRANCISCO JOSÉ, “Mucho más que una indemnización: La supremacía del derecho internacional ante el derecho interno,” en elaboración para LL.

¹²⁸ La equidad y la justicia tienen carácter sublegal en el Código Civil, pero suprallegal en el derecho administrativo, como se desprende de la señalada Convención.

Si a ello se agrega que también las formalidades y la 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. En forma concordante se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación;¹²⁹ también DIEZ, que originariamente admitió la existencia de actos civiles de la administración,¹³⁰ no lo hizo posteriormente¹³¹ y expresó en cambio que “la interferencia del derecho privado en el derecho administrativo es [...] que, en dependencia de la naturaleza publicística del ente, todo el proceso de formación y de manifestación de la voluntad y de la actividad del mismo ente queda reglado por el derecho administrativo, aun cuando el objeto del acto [...] está [...] regido por el derecho privado.”¹³²

La solución que damos ha sido recogida por el decreto-ley 19.549/72, pues éste, en su art. 1º, establece que su ámbito de aplicación es “la Administración pública nacional, centralizada y descentralizada” y no excluye de su régimen actividad alguna que pudiera suponerse regida por el derecho privado. Incluso es de destacar que ciertos procedimientos especiales, que quedan excluidos en una primera etapa de la aplicación del decreto-ley (art. 2º), les es de aplicación supletoria el régimen que éste establece y se debe de cualquier modo adaptarlos progresivamente al régimen general (art. 2º, inc. b). Con ello resulta que los requisitos que debe satisfacer el acto administrativo de acuerdo al decreto-ley 19.549/72, tanto en materia de competencia, causa, objeto, procedimiento previo, voluntad, forma o formalidades concomitantes o posteriores (arts. 7º, 8º y cc.), son aplicables a todos los actos emanados de la administración pública, incluso aunque se refieran a materias de derecho privado. Por virtud de estas normas se acentúa aún más la predominancia del derecho administrativo en la regulación de los actos de la administración pública y se aleja concomitantemente la posibilidad de sostener, en el derecho positivo argentino, la existencia de actos privados de la administración.

13. La aplicación del derecho público en los supuestos actos civiles de la administración

Estos principios pueden ser observados en cualquier tipo de actividad estatal, incluso en los contratos de la administración. 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, independientemente de su objeto; un vicio en la preparación o emisión de esa voluntad —p. ej., falta de autorización o

¹²⁹ PTN, *Dictámenes*, 92: 74; 98: 68; 101: 117; 102: 226; 103: 155, etc.

¹³⁰ *El acto administrativo*, op. cit., pp. 115-6.

¹³¹ *Derecho administrativo*, t. 2, op. cit., 1ª ed., p. 213, aunque la supresión no resulta en forma expresa del texto, sino tácita y por comparación con la obra citada en la nota precedente, comp. 2ª ed., p. 368. Conf. LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 210; DROMI, *Instituciones...*, op. cit., p. 191.

¹³² DIEZ, *Derecho administrativo*, 1ª ed., op. cit., p. 368; comp. 2ª ed., pp. 286-7.

aprobación, cuando es necesaria, o un determinado vicio en un acto complejo, etc., afecta también la validez del acto final. La inobservancia de la forma escrita —que podría ser justificada en ciertos casos por el derecho privado— no es admisible en el caso del Estado; sin perjuicio de ello, cabe advertir que la doctrina de los actos propios se está haciendo extensiva también al Estado e incluso en su actuar omisivo.¹³³ Son de aplicación en todo momento las Medidas Preventivas del art. III de la CICC (publicidad o transparencia, equidad o justicia, eficiencia)¹³⁴ y las normas de la ley de administración financiera del Estado, como así también las de la ley 25.188 de ética pública,¹³⁵ todo ello materia de derecho público, aunque el objeto del acto sea parcialmente regido por el derecho privado. Del mismo modo, la actuación del agente acarrea la responsabilidad del funcionario público y a veces también la de un particular.¹³⁶

