

COMENTARIOS BIBLIOGRAFICOS

"EL ACTO ADMINISTRATIVO"

Autor: Agustín A. Gordillo.

Editorial: Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2ª edición, 1969.

Comentario: EDUARDO SOTO KLOSS

Ayudante de la cátedra de Derecho Administrativo de la
Escuela de Derecho de Santiago - Universidad de Chile.

No cabe menos que celebrar profundamente la aparición de una nueva edición "aumentada y corregida" de esta obra del Prof. GORDILLO, cuya "jugosidad" aparece de la sola lectura de su frondoso índice. Es siempre una recreación y un placer intelectual el poder aprehender una obra del espíritu donde se dan en tan armoniosa consonancia claridad de exposición, sencillez de lenguaje, y profundida de análisis como la del jurista argentino citado; no es dable a menudo el encontrarse con autores cuya norma fundamental sea el "no repitas", y en que sea posible seguir paso a paso el peregrinar racional por una materia de por sí confusa por la doctrina como el "acto administrativo".

Partiendo desde una posición que podría designarse como "utilitarista" (yo diría más bien "funcionalista") según la cual las palabras no encaran o enuncian esencias sino lo convencionalmente aceptado por el lenguaje común, o docto (1), GORDILLO se aparta del buscar qué es lo que responde o debe responder a un concepto de "acto administrativo", sino que analizando los diversos datos reales del régimen ju-

(1) Esto evoca curiosamente el problema de los "universales" y su célebre querrela, tan en boga en la filosofía medieval.

rídico administrativo nacional trata de estipular una definición o un concepto funcional, y operativo. Sobre una base eminentemente empírica busca las notas sobresalientes del régimen jurídico administrativo, a fin de indagar "qué grupo de cosas recibe qué trato sustancialmente igual de parte del Derecho" (pág. 24, in fine): todo su capítulo I está dedicado a su sistema metodológico y a la forma de analizar la materia en estudio; ello es particularmente interesante si se tiene en consideración que pocos campos han sido hollados tan insistentemente como éste de los actos administrativos, con una anarquía de vocabulario que semeja la Babel bíblica, pues cada autor habla "su" propio lenguaje.

Aceptando un criterio ya expuesto en obras anteriores (2), GORDILLO estima que el verdadero enfoque del problema conceptual del acto administrativo se encuentra en su entroncamiento con el más vasto de actividad administrativa, y de función administrativa, que el ilustre profesor argentino —siguiendo la corriente orgánico-sustancialista— concibe como "Toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente "legislativos y jurisdiccionales" (3).

Debiendo existir una lógica correspondencia entre la conceptualización de la "función administrativa", y su materialización normativa a través del "acto administrativo", GORDILLO lo estipula dentro de ese mismo criterio orgánico-material, esto es, como aquel "dictado en ejercicio de la función administrativa" (pág. 40); ésta, obviamente, es la base definitoria sobre la cual se asentarán los demás elementos que la integrarán más adelante. Avanzando en el análisis, estudia los efectos jurídicos producidos por esa actividad normativa en el ejercicio de la función administrativa, sosteniendo que no basta la mera producción de efectos jurídicos, sino que éstos —siguiendo a Forsthoff (4)— han de ser inmediatos, "emanar directamente del acto mismo", sea que afecten a los particulares, a los agentes públicos, o a los entes administrativos. Luego GORDILLO realiza un análisis certero respecto a la posibilidad que tienen los órganos administrativos de actuar bajo

(2) Ver su "Introducción al Derecho Administrativo", 2ª ed., Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1966, cap. IV, págs. 83 ss.; y su "Derecho Administrativo de la economía", Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1967, sec. I, cap. II, págs. 29 ss.

(3) Ver "Introducción...", pág. 99 in fine.

(4) Ernst Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo". Madrid. 1958, pág. 282.

normas del derecho privado, concluyendo que si bien en variadas ocasiones el objeto del acto que realiza un órgano administrativo —en el ejercicio de la función administrativa— puede, parcialmente, regirse por tal derecho, ello no es suficiente para despojarle de su carácter básicamente administrativo, atendido su régimen aplicable, esencialmente de Derecho Público.

En su aproximación empírica a la noción en estudio, el profesor bonaerense analiza la distinción clásica entre “actos” y “hechos” administrativos (5), su fundamento, sus objeciones, y su alcance donde estudia el contenido mismo que puede tener el acto administrativo en oposición al hecho administrativo: GORDILLO llega a concluir que el acto administrativo es “declaración”, evitando toda la discusión en cuanto a si es sólo manifestación de voluntad, o también de conocimiento, de juicio, etc., englobando bajo el término “declaración” la “extrinsecación de un proceso intelectual tanto ... de volición (voluntad-dirigida a un fin) como ... de cognición (conocimiento—atestación o certificación) y opinión o juicio” (pág. 88). Esta conceptualización, según el autor, es bastante cercana “a la corrección, en cuanto no da idea de manifestación ejecutada de algo, sino tan sólo de expresión intelectual —teórica, abstracta— de una idea” (ibidem) (6). Así, de este modo, se hace posible distinguir, en forma más o menos claras, entre “actos” y “hechos” administrativos.

Ya de lleno en la definición, GORDILLO plantea la conveniencia de restringir el acto administrativo en su descripción, eliminando —por contener un régimen jurídico diferente— a los contratos o actos administrativos contractuales, y a los reglamentos, actos administrativos unilaterales generales: así, su restricción parece más racional y adecuada al uso corriente, no debiéndose entender que ella aparece como exigencia dogmática a priori, sino solamente de utilidad para una mejor comprensión. De allí que su noción de acto administrativo sea comprendida como “una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (pág. 114).

(5) Esta distinción no es aceptada por todos los autores, ver v. gr. Forsthoff: *ob. cit.*, 283; o De Valles: “*Elementi di diritto amministrativo*”. Padova. 1956, pág. 115.

(6) La conceptualización del acto administrativo como “declaración” se encuentra también en M. M. Díez: “*El acto administrativo*”, TEA. Buenos Aires. 1961, pág. 109.

Siguiendo su enfoque empírico y positivista, GORDILLO entra a analizar los caracteres que dentro del ordenamiento argentino asume el acto administrativo; de gran interés son los capítulos VI y VII en que estudia las principales características que él ve en su régimen particular, a saber, exigibilidad, estabilidad, e impugnabilidad. Es en estos dos capítulos donde encontramos particularmente ese espíritu de análisis fino y penetrante de que hace a menudo muestra nuestro autor: dignos de leerse son los párrafos en que se refiere a la pretendida "presunción de legitimidad" de los actos administrativos, y su carencia de fundamento teórico, especialmente en ordenamientos jurídicos como el argentino, en que se nota la "falta de una regulación orgánica del procedimiento, ... la dificultad de tener acceso o vista de las actuaciones, ... arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, ... pobreza de recursos existentes", etc. etc. (pág. 124), y en que se refiere a la ejecutoriedad, que no la considera sino como "una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrientes y que no puede suponerse a priori como un principio universalmente presente en la actividad de la administración" (pág. 134).

Basado en la jurisprudencia de la Corte Suprema ("Carman de Cantón", 1936, Fallos, tomo 175, pág. 367), expone GORDILLO en el capítulo VII un carácter que es peculiar en el ordenamiento jurídico-administrativo del país hermano, del acto administrativo, cual es su "estabilidad": ello es notoriamente importante pues tal estabilidad es una de las primeras garantías del orden jurídico administrativo, y un freno elemental a la arbitrariedad del Poder Administrador; es realmente interesante constatar esta particularidad del régimen argentino, teniendo en consideración que no pocos autores —con un criterio estatista avasallante— sostienen la "revocabilidad" como carácter propio de los actos administrativos (7).

A continuación, trata GORDILLO el acto administrativo en cuanto instrumento público, vale decir, en su aspecto procesal, como actuación de un poder público, de un órgano administrativo, todo ello en su afán

(7) Ver entre nosotros G. Varas C.: "*Derecho Administrativo*", 2ª ed., Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1948, pág. 281; P. Aylwin A.: "*Derecho Administrativo*", Edit. Universitaria. Santiago de Chile, 1960, tomo II, págs. 76 in fine, 101 ss. Ya en la doctrina actual, este mismo criterio —que nos parece incompatible con un Estado de Derecho, y con las debidas garantías jurídicas del particular frente al Poder, ahora "configurador" y por ende cuasi omnipotente en sus potestades jurídicas— ha sido sustentado, entre otros, por Forsthoff: *ob. cit.*, 360; ver su análisis del problema en el cap. III, párrafo 13, nº 2.

esclarecedor respecto a un punto que ha sido objeto de debate en la jurisprudencia argentina. En su mismo afán de clarificar materias debatidas, dedica los capítulos IX y X al problema tan cuestionado en la doctrina administrativa universal de los actos de gobierno: aunque esta materia tuvo su momento de gran discusión doctrinaria, ella perdió gran parte de su interés, en tal aspecto, luego del célebre artículo de R. Virally, "L'introuvable acte de gouvernement" (Revue de Droit Public et de la Science Politique 1952, 317 ss.), al reconducir sus distintas particularidades al régimen general contencioso administrativo, e incluso dar origen —en la hora actual, en Francia— a la responsabilidad extracontractual del Estado. No obstante que metodológica y sistemáticamente no aparece justificado su tratamiento en tal lugar ni con tal extensión, comprendemos sobradamente la necesidad de incluir dicha materia y en su desarrollo amplio, pues a no dudarlo es uno de los ámbitos donde se acantonan con más frecuencia los gobernantes a fin de escapar al control jurisdiccional, y acometer objetivos reñidos con un Estado verdaderamente respetuoso del orden jurídico asentado en la libertad del individuo, tanto personal, como social y política.

A partir del capítulo XI entra el profesor de la Universidad de Buenos Aires en la llamada "patología" del acto administrativo, estudiando conjuntamente sus elementos —que fundado en la jurisprudencia y en el ordenamiento argentino enuncia como competencia, voluntad, objeto y forma— y los vicios que puede contener. Siempre con criterio pragmático dedica su atención primero a aquéllos que revelan más importancia en su violación práctica, esto es, el objeto y la competencia, comprendiendo dentro del primero seis modos o aperturas de impugnación, a saber objeto prohibido, objeto violatorio de facultades regladas, imprecisión u oscuridad, imposibilidad de hecho, irrazonabilidad e inmoralidad del objeto, y en cuanto a la segunda incompetencias en razón del grado, de la materia, del territorio y del tiempo. Luego estudia los vicios de la voluntad, ya en su origen, ya en la emisión del acto, ya en su fin, englobando en este triple aspecto los vicios de tipo objetivo como los de carácter subjetivo (desviación de poder, arbitrariedad, error, dolo, violencia, simulación); finalmente, analiza los vicios de forma del acto administrativo, que integra en formas de instrumentación y formas de publicidad: este capítulo es realmente interesante en cuanto ensaya de clarificar la terminología y evitar el uso de ciertos vocablos que sólo sirven para confundir. Por otra parte, es reconfortante encontrar un autor que reaccione ante una afirmación tan obstinadamente repetida como aquella de que la publicidad del acto no es parte integrante de él, sino que dice relación únicamente con sus efectos: **GORDILLO** —consecuente con su noción de acto administrativo, como aquel productor de efectos jurídicos inmediatos—

no puede menos que rechazar esa posición y sostener que "la publicidad es un elemento del acto mismo" (pág. 323) (8).

Analizados los elementos del acto y sus vicios, encara GORDILLO una materia compleja de suyo, como son las sanciones que el ordenamiento jurídico impone a la violación de las normas que regulan la dictación de los actos administrativos en sus elementos ya sustanciales, ya formales: es la llamada "teoría de las nulidades administrativas". Su tratamiento es extremadamente didáctico y claro, pues partiendo del análisis de las nulidades del Código Civil y su inaplicabilidad literal al Derecho Administrativo, pasa luego al estudio jurisprudencial en la aplicación que de las nulidades administrativas ha hecho la Corte Suprema, concluyendo en la impropiedad de remitirse al Código Civil para construir una teoría de las nulidades del acto administrativo. Realizado esto, nuestro autor tomando pie en la jurisprudencia ