

## CAPÍTULO III

### LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

|   |        |
|---|--------|
| I. <i>Fundamento de la distinción entre acto y hecho</i> .....  | III-1  |
| 1. Recapitulación previa .....  | III-1  |
| 2. La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la<br>función administrativa.....       | III-2  |
| 3. Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la<br>administración: introducción ..... | III-3  |
| 4. Por qué se distinguen los actos de los hechos .....  | III-7  |
| 4.1. Certeza jurídica: la fundamentación del acto .....   | III-7  |
| 4.2. Índole de los efectos jurídicos .....  | III-9  |
| 4.3. Presunción de legitimidad. Términos de impugnación.<br>Consentimiento.....                             | III-10 |
| 4.4. La sanción de nulidad .....  | III-10 |
| 4.5. El derecho positivo .....  | III-11 |
| 4.6. Conclusión.....  | III-12 |
| II. <i>Alcance de la distinción entre acto y hecho</i> .....  | III-12 |
| 5. El acto administrativo como manifestación de voluntad.....   | III-12 |
| 6. El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión.....  | III-13 |
| 7. El acto administrativo como declaración.....   | III-14 |
| 8. Diferencia entre declaración y ejecución material.....   | III-15 |
| 9. Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos<br>administrativos.....                          | III-16 |
| 10. Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.....   | III-18 |



### Capítulo III

## LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO Y HECHO ADMINISTRATIVO

### I. Fundamento de la distinción entre acto y hecho

#### 1. Recapitulación previa

En el cap. precedente ya hemos indicado que la noción de acto administrativo, al buscar sistematizar el total de la actividad administrativa, se ubica primeramente en relación a aquella actividad administrativa apta para producir *efectos jurídicos directos*.

Hemos desechado en consecuencia los criterios que se refieren genéricamente a la producción de efectos jurídicos, sin precisar su alcance, o que incluso prescinden de establecer un principio de esa índole; hemos incluido en la división así efectuada tanto a los actos de los órganos legislativos como judiciales y hemos analizado las distintas alternativas en que también una persona no estatal puede realizar funciones administrativas y en consecuencia producir actos administrativos, hipótesis ésta que pareciera ir creciendo con el tiempo.<sup>1</sup>

Finalmente, hemos destacado que no puede hacerse una distinción según que los efectos jurídicos vayan hacia afuera o hacia adentro de la administración porque en ambos casos tienen los mismos principios jurídicos, sin variaciones de importancia que considerar; y hemos precisado que no ha de tratarse de efectos jurídicos que una voluntad haya destinado producir, sino simplemente de efectos jurídicos que *objetivamente*, de acuerdo al orden normativo, se produzcan a resultas del acto; en otras palabras, que el acto sea apto para producir tales efectos jurídicos.

Con todo ello aportamos dos elementos para la noción: por un lado, queda ya establecido el alcance del régimen jurídico administrativo, por referencia al

<sup>1</sup> En una reciente tesis doctoral del año 2007, aún inédita, JOSÉ MARÍA ORELLE propone que el acto del notario o escribano público en ejercicio de sus funciones sea también equiparado al acto administrativo, incluso en cuanto a la aplicación de las normas del decreto-ley 19.549/72, con el propósito de aplicar el régimen morigerado de nulidades que tiene el derecho público.

ejercicio de la función administrativa; por el otro, hemos distinguido esa función en base a su calidad de ser apta o no para producir efectos jurídicos.

## 2. *La distinción entre actos y hechos producidos en el ejercicio de la función administrativa*

Corresponde ahora recordar una segunda gran clasificación de la actividad administrativa, que nos llevará casi directamente al meollo de la definición de acto administrativo: la distinción entre actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa. Se advertirá desde ya que estamos refiriéndonos a actos y hechos “realizados en ejercicio de la función administrativa,” para evitar así momentáneamente el empleo de los términos “actos de la administración” o “actos administrativos,” que son las expresiones aparentemente más adecuadas para tratar el tema, pero que han sido sumidas en un mar de confusiones verbales por disputas semánticas entre distintos autores.

Séanos permitido por un instante prescindir de aclarar con precisión qué habremos de entender por actos y hechos, y utilizar provisoriamente el concepto intuitivo que todo lector tendrá sobre ambos conceptos: de tal modo, entrecruzando la primera gran clasificación (“actividad productora y no productora, de efectos jurídicos directos”) en forma transversal con la segunda (actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa), tendríamos así cuatro grandes sectores de la actividad administrativa: los actos productores de efectos jurídicos directos y los actos no productores de efectos jurídicos directos; los hechos productores de efectos jurídicos directos y los hechos no productores de efectos jurídicos directos. Para seguir prescindiendo momentáneamente, a los efectos de este análisis, del empleo de la palabra tabú (actos de la administración; actos administrativos), podríamos decir que hemos sistematizado aquella función según que ella se manifieste en actos jurídicos (*lato sensu*), actos no jurídicos, hechos no jurídicos, hechos jurídicos.<sup>2</sup>

2.1. *Actos no jurídicos*: son decisiones de la administración que no producen efecto jurídico alguno. El profesor decide explicar un tema antes que otro y así lo comunica a los alumnos; decide volver sobre un tema anterior que no quedó claramente expuesto; el funcionario asesor decide emitir determinada opinión en un informe o dictamen,<sup>3</sup> etc.

2.2. *Actos jurídicos*: son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un de-

<sup>2</sup>Para un mayor desarrollo del punto, ver *supra*, t. 1, cap. X, § 4, “Actos y hechos de la administración.” Ver también GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Actividad administrativa interna, interorgánica e interadministrativa” en AA.VV., *Jornadas sobre acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap, 2002, p. 335 y ss

<sup>3</sup>En igual sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 282, § 178.

recho o un deber. Estará acá la decisión de designar a una persona en un cargo; de pagar una indemnización, la decisión de un tribunal examinador de dar por aprobada una materia, etc.

2.3. *Hechos no jurídicos*: Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; el profesor da su clase parado o sentado, o camina durante la misma; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado, el ordenanza barre el aula o trae café.

2.4. *Hechos jurídicos*: La posesión de una cosa determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción; el agente de policía que me detiene sin una decisión previa, produce a través de este hecho distintos efectos jurídicos: hace nacer una responsabilidad para él y para la administración y me da el derecho de reclamar indemnización; el agente policial que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo, etc.<sup>4</sup>

### 3. *Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción*<sup>5</sup>

¿Existe alguna razón para distinguir entre actos y hechos de tipo administrativo? La respuesta afirmativa era muy categórica en el derecho administrativo clásico, pero hoy es necesario matizarla.<sup>6</sup>

En efecto, en el pasado era corriente afirmar que los actos difieren de los hechos en que sólo los primeros eran como regla impugnables mediante recursos administrativos y acciones judiciales, en cuanto declaraban inequívoca y expresamente una determinada voluntad administrativa, mientras que los hechos a veces no eran susceptibles de tal impugnación, en atención a no traducir explícitamente la voluntad del Estado, aunque pueden comprometer la responsabilidad de éste. Se estaba así ante un problema aparentemente insoluble, aunque diversos mecanismos legislativos fueron instituidos para superar ese dilema. Hoy en día se tiende a admitir también la impugnación de comportamientos administrativos que no revisten la forma de acto, pero se mantienen de todos modos los creados para transformar el silencio en acto expreso o tácito, como pasaremos a ver.

El silencio era tradicionalmente —en palabras de MARIENHOFF— “conducta inexpressiva” de la administración; otros autores lo denominaron un “no acto.”<sup>7</sup> Ello tenía importante significado en un pasado no muy lejano: La apertura de

<sup>4</sup> SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, t. I, México, 1974, 6ª ed., pp. 255-6

<sup>5</sup> El caso específico del acto o manifestación de voluntad derivado del silencio lo tratamos con más detalle en el cap. X, § 9.4, “El silencio.”

<sup>6</sup> *Infra*, cap. X, § 9.4.

<sup>7</sup> Así MEDAUAR, ODETE, *Direito administrativo moderno*, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed., p. 165; BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II (*Adjetivo*), Lima, Gaceta Jurídica Editora, 1997, 2ª ed., p. 45.

la instancia judicial requería la existencia de un acto y en su defecto utilizar el mecanismo del silencio administrativo.

Así era el antiguo sistema procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, que cambió con la reforma constitucional y el nuevo código procesal administrativo.<sup>8</sup> La creación de la justicia procesal administrativa en la Provincia de Buenos Aires ha significado el abandono de un concepto feudal de administración sin control, y no son pocas las tensiones que ello ocasiona a los órganos políticos de la gobernación y las municipalidades: una de ellas es esta imposibilidad de dar siempre el silencio y la omisión como respuesta a los problemas públicos. Ahora se los puede conminar judicialmente a resolver.

No es pues del todo exacto que “El silencio, pues, no es nada en sí; materialmente es inactividad, vacío en el obrar; pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada. Esta significación puede ser positiva o negativa.”<sup>9</sup> Esto supondría que si el ordenamiento no colorea el silencio de algún significado, es un mero hecho administrativo no productor de efectos jurídicos directos: por eso el ordenamiento instituye el amparo por mora de la administración para obligarla a dar un pronunciamiento expreso y da lugar a responsabilidad de la administración y del funcionario.<sup>10</sup>

En todo caso es el símbolo de una administración que no funciona,<sup>11</sup> o más exactamente *disfuncional*, pues deliberadamente pervierte los roles que los par-

<sup>8</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. B, § 8 a 12, pp. 34-42; *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, secc. B, § 8 a 12, pp. 49-58; GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127/8; HUTCHINSON, TOMÁS, *Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Scotti, 2005, pp. 128-145; BOTASSI, CARLOS A., “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial y su incidencia sobre la Ley de Procedimiento Administrativo,” *JA*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005-0-5. En cuanto a la aplicación supletoria del código procesal civil y comercial ver, en un tema de mucha actualidad en dicha jurisdicción local, RODRIGUEZ, CECILIA MARA, “El estado actual de la jurisprudencia sobre la recusación sin expresión de causa como «procedimiento de elección del magistrado» en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2007-A, 772.

<sup>9</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 330.

<sup>10</sup> ETCHEVERRIGARAY, PEDRO M., “Eficacia al amparo por mora: entre el derecho a peticionar y la ética pública,” nota a *Elster Amco Sudamérica*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 2007-A, 250.

<sup>11</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, “El silencio administrativo,” en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 159 y ss., p. 162; “Hacia una nueva configuración del silencio administrativo,” *REDA*, 49: 74, Madrid, Civitas, 1986; NIETO, ALEJANDRO, “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después,” *Documentación Administrativa*, n° 208, Madrid, 1986. A su vez, ver también en *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, Civitas, 1993, PAREJO ALFONSO, “El silencio administrativo en la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común,” p. 559 y ss.; BOQUERA OLIVER, “La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto,” p. 599 y ss.; SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, “El llamado «silencio administrativo»: un escándalo en el estado de derecho,” p. 617 y ss. Ver también *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.”

ticulares y la justicia deben jugar en la sociedad. Obliga a actuación privada y judicial donde debió haberla administrativa: Esa ineficacia recae sobre los particulares y sobre la justicia, recargando perniciosamente su trabajo, por la falta de trabajo y decisión administrativa, positiva o negativa, en tiempo oportuno. Hace entonces necesario interponer reclamaciones previas, pedidos de pronto despacho, amparo por mora de la administración, acciones de responsabilidad, etc., o juicios para que la administración cumpla con sus obligaciones: caso típico, *Viceconte* y sus advertencias a los funcionarios.<sup>12</sup> Otra variante es invocar y ampararse en la normas que confieren a tales pedidos y reclamos sea efectos negativos (lo ordinario) o admisivos o positivos. (Lo menos común, tradicionalmente, aunque se propugna la extensión normativa del criterio.) En el segundo caso el efecto es que, transcurrido determinado lapso sin que la administración se pronuncie, el interesado tiene el derecho de considerar producida una denegación tácita suficiente para interponer los recursos o acciones administrativos y judiciales pertinentes, equiparándose entonces a los “actos” de la función administrativa.<sup>13</sup> Es un derecho del particular,<sup>14</sup> quien puede a su libre arbitrio *exigir* una decisión expresa, a través del amparo por mora de la administración,<sup>15</sup> que salvo alguna excepción en el pasado<sup>16</sup> tiene un aceptable funcionamiento entre nosotros,<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva” y “Los grandes fallos de la actualidad,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed, cap. XI.

<sup>13</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 10 y concordantes, art. 23, inc. c), art. 24, inc. a), art. 26, art. 31. Es más superadora la tesitura de permitir demandar tanto ante el acto, el hecho, la omisión, o el simple silencio, privándole entonces de un régimen especial salvo el derecho del particular a obtener un acto expreso si así lo desea; o, como en nuestro sistema, merced al amparo por mora de la administración que la obliga a pronunciarse y dar sus fundamentos, o mostrarse sin ellos. Expresa MORILLO-VELARDE PÉREZ, *op. cit.*, p. 162: “el silencio administrativo aparece inevitablemente como el emblema de la ineficacia y de la arrogancia administrativas.” Pero no siempre es mera ineficacia: puede también ser deliberada y maliciosa omisión para evitar tener que intentar justificar lo injustificable. Es el recurso de los malos políticos y los malos gobiernos.

<sup>14</sup> Ver “Amparo por mora y derecho a una decisión fundada,” nota a CNCiv., Sala B, *Donati, LL*, 1995-D, 306, y en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 42-4. La SCJBA, *Verchick, JA*, 2003-III, 244, destacó el carácter opcional entre tomar el silencio como negativa y el derecho fundamental a obtener una decisión fundada y oportuna. Ver también ETCHEVERRIGARAY, PEDRO M., “Eficacia al amparo por mora: entre el derecho a peticionar y la ética pública,” nota al fallo *Elster Amco Sudamérica S.A.*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 2007-A, 250, ya citado.

<sup>15</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.” En la Provincia de Buenos Aires antes del código procesal administrativo parte de la jurisprudencia aplicaba la ley de amparo para exigir un pronunciamiento; HUTCHINSON, TOMÁS, *Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires, op. cit.*, pp. 349-358; OROZ, MIGUEL H.E., “Actualidad en Derecho Administrativo,” *LNBA*, 2005-6-708; ETCHEVERRIGARAY, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Así el caso que comentara BARRA, “Un nuevo retroceso,” *ED*, 117: 523, año 1985.

<sup>17</sup> Ver nuestras notas breves “El interés legítimo en el amparo por mora,” nota a CNFed. CA, Sala II, *Luis Gómez S.R.L., LL*, 1996-A, 637; *Cien...*, *op. cit.*, § 23, pp. 80-2; “Informalismo y amparo por mora,” nota a CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81 y *Cien...*, *op. cit.*, § 49, pp. 129-30; “Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo nacional,” CNFed. CA, Sala V, *Wolcken, LL*, 1998-E, 539; *Cien...*, *op. cit.*, § 97, pp. 198-9; “La mora administrativa es materia procesal administrativa,” CNFed. CA, Sala II, *Fernández, DJ*, 1997-2, 938, *Cien...*, *op. cit.*, § 70, pp. 154-5; “La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos,” CNFed. CA, sala II, *Bustos, LL*, 1995-D, 311, *Cien...*, *op. cit.*, § 7, pp. 44-7.

aunque generalmente la administración contesta con un acto antedatado dando respuesta por supuesto adversa al requerimiento del particular,<sup>18</sup> y existen algunas dificultades no siempre resueltas;<sup>19</sup> en la CABA la ley de amparo mejora sensiblemente el instituto.

Como se advierte, la distinción ha sido consagrada en alguna medida por el derecho positivo; pero ella es pasible de dos observaciones:

3.1. Por una deficiencia ocasional del derecho positivo,<sup>20</sup> no se ha previsto en todos los casos que sería necesario un procedimiento de superación del silencio, con el resultado de que en alguna hipótesis se produce una situación de indefensión del individuo, imposibilitado como está de interponer un recurso (pues no hay acto) o de provocar compulsivamente la emanación de un acto<sup>21</sup> que pueda recurrir: El silencio, en tales casos, causa un agravio al particular, sin que el orden jurídico lo faculte *ope juris* para proseguir un trámite ulterior de recursos, o interponer directamente la acción judicial con la pretensión a que se considere con derecho.<sup>22</sup>

3.2. Hay pocos casos en los cuales puede de cualquier manera interponerse recurso o acción judicial, aún no existiendo decisión expresa de la administración y sin darse tampoco el caso de denegación tácita y por transcurso de determinados lapsos legales.<sup>23</sup>

<sup>18</sup>“Antedatar sin costas,” *Bonfiglio*, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1997-B, 405; *Cien...*, *op. cit.*, § 57, p. 135.

<sup>19</sup>“¿Cuánto vale un amparo por mora?,” nota a *Garín*, CNFed. CA, sala III, *LL*, 1997-A, 84, *Cien...*, *op. cit.*, § 51, p. 131; “El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora,” nota a *Fernández Vital*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-F, 288, *Cien ...*, *op. cit.*, § 74, pp. 163-4; “El dédalo administrativo en el amparo por mora de la administración,” nota a *Niers de Pereyra*, CNFed. CA, sala I, *LL*, 1998-A, 295, *Cien...*, *op. cit.*, § 78, pp. 172-3; “La administración pública como doble agente de privación de justicia,” nota a *Ojea Quintana*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-F, 289, *Cien...*, *op. cit.*, § 75, pp. 164-5; “El Estado y sus órganos como demandados en los juicios en general y en el amparo por mora,” *LL*, 1998-D, 207, nota a *Masily S.A.*, CNFed. CA, sala V, *LL*, 1997-D, 725, *Cien...*, *op. cit.*, § 87, pp. 184-5.

<sup>20</sup>Ello no ocurre tanto en el derecho nacional, a partir del decreto-ley 19.549/72, con las salvedades expuestas en la *Introducción* de este t. 3. Muchas provincias han adoptado iguales recaudos procesales.

<sup>21</sup>No es necesario en la Prov. de Buenos Aires: art. 1º, inc. 1º) del código.

<sup>22</sup>Ampliar y comparar en MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss. En el decreto-ley 19.549/72, art. 28, se prevé un amparo por mora de la administración, cuando hubiere dejado vencer los plazos fijados, o excediere un plazo razonable, “sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado.” La justicia fija un plazo para que se informe sobre la causa de la demora y luego “resolverá lo pertinente acerca de la mora,” lo cual no supone a nuestro juicio la atribución de darlo por denegado, pues el interesado tiene derecho a una decisión expresa de la administración. Sin embargo podría darse el supuesto de que el mismo juez haga lugar a la pretensión, transformando la vía en amparo simple: *Kreutzer*, CNCiv, Sala M, *LL*, 1997-F, 244, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora.”

<sup>23</sup>En nuestro país el amparo procede tanto contra actos como hechos administrativos: LAZZARINI, JOSÉ LUIS, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 161 y 371.

Ello provoca incertidumbre sobre la vigencia y conveniencia de la distinción entre acto y hecho de naturaleza administrativa y hace que más de un autor quiera dar una extensión muy amplia a la noción de “acto” para otorgar de ese modo una base mayor de defensas al individuo; en este razonamiento, cuantos más sean los casos en que pueda estimarse que existe un “acto,” tantos más serán los casos en que podrán emplearse los recursos existentes y viceversa. Por esta razón, posiblemente, algunos autores admiten con mucha amplitud que pueda haber actos tácitos de la administración, aún sin norma expresa que lo establezca,<sup>24</sup> o meras actuaciones materiales que reciban de todos modos la calificación de actos administrativos,<sup>25</sup> o que, lisa y llanamente, afirman que actos y hechos administrativos son la misma cosa.<sup>26</sup> Pero más allá de estos intentos, lo cierto es que la tutela contra el silencio es débil, como lo explicamos en la Introducción.

#### 4. Por qué se distinguen los actos de los hechos

A pesar de que la orientación no deja de ser loable no se ajusta plenamente al derecho positivo. Sobre todo, dado el estado actual de la legislación y jurisprudencia, parece difícil abandonar totalmente la distinción. A ello se opone otro tipo de consideraciones, que si bien tienen una menor importancia relativa y valorativa, no pueden tampoco ser dejadas de lado.

##### 4.1. *Certeza jurídica: la fundamentación del acto*

En primer lugar, se postula una razón de certeza jurídica que haría desaconsejable otorgarle a una mera actuación material el carácter de expresión de voluntad que pueda ser controvertida mediante un recurso o tenida como aceptación de lo peticionado. Esa razón sería valedera si los tribunales fueran exigentes en sancionar con la nulidad insanable a todo acto que no estuviere suficiente y razonablemente fundamentado, como en derecho corresponde.<sup>27</sup> En tal caso ayudaría a la seguridad jurídica tener actos en lugar de silencios contruidos en sentido positivo o negativo; pero como la verdad es que la justicia tolera impasible que el acto esté totalmente infundado, o fundado de manera no seria, o que se lo suponga motivado por algún dictamen previo o alguna explicación posterior, entonces la seguridad jurídica no milita demasiado en pro de esta tesitura.

Desde otro ángulo, existe hace tiempo una tendencia a no hacer imperioso para el particular obtener todas las autorizaciones y permisos administrativos que

<sup>24</sup>DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 2ª ed., pp. 232-4; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 310.

<sup>25</sup>FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 283; FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, 1964, 2ª ed., p. 46; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 250-1.

<sup>26</sup>DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 115: “En el concepto de acto administrativo están comprendidos también los hechos.”

<sup>27</sup>Nos remitimos al desarrollo del cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

suelen requerirse para ejercer un comercio o industria lícita y conferir entonces al silencio de la administración el sentido de asentimiento tácito, por vía de normas generales que así lo establezcan;<sup>28</sup> pero por lo general están más en el campo de las intenciones que de la realidad del derecho positivo vigente.

También existe en el derecho urbanístico norteamericano el concepto de construir a cuenta y riesgo del propio profesional, en el sentido que ejecuta la obra conforme a las regulaciones edilicias y urbanísticas pertinentes, bajo pena de demolición a su cargo de lo mal construido. Empero, esa solución no parece muy aplicable a nuestro medio con su permanente incertidumbre normativa en materia urbanística y edilicia. Planteado en tales términos el problema, bien puede afirmarse que “El silencio administrativo, tanto en su versión positiva como negativa, sólo es remedio apropiado cuando la inactividad es conducta excepcional. Pues el primero reiterado invita a la anarquía y es muestra de desgobierno y el abuso del segundo aboca a los administrados a la desesperación.”<sup>29</sup>

Si bien es cierto que en muchos casos puede inferirse claramente cuál es la voluntad o el criterio a que un hecho responde, existen muchos otros casos en los cuales no podría decirse concretamente que la intención o el deseo del Estado ha sido uno determinado: es que, en la realidad administrativa, la falta de un pronunciamiento expreso generalmente indica precisamente una falta o carencia de voluntad de la administración, pues no puede olvidarse que la administración se compone de una multiplicidad de órganos que atienden cada uno una multiplicidad de cuestiones. Si un órgano no toma formalmente una decisión o no formula expresamente una declaración, ello es índice probable de que no tiene voluntad alguna sobre el problema, o incluso que ni siquiera lo conoce; también puede ser índice de que está esperando una propuesta del interesado contraria a la CICC.<sup>30</sup>

No podría en tales casos afirmarse con certeza que la administración tiene una voluntad dada; por ello, al no haber un pronunciamiento del órgano, la mera actuación material frecuentemente es insuficiente para establecer cuál es la opinión o la voluntad de la administración en el caso concreto.

Así la voluntad administrativa sólo estará claramente especificada a través de los actos; si bien esa voluntad también puede ser inferida de ciertos comportamientos materiales de la administración, tal interpretación no tiene la certeza que confiere la expresa manifestación de voluntad: en consecuencia, la regla general se formula en relación a aquellas actividades que confieren esa certeza, o sea los actos administrativos; sin perjuicio de que, por excepción, se apliquen

<sup>28</sup> Ampliar en MARTÍN MATEO, RAMÓN, “Actos tácitos y actividad autorizante,” *REDA*, 4: 25 (Madrid, Civitas, 1975); MURATORIO, “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” *op. loc. cit.*

<sup>29</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, *op. cit.*, p. 162.

<sup>30</sup> Ver nuestros arts. publicados en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV-1269. También “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, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

también sus principios a algunos comportamientos materiales susceptibles de una interpretación clara y precisa de la voluntad que los origina y emana. Como se advierte, la sólo formulación de la alternativa muestra la incertidumbre que ella produce al destinatario de la conducta administrativa.

#### 4.2. *Índole de los efectos jurídicos*

Una segunda diferencia es la que a veces ha sido expresada impropriamente en las definiciones que dicen que el acto administrativo está “destinado a producir efectos jurídicos,” mientras que el hecho administrativo no está “destinado a producirlos,” sin perjuicio de que de todos modos los produzca.<sup>31</sup> Vimos ya que no se trata de que haya una voluntad administrativa persiguiendo el “fin” de que ciertos efectos surjan del acto (pues no siempre hay tal fin, ni él corresponde siempre a una voluntad psíquica), sino de que *objetivamente* ciertos derechos o deberes emerjan del acto, que éste sea jurídicamente apto para producirlos.

Pues bien; existe una diferencia en la índole e importancia de los efectos jurídicos que emanan de un acto y de un hecho administrativo. En el caso del acto, su efecto jurídico principal y fundamental es operar una modificación en el orden jurídico,<sup>32</sup> creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho; el hecho, en cambio, normalmente no produce tales consecuencias jurídicas. Sus efectos jurídicos, cuando los tiene, son más débiles, tales como contribuir a crear derechos por vía consuetudinaria (si ella es admitida como fuente),<sup>33</sup> ayudar a la interpretación de un contrato a través de su ejecución o inejecución, o generar responsabilidad administrativa si ha ocasionado un daño.<sup>34</sup>

En cambio, a nuestro modo de ver, el hecho es inoperante para generar *deberes* de los individuos frente a la administración, en cuanto se trata de una mera operación material que no explicita formalmente una determinada decisión o declaración administrativa. Distinto es el caso, desde luego, en que el acto administrativo se manifiesta por signos, señales, etc., o en que resulta de actos escritos en forma tácita o presunta: pero allí volvemos al campo del acto administrativo y salimos de la hipótesis del hecho administrativo.

<sup>31</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. II, § 6, “Procesos en que se aplica” y § 7, “El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor.”

<sup>32</sup> RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1962, 2ª ed., p. 88 y ediciones posteriores.

<sup>33</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 19, “La costumbre. Concepto y admisibilidad en general.” Los fallos que admiten el precedente administrativo como fuente o coadyuvante en la solución del caso se refieren a actos administrativos formales. Conf. CNFed. CA, Sala I, *Asociación de Balanceadores; Buffano; Rava, LL*, 1996-C, 457, con nota en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 38, “La práctica administrativa,” pp. 104-6; Sala IV, *Peluso*, 1989. Ampliar en COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126, texto y nota 37.

<sup>34</sup> RIVERO, *op. cit.*, p. 83: “cualquiera que sea su importancia práctica, su rol jurídico se mantiene secundario: si ellos pueden dar nacimiento a obligaciones, es de manera indirecta —p. ej.— causando un daño que abre un derecho a reparación en favor de la víctima.” A pesar de la indubitable formación democrática y a favor de los derechos individuales del gran talento y maestro RIVERO, puede apreciarse a través de él la fuerza que el pensamiento del acto administrativo trae desde Francia: de allí la advertencia que formulamos en la “Introducción.”

#### 4.3. Presunción de legitimidad. Términos de impugnación. Consentimiento

En tercer lugar, debe advertirse que una de las consecuencias de reconocerle a cierta actividad administrativa el carácter de “acto administrativo” será su presunción de legitimidad y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como así también el nacimiento de los términos para impugnarlo (pasados los cuales, en algunos casos el acto se reputará consentido). Estamos sin duda en desacuerdo con la extensión que se brinda a este supuesto, como veremos a lo largo de este libro, pero nuestro desacuerdo o disgusto no puede llevarnos a explicar de cierto modo lo que en la realidad es de un modo distinto.

Ello no ocurre con el mero hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen tal presunción, no le son aplicables tampoco los argumentos que fundamentan a ésta en el caso de los actos administrativos, ni tampoco la jurisprudencia se la ha reconocido. Por otra parte, así como no proceden recursos contra ellos (por regla general), así tampoco empiezan a correr los términos de impugnación por algún recurso administrativo o judicial, a partir del conocimiento del hecho, salvo que la norma lo diga expresamente, lo que no es común: Los términos sólo nacen con la notificación formal de un acto y en ausencia de éste *no puede haber consentimiento a la conducta administrativa*.<sup>35</sup> Finalmente, el hecho no tiene fecha cierta, a diferencia del acto, que sí la tiene.

Esta regla tampoco es absoluta para la protección de los derechos de los individuos, pues si el hecho constituye un hecho dañoso, es a partir del comienzo de su producción que la jurisprudencia cuenta el escasísimo plazo de la prescripción de la acción de daños. Más de uno ha perdido sus derechos por esta circunstancia y el estar demasiado atento a los actos de la administración, que no a sus comportamientos dañosos sin expresarse en el papel, se ha descuidado en los plazos. Este argumento, como bien se advierte, milita en contra de la tendencia a distinguir entre actos y hechos a los efectos de poder acudir a la justicia.

#### 4.4. La sanción de nulidad

Una cuarta diferencia que puede recogerse entre actos y hechos es que los primeros reciben como primera sanción la nulidad o anulación, mientras que los segundos no se anulan sino que generan en todo caso responsabilidad de la administración<sup>36</sup> o, con suerte, una sentencia de condena a realizar acciones o prestaciones determinadas. En materia de actos, entonces, además de la posible

<sup>35</sup> Lo dicho se refiere a los términos para interponer recursos administrativos o judiciales, que usualmente son cortos; en cambio, el término de *prescripción* de las acciones, de acuerdo al derecho de fondo, sí se cuenta indistintamente a partir de los actos o de los hechos. Con todo, dado que estos términos son usualmente largos, no presentan dificultad en la práctica porque su cómputo se inicie con la comisión del hecho.

<sup>36</sup> VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, UTET, 1962, p. 318. Por cierto, ello es sin perjuicio de que también se ordene reponer las cosas al estado anterior a la comisión del hecho, o se corrijan de otro modo sus efectos materiales.

responsabilidad, la primera y elemental sanción es la nulidad o en su caso sustitución del acto por la propia administración o por la justicia, según explicamos en el parágrafo 8.3. de la Introducción.

Los ordenamientos jurídicos locales de una etapa intermedia de evolución conocen de un recurso de *anulación*, cuyo objeto principal es lograr de un tribunal la declaración de nulidad del acto administrativo. Es claro que este recurso no puede ser aplicable a los hechos administrativos. No quiere esto decir, tampoco, que la solución legal sea encomiable,<sup>37</sup> pero es otra realidad que debe tomarse en cuenta.

#### 4.5. *El derecho positivo*

Por último, debe recordarse que si bien el ordenamiento positivo no siempre hace una distinción formal entre ambas situaciones, ni la hace siempre de la misma manera, deja de todos modos sentado que los actos no reciben el mismo tratamiento que los hechos. El decreto 1759/72, *v. gr.*, establece que el recurso jerárquico procede contra “todo *acto administrativo*” (art. 89); del mismo modo, toda la legislación especial que en el orden nacional contempla recursos judiciales directos, lo hace “contra las resoluciones,” las “decisiones” o los “actos” de la administración.<sup>38</sup> Lo mismo cabe decir de los tradicionales códigos “contencioso-administrativo” provinciales<sup>39</sup> y de los proyectos más antiguos sobre la materia.<sup>40</sup>

En el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires los mecanismos son diferentes según que la pretensión ataque un acto, un hecho o una omisión de la administración, aunque la norma privilegia la *pretensión procesal* por sobre la conducta que le da origen. Del mismo modo la Constitución nacional tutela el derecho de incidencia colectiva también en la acción de amparo.

Por el momento, no existe uniformidad legislativa ni jurisprudencial que permita unificar en su tratamiento jurídico al acto y al hecho, pues los mecanismos de mora y silencio siguen vigentes salvo para la acción de amparo, no demasiado agraciada con el éxito;<sup>41</sup> todo ello nos muestra cómo está reflejada y recibida en la realidad una distinción entre los actos (sean decisiones, resoluciones, certifi-

<sup>37</sup> Señalamos algunas dificultades *supra*, t. 2, cap. XIII, § 1, “Dificultades del tema” y ss.

<sup>38</sup> Ver DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964, p. 5 y ss. En el mismo sentido CABA, art. 108; GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo Decreto Ley 19549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis / Depalma, 2003, pp. 545-548.

<sup>39</sup> Ver ARGANARÁS, MANUEL, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 41 y ss.: reproduce y compara las normas de los distintos códigos vigentes a la época. El desarrollo ulterior, muy mejorado, mantiene la distinción entre actos, hechos y omisiones.

<sup>40</sup> DANA MONTAÑO, art. 17 y ss.; DIEZ-AVILA-GORDILLO, arts. 1º, 15 y 16.

<sup>41</sup> *Cien notas...*, *op. cit.*, § 5, “Consejo para amparistas. Medio ambiente,” pp. 39-41; § 33, “Rechazo *in limine litis* del amparo,” pp. 96-9; § 45, “Excepción de defecto legal y rechazo de amparo *in limine litis*,” pp. 124-5; § 50, “Amparo: nunca, jamás,” pp. 130-1; § 65, “El moribundo amparo,” pp. 145-9; § 88, “Rechazo *in limine* de la acción de amparo: que sea excepcional, no normal,” pp. 185-7.

caciones, etc.) y los hechos (en cuanto operaciones materiales que no se traducen en lo anterior) administrativos.

#### 4.6. Conclusión

En conclusión, en la actualidad no queda más remedio que mantener una distinción entre los actos administrativos, los comportamientos materiales y las omisiones, sin que ello signifique que el particular deba quedar desguarnecido frente a los hechos, o que el concepto de acto deba interpretarse en forma muy restringida; por el contrario, debe tratarse de extender la protección judicial plena y efectiva a la mayor parte de situaciones que sea posible<sup>42</sup> y de crear procedimientos que protejan al individuo frente a la actuación material u omisiva de la administración, cuando ella no aparece plasmada en decisiones o declaraciones administrativas formales,<sup>43</sup> como también fortalecer el desarrollo de las acciones de clase contra la administración.

### II. Alcance de la distinción entre acto y hecho

#### 5. El acto administrativo como manifestación de voluntad

Llega ahora el momento de establecer cómo se expresará el concepto de acto por oposición a hecho. La primer solución que acude al pensamiento es decir que se trata de una manifestación de voluntad o de una declaración de voluntad, trasladando así al derecho público la noción símil de acto jurídico del derecho privado. Es ésta la noción que ofrecen los autores tradicionales<sup>44</sup> y algunos modernos.<sup>45</sup> Sin embargo, ya señaló FORSTHOFF que hablar de voluntad del órgano administrativo no es más que una figura de lenguaje, una *façon de parler*, que no responde a la realidad, si por voluntad se quiere entender la voluntad psíquica del funcionario actuante,<sup>46</sup> ya hemos explicado que el acto no es aquel “destinado

<sup>42</sup> Este criterio se ha generalizado en doctrina, p. ej. URRUTIGOITY, JAVIER, “El principio de tutela administrativa efectiva,” *JA*, 2005-IV-1383; *supra*, t. 2, cap. XIV y nuestros arts. “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union/La Constitution de l'Union Européenne*, “European Public Law Series,” LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294; *European Public Law Review/Bibliothèque de droit public européen*, vol. 16, n° 1, 2004, Esperia, Londres, pp. 281-94. PRIETO, KARINA, “La justicia en la Unión Europea,” *LL*, 2002-F, 164.

<sup>43</sup> Conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 175, p. 276.

<sup>44</sup> HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1927, p. 356; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1941, 7ª ed., p. 177 y ss.; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1955, 9ª ed., p. 167.

<sup>45</sup> STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 37 y ss.; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 388; BREWER CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 120; CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1968, 8ª ed., § 179; VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 112.

<sup>46</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289; BREWER CARIAS, *Las instituciones...*, *op. cit.*, p. 100; KELSEN, HANS, *Teoría general del Estado*, México, 1957, p. 348.

a producir” efectos jurídicos sino simplemente aquel que objetivamente es apto para producirlos.<sup>47</sup>

#### 6. *El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión*

Pero a más de lo ya expresado cabe agregar que el concepto es de todos modos insuficiente, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teológico, con una indicación de fin, por lo que no toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administradores de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto (o sea, sin constituir decisiones con un fin trascendente).

Si bien algunos autores han negado importancia a la distinción entre manifestaciones de voluntad y declaraciones de conocimiento, otros en cambio defienden la distinción;<sup>48</sup> pero, aceptando la diferenciación, debe desprenderse de ella la consecuencia de que tales declaraciones constituyen actos administrativos, sujetos en general a sus mismos principios. En tal sentido, el acto por el cual la Universidad expide un diploma no es estrictamente una decisión o manifestación de voluntad, sino más bien la declaración administrativa de que le consta que un alumno ha terminado la carrera. Es pues una certificación o atestación, que consta en un diploma o certificado y es un acto administrativo en pleno sentido del término. Si una persona se recibe de abogado y le dan un diploma de procurador, puede impugnar dicha certificación, como si se tratara de una decisión.

El acto administrativo puede así, en primer lugar, ser un acto de registro o registral, en el cual la administración anota ciertos hechos a los que se quiere conferir autenticidad:<sup>49</sup> Nacimiento, defunción, etc., o inscribe en un registro público ciertos actos pasados entre particulares: Inscripción de una hipoteca, etc.<sup>50</sup> Como consecuencia directa, la administración puede luego (y a veces simultáneamente) otorgar actos que dan cuenta de su conocimiento o registro de tales hechos o actos, los que constituyen entonces una atestación, es decir, la *certificación* de un hecho llegado a conocimiento de la administración. Tal el caso de un certificado de nacimiento, de defunción, de domicilio; un documento de identidad, un diploma que certifica los estudios cursados y aprobados, etc.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> En el cap. precedente, § 6.

<sup>48</sup> Ver VIGNOCCHI, GUSTAVO, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 49 y ss. En este criterio, las decisiones tienen por fin crear relaciones jurídicas y las certificaciones sólo tendrían el fin genérico de tutelar la fe pública y la certeza de las relaciones jurídicas (*op. cit.*, p. 53), no persiguen un fin ulterior inmediato.

<sup>49</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 429.

<sup>50</sup> Así el decreto-ley 17.417/67, cuyo art. 14 incluso prevé “recursos registrales” contra los actos de inscripción, anotación, etc.

<sup>51</sup> RANELLETTI, ORESTE, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, Giuffrè, 1945, 7ª ed., p. 3; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1958, p. 242 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso de diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, 8ª ed., p. 197; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 342; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 198.

Más no sólo eso; el acto administrativo también puede ser la expresión de una *opinión o juicio* sobre una determinada situación o hecho: Certificado de salud, de higiene, de estanqueidad o navegabilidad, etc.<sup>52</sup>

Con todo, debe destacarse que es más bien excepcional que una opinión produzca efectos jurídicos directos; aun en los casos expresados podría sostenerse que más que una opinión apta para producir efectos jurídicos, nos encontramos ante una certificación o atestación. Por lo demás, el dictamen o informe, aun en los casos en que está exigido por una norma expresa, no es un acto administrativo productor de efectos jurídicos directos, aunque pueda viciar un acto posterior si dicho dictamen no se produce en debida forma.<sup>53</sup> Hay también casos complejos, en que el acto participa de los caracteres tanto de la decisión, como de la certificación y el juicio, como ocurre con la denominada “declaración” que aprueba el “informe” de impacto ambiental en el Código de Minería.<sup>54</sup>

Por ello debe desecharse, en suma, tanto la equiparación del acto administrativo a la manifestación de voluntad<sup>55</sup> o a la estricta decisión.<sup>56</sup> Ahora bien, expresar en su lugar que acto administrativo es “una declaración [...] de voluntad, de opinión, de juicio, de conocimiento”<sup>57</sup> o una “declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio,”<sup>58</sup> es reiterativo y fatigoso, sin ninguna necesidad de orden conceptual que obligue a esa enumeración.<sup>59</sup>

### 7. El acto administrativo como declaración

Creemos que con decir declaración es suficiente, si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación<sup>60</sup> de un proceso intelectual,<sup>61</sup>

<sup>52</sup> RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 197; GASPARRI, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1948, p. 273.

<sup>53</sup> Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 431. CNFed. CA, Sala IV, *Astilleros Fueguinos*, 2005; CNFed. CA, Sala I, *Aliment AR SA*, 2006; *Millán, LL*, 2005-C, p. 466. La Sala II del Tribunal Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que los dictámenes u opiniones de la Dirección Provincial de Rentas no constituyen actos administrativos, *Lombardi*, 29-VIII-2000.

<sup>54</sup> Ver SARAIVA, LUIS ADOLFO, “La minería, las externalidades y el Doctor Coase,” *LL*, 1998-E, 1093, 1101/5.

<sup>55</sup> Lo destaca con mayor énfasis FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

<sup>56</sup> Como lo hace BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed.; 1964, 6ª ed., pp. 3-4.

<sup>57</sup> RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3, § 3.

<sup>58</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 243; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 366; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, 1978, 6ª ed., p. 195.

<sup>59</sup> Es aplicable a otras definiciones que hablan de “declaración, disposición, decisión,” etc.

<sup>60</sup> El término suele aparecer en las obras italianas, p. ej., ALESSI, RENATO, *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 64 y 79; RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3. Según BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo. Visión jurisprudencial*, Rosario, Juris, 1993, p. 94, es un “término que si bien [...] podría arruinar cualquier página, es ilustrativo,” pues “vale como exteriorización del pensamiento opuesto al de un comportamiento material,” texto y nota 7.

<sup>61</sup> Como dice RANELLETTI, *op. cit.*, p. 3, § 4, “Declaración es la extrinsecación, esto es la traducción en el mundo externo del pensamiento o de la voluntad de un sujeto.” Conf. MARCER, ERNESTO A., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 126.

comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad —dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento —atestación o certificación) y opinión o juicio.<sup>62</sup>

En efecto, al hablar de declaración se indica claramente que se trata de una exteriorización intelectual por oposición a material, con lo que se da la nota característica del acto y su diferenciación con el hecho y se abarca tanto el caso en que ese intelecto persigue un efecto jurídico de cualquier tipo como aquel en que el fin se agota en la emisión del mismo. Es innecesario aclarar que una declaración puede serlo tanto de voluntad, como de conocimiento, opinión o juicio. Es también innecesario aclarar que una declaración puede ser una decisión, pues ello es obvio.<sup>63</sup> Por otra parte, tampoco se corre el riesgo de que por su amplitud abarque hipótesis que no deba, siempre que se tenga cuidado de aclarar, como ya lo hicimos, que el concepto de acto administrativo queda restringido a las declaraciones productoras de efectos jurídicos inmediatos. Por ello, pues, *declaración* en nuestro concepto significa e involucra tanto a la decisión, pronunciamiento o manifestación de voluntad; como a la certificación, atestación, o conocimiento y al juicio u opinión apta para producir efectos jurídicos directos: no, pues, al dictamen.<sup>64</sup>

### 8. Diferencia entre declaración y ejecución material

En la práctica puede haber dificultades para distinguir el acto administrativo (es decir, la declaración, en particular la declaración de voluntad) del hecho administrativo. En efecto, la declaración debe encontrar una traducción al discurso o al lenguaje del mundo externo para poder ser tomada en consideración en cuanto acto por el orden jurídico. Esa forma exterior puede ser expresa o tácita, positiva o negativa,<sup>65</sup> pero cabe señalar que la ejecución *material* del acto administrativo comporta por lo general tan sólo un hecho administrativo,<sup>66</sup> por lo que una decisión que se infiera del conocimiento material de su ejecución superpone el concepto de acto y hecho.

¿Cómo saber si nos encontramos en presencia de un acto o un hecho en estos casos en que la voluntad se da a conocer al mundo exterior directamente en la ejecución de dicha voluntad? Supongamos que la decisión de un agente de policía

<sup>62</sup> En igual criterio COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.1 y 2.1.1, pp. 5-8; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 7º y 8º, § 5.1, pp. 183-5; comp. SANTI ROMANO, que en sentido similar habla de pronunciamiento o declaración, *op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, 1927, p. 15.

<sup>63</sup> Y tampoco se justifica restringir el término decisión a los actos concretos y utilizar disposiciones para los actos generales pues con mayor comodidad y claridad pueden usarse y se usan, los tres vocablos tanto para referirse a los actos generales como particulares.

<sup>64</sup> En el mismo sentido MAIRAL, t. I, *op. cit.*, § 179, p. 282.

<sup>65</sup> RANELLETTI, *op. loc. cit.*

<sup>66</sup> Esto no significa que la ejecución de un acto deba siempre ser material, pues también puede un acto ejecutarse, en todo o en parte, a través de otro acto. Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 4, “La actuación del órgano.”

de detener a una persona que perturba el orden se aprecia —es decir, se da a conocer— recién en el hecho de que el agente toma a la persona de un brazo y la lleva a la comisaría;<sup>67</sup> que la decisión de los bomberos de destruir una casa para evitar la propagación de un incendio se conozca o advierta recién al ver que la están destruyendo; que la voluntad de la administración de afectar una calle al uso público se conozca al advertir que se quitan los obstáculos que la cerraban al tránsito. En estos casos hay una voluntad de la administración que se exterioriza, que se traduce al mundo exterior. Sin embargo, es un poco difícil decir que en todos los casos hay un acto administrativo. A nuestro juicio, el término declaración es bastante cercano a la corrección, en cuanto no da idea de manifestación *ejecutada* de algo, sino tan sólo de expresión intelectual —teórica, abstracta— de una idea. Su raíz etimológica así lo indica. Manifestación viene de *manus fendere*, “golpear con la mano,” e indica una demostración de algo con hechos objetivos que hacen saltar a la vista de los demás individuos aquello que se quiere señalar; que lo indica, por así decirlo, groseramente.<sup>68</sup> Declaración, en cambio, proviene de *de-clarus*, poner en claro, aclarar y presupone una expresión más fina, más sutil: *ergo*, una expresión intelectual, ideal, que toma para su expresión y comprensión caracteres del lenguaje natural, escrito o hablado, o simbolismos comprensibles que se hace accesible al intelecto mediante un proceso de análisis y de conversión de los datos simbólicos a nociones o datos reales.<sup>69</sup> Así, la decisión ejecutada se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva: la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc. En cambio, la decisión declarada se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: la decisión de permitir pasar surgirá de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito, la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

### 9. Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos

De lo expuesto resulta que los *actos* son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que los *hechos* son las actuaciones materiales,

<sup>67</sup> Es necesario destacar que en el ejemplo, por supuesto, no estamos suponiendo la licitud del comportamiento.

<sup>68</sup> La distinción que hicimos ya en la primera edición de *El acto administrativo*, 1963, declaración y manifestación de voluntad, con fundamento en su diferente raíz etimológica, que reproducimos aquí textualmente, ha sido seguida por DIEZ, *Derecho administrativo, op. cit.*, 1ª ed., pp. 204-5; pero este autor es quien primero apuntó la existencia de diferencias entre ambos conceptos: DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 109.

<sup>69</sup> Ver la nota precedente: DIEZ, *Derecho administrativo, op. loc. cit.*; *El acto administrativo, op. loc. cit.*: “Declarar el pensamiento quiere decir traducir en signos perceptibles para los sentidos de los demás, los que podrán en su propia mente interpretarlo;” “la declaración siempre es formal y precede a la ejecución del acto.”

las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también en alguna medida es expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse, entonces, que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido convencional o ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien de algunos hechos o actuaciones materiales de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que los ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto. Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad o conocimiento que se dirige o manifiestan al intelecto humano, a su comprensión intelectual en forma discernible como diferente a su directa ejecución material. Aparece allí la forma del acto administrativo; generalmente escrito o por señales o signos automáticos, a veces oralmente.<sup>70</sup>

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza discursiva, simbólica, formalmente como tal y no materialmente a través de su directa ejecución, que requiere suponer o imaginar cuál haya sido la decisión que lleva a tal ejecución material. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que al menos un instante queda allí nomás, como determinación, opinión, o conocimiento: que no se ejecuta en el mismo acto de exteriorizarse.<sup>71</sup> No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse. Lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión,

<sup>70</sup> *Infra*, cap. X. Es el caso de las órdenes de los agentes de tránsito, de los superiores en la administración pública, los docentes en la enseñanza, los guardiacárceles en los institutos de detención, etc. Parte de la doctrina llama a estos últimos regímenes "relaciones especiales de sujeción." Ver PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La categoría de las relaciones especiales de sujeción," en GUILLERMO A. MUÑOZ y JORGE L. SALOMONI (dirs.), *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 131 y ss., y SALOMONI, JORGE LUIS, "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino," en el mismo libro, p. 151 y ss.

<sup>71</sup> En sentido similar DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 109.

una separación conceptual y real entre a) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y b) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

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

El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad, pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o a emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución posible de dicho acto).

#### 10. *Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.*

En los ejemplos del epígrafe es claro, conforme a lo que venimos exponiendo, que hay manifestación inequívoca de voluntad administrativa. No hay en los carteles de prohibición de estacionar una decisión implícita que pueda considerarse no desplegada formalmente; no hay libertad de forma, ni es un acto de forma críptica.<sup>72</sup> Tampoco presentan duda alguna de interpretación al conductor de un automóvil. Diríamos pues que si hay cartel hay acto o reglamento administrativo; en el caso de las normas de estacionamiento el cartel es la expresión misma de la voluntad administrativa.

Sin embargo, los Jueces de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires absuelven las infracciones de estacionamiento en los casos en que el gobierno de la Ciudad puso los carteles pero no ha dictado nunca un acto en soporte papel disponiendo lo mismo que dirá gráficamente el cartel. Es un caso de acto que existe, pero que los tribunales consideran inexistente conforme a la jurisprudencia local por no haberse utilizado una forma válida de expresión de la voluntad administrativa. En cambio no se podría desoir el sonido de un silbato del policía de tránsito, o la señal de alarma de que las barreras están próximas a descender, ni pretender mover las barreras físicas, sean ellas viales, ferroviarias, etc.<sup>73</sup>

A la inversa, la secuencia puede invertirse sin que cambie la solución. Ello ocurre cuando la norma existe en soporte papel y es publicada en el *B.O.* de la Ciudad, pero no se instalan en los lugares pertinentes los carteles de “Prohibido

<sup>72</sup>Todas estas caracterizaciones en BARRAGUIRRE, *op. cit.*, p. 97, nota, para referirse al “acto implícito.” Por su parte ILDARRAZ, BENIGNO; ZARZA MENSACQUE, ALBERTO R. y VIALE, CLAUDIO, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, EUDECOR, 1999, 2ª ed., p. 376, señalan que los “signos de universal entendimiento,” “señales luminosas en los semáforos,” etc., cumplen la misma función “y aún mediante la computación [se] podría registrar las infracciones.”

<sup>73</sup>Comp. ILDARRAZ, ZARZA MENSACQUE y VIALE, *op. cit.*, pp. 375-6.

estacionar.” La inexistencia de cartel, aún habiendo norma que prohíbe estacionar, lleva a la no aplicación de sanciones por mal estacionamiento,<sup>74</sup> con distintas excepciones. Entre éstas cabe computar las normas que se reputan conocidas u obvias aún sin cartel: estacionar en avenida, sobre la mano izquierda, en esquina, sobre senda peatonal, obstruyendo una entrada de rampa, en doble fila, etc.

Tanto las normas de tránsito y estacionamiento como el código contravenacional<sup>75</sup> en general dan lugar a una rica casuística en cuanto a las múltiples variantes que presenta la exteriorización de la voluntad administrativa, entre otros variadísimos problemas.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Allí confluyen la voluntad ciudadana de no cumplir las normas y ejercer señorío absoluto sobre su vehículo, en desmedro de la sociedad y el derecho. Los ejemplos son múltiples: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Fragmentos de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp.77-9, “Derecho público del transporte de carretera.” Ver también *infra*, t. 4, cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

<sup>75</sup> Sobre el cual algo dijimos en el t. 2, cap. V, § 5, “Su cambio en el Estado actual.”

<sup>76</sup> Puede verse, en cuanto al fondo, MILITELLO, SERGIO A., *Código contravenacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999; por lo que hace a los criterios de determinación de la infracción ver BAGNARDI, HORACIO y DONATO, PEDRO ERNESTO, *Código de procedimientos en materia de faltas municipales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 14-7.