14. *No existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto*

Por lo demás, esa distinción conceptual carecería de consecuencias prácticas en varios aspectos:

a) El recurso jerárquico ha sido reiteradamente admitido no sólo contra los actos administrativos, sino también contra los actos que esta parte de la doctrina ha denominado civiles. Así lo hemos sostenido respecto de la administración central, en materia de recurso jerárquico¹³⁷ y así también lo ha admitido la Procuración del Tesoro de la Nación en el recurso de alzada.¹³⁸ En consecuencia y de acuerdo al criterio vigente, todos los actos administrativos, aunque tengan su objeto regido parcialmente por el derecho privado, son impugnables.¹³⁹

b) No se toma en cuenta si el acto es “administrativo” o “civil de la administración” para determinar si corresponde la competencia procesal administrativa

¹³³ Cabe recordar una vez más el señero libro de MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

¹³⁴ Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, *LL*, 2002, pp. 1-10.

¹³⁵ En ninguna de sus disposiciones esboza distinción alguna: *toda* la actividad administrativa del Estado se rige por ella. No así la jurisdiccional y legislativa, en que podrían formularse otras distinciones, aunque no ciertamente por una hipotética aplicación del derecho privado.

¹³⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. XIX y XX.

¹³⁷ Ver *infra*, t. 4, cap. X, § 5.2, “En razón de la materia.”

¹³⁸ Ese criterio lo expusimos en la 1ª ed., 1964, de *Procedimiento y recursos administrativos*, Editorial Álvarez, p. 193, § 33 y 2ª ed., 1971, pp. 465-7 y lo ha desarrollado la PTN, *Dictámenes*, 92: 74; 98: 66; 102: 226, etc.

¹³⁹ La opinión contraria de algunos autores en este punto, no se ajusta al derecho vigente.

o, como quieren los códigos y muchos autores, “contencioso-administrativa,” o la “civil” o incluso comercial, sino cuál es el derecho que será aplicable para resolver la contienda,¹⁴⁰ o la naturaleza de ésta: p. ej., si se trata o no de una “causa civil.” Por ello, establecer una distinción entre dos tipos de *actos* de la administración, civiles y administrativos, no resulta aplicable como criterio determinante de la competencia aplicable.¹⁴¹

c) A pesar de que el objeto del acto se halle sometido al derecho privado, la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido acertadamente, desde antaño, que le son de todos modos aplicables los principios y límites del derecho público, por ejemplo en lo atinente al principio de la razonabilidad, garantía de la defensa, etc.¹⁴² No podía ser menos, cuando el control de razonabilidad inicialmente enfatizado por el derecho público, se reconoce hoy como aplicable también al derecho privado¹⁴³ y hasta propio de la teoría general del derecho. Los grandes principios del orden jurídico son hoy comunes a las distintas disciplinas del derecho, e incluso superan las barreras nacionales.

d) En lo referente a la posibilidad de someter una cuestión a la decisión arbitral, parte de la doctrina propició en su oportunidad el criterio de que las cuestiones civiles podrían ser sometidas a arbitraje, no así las administrativas; pero actualmente esa noción no responde enteramente al derecho positivo, pues ya la ley de obras públicas 13.064, p. ej., admite en su art. 55 que “el contratista podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia”, es decir, que también un acto o contrato administrativo sometido enteramente al derecho público puede ser materia de decisión arbitral. De todas maneras, subsisten las resistencias locales al arbitraje en el plano interno.

Alrededor de un medio centenar de tratados bilaterales de inversiones extranjeras admiten igualmente la jurisdicción arbitral internacional sin hacer distinción alguna en cuanto a la índole del derecho invocado, ni de la potestad ejercida.¹⁴⁴ Se admite en los tratados la facultad de expropiación por razones de utilidad pública, pero se niega la facultad de nacionalización o estatización, o sea el rescate en las concesiones de servicios públicos. Como se advierte, no existe en la especie una distinción que se formule por la naturaleza pública o privada

¹⁴⁰ El mismo criterio siguen algunos proyectos de ley en la materia: DIEZ-AVILA-GORDILLO, art. 2°; MARIENHOF-BIDART CAMPOS-BOSCH-COZZI-LINARES, arts. 1° y 2°.

¹⁴¹ Es claro que en nuestro país la jurisdicción es una y que lo que varía es la *competencia*, a diferencia del sistema francés de jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción civil.

¹⁴² PTN, *Dictámenes*, 98: 66: “La aplicación del derecho privado en [...] el objeto [...] (es) [...] no excluyente de normas de derecho público;” en igual sentido, 102: 226, en que se hizo control de razonabilidad sobre un acto cuyo objeto estaba sometido al derecho privado.

¹⁴³ *Supra*, cap. I.

¹⁴⁴ *Supra*, t. 2, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Ver también PÉREZ RAGONE, ALVARO J. D., “Fundamentos y medios de protección a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT (*Bilateral Investment Treaties – Tratados Bilaterales de Inversión*), ED, 10-X-2000.

del acto estatal en cuestión. En lo que hace a la aplicación del derecho privado al objeto de algunos contratos de la administración, corresponde remitirse a su lugar por constituir una temática específica.¹⁴⁵

15. Conclusión

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.”¹⁴⁶

Por todo ello, consideramos innecesaria y errónea la aclaración que efectúa buena parte de la doctrina, en el sentido de que el acto administrativo es dictado en ejercicio de una potestad pública; solamente debe especificarse, 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 productor de efectos jurídicos directos, 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, parcialmente, por el derecho privado).¹⁴⁷

En otras palabras, el acto será básicamente administrativo, aunque sus efectos puedan en alguna medida estar comprendidos en el marco del derecho privado,¹⁴⁸ de la misma manera que la personalidad del Estado es pública aunque en parte pueda serle de aplicación el derecho privado.

¹⁴⁵ Ver el t. 1, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.” Ver el importante aporte de MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35, esp. pp. 132-3; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655; “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849.

¹⁴⁶ La distinción del derecho internacional entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*, *supra*, nota 120, no se aplica al derecho interno. Ver CSJN, *Duhalde*, *ED*, 29-VI-2000; DEL CASTILLO, LILIAN, “Los agentes internacionales ante los tribunales nacionales,” *ED*, 11-VII-2000; CSJN, *Cereales Asunción*, *ED*, 26-VI-2000, con nota de GUALDE, ANDREA, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana.” Ver GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, *op. cit.* Tampoco se aplica al derecho administrativo de los organismos internacionales.

¹⁴⁷ Esta es una solución contingente del derecho público actual, que admite legislación en contrario. Un ejemplo llamativo en tal sentido opuesto es la reforma administrativa italiana del último decenio del siglo XX, que llevó la relación de empleo público al marco del derecho privado. Aún así, subsisten aspectos regidos por el derecho público, como el poder disciplinario.

¹⁴⁸ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 341.

IV. Efectos en relación al tiempo

16. *La retroactividad*¹⁴⁹

El efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro¹⁵⁰ a partir de su notificación válida.¹⁵¹ Pero hay diversos supuestos en que puede válidamente producir efectos retroactivos. Ello puede ocurrir por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y hay sustento fáctico suficiente para dar validez en el pasado a lo que el acto resuelve.¹⁵² También puede ocurrir que el acto simule una fecha anterior, en la muy frecuente práctica administrativa de antedatar algunos actos.¹⁵³ Si bien se abre una vía francamente peligrosa de simulación, si la única ficción es la fecha, el acto podría en algunos supuestos llegar a producir válidamente sus efectos con relación a la fecha estipulada, aunque fuera anterior a la fecha real. Esa es hasta ahora la solución de nuestro derecho positivo, en que es práctica normal “reservar” números de resolución, decretos, etc., para actos que se tiene pensado dictar con fecha antedatada. O incluso sustituir actos viejos intrascendentes. Tienen efecto retroactivo algunas formas de modificación del acto, como la aclaración¹⁵⁴ y la corrección material o rectificación;¹⁵⁵ el saneamiento,¹⁵⁶ la ratificación.¹⁵⁷ Tratándose de la extinción total o parcial de un acto, sus efectos pueden ser retroactivos en los supuestos de nulidad,¹⁵⁸ también en algunas hipótesis de conversión o sustitución del acto.¹⁵⁹

¹⁴⁹ PERRONE CAPANO, RENATO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1963, 2ª ed.; DE LA VALLINA VELARDE, JUAN, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964; BOTASSI, CARLOS, “Retroactividad del acto administrativo,” en *Ensayos de Derecho Administrativo*, La Plata, Platense, 2006, pp. 155-69.

¹⁵⁰ Es un principio general: Ver DUPEYROUX, O., *La règle de la non rétroactivité des actes administratifs*, París, LGDJ, 1954; JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1954, pp. 92-9; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵¹ DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, pp. 41-2; *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. V, “Notificación y publicación;” *infra*, en este mismo t. 3, cap. X, § 10, “Formas de publicidad” y 11, “Especies de formas de publicidad: publicación y notificación.” Por otra parte, distintos efectos jurídicos pueden requerir distintos recaudos de validez de la notificación: t. 4, *op. cit.*, cap. V, § 10.3, “El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial.”

¹⁵² Implícitamente, CNFed. CA, Sala V, *González Sasso*, 2-VI-1999, causa 12/95. Ver y comparar el criterio más amplio que expone BOTASSI, *op. cit.*, pp. 162-3 y normas nacionales y locales que cita, que sólo exigen que “favorezca” al interesado; pero, claro, esta aseveración lleva implícito “que favorezca válidamente” al interesado. Ampliar en BOTASSI, *op. cit.*, p. 164 y normas que refiere.

¹⁵³ *Infra*, cap. IX, § 11, “Dolo, violencia, simulación” y § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

¹⁵⁴ *Infra*, cap. XII, § 5, “Aclaración.” La regla tiene excepciones, que allí explicamos.

¹⁵⁵ *Infra*, cap. XII, § 4, “Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material.”

¹⁵⁶ *Infra*, cap. XII, § 7, “Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento.” BOTASSI, *op. cit.* p. 162.

¹⁵⁷ *Infra*, cap. XII, § 8, “Ratificación.” PTN, *Dictámenes*, 254: 77: “El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, y ese vicio es eliminado por la ratificación [...que...] mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, los que son válidos y los legitima para el futuro.”

¹⁵⁸ Cap. XI, § 9.1.1. BOTASSI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁹ *Infra*, cap. XII, § 11, “Conversión” y §12, “Sustitución y reforma.” BOTASSI, *op. loc. cit.*

17. *Efectos para el futuro*

Tiene efecto constitutivo la aprobación *stricto sensu*,¹⁶⁰ aunque en ocasiones el dictado de un acto *ad referendum*, sujeto a la aprobación de una autoridad superior, ha sido considerado un administrativo existente, no un proyecto del acto, con lo cual los efectos de ese referendo son retroactivos.¹⁶¹

18. *Comparación*

La cantidad de supuestos en que el acto es apto para producir efectos retroactivos puede dar la rápida impresión de que son tanto o más importantes que los casos de efectos constitutivos. No es ello así: el efecto *ex nunc*, para el futuro, es la única regla general. Todo lo demás son excepciones que deberán fundamentarse puntualmente cada vez que se presenten. La retroactividad no se supone, pues, nunca. Debe siempre demostrarse.

¹⁶⁰ *Infra*, cap. XII. BOTASSI, *op. loc. cit.*

¹⁶¹ *Supra*, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico,” texto y notas 15-16. BOTASSI, *op. loc. cit.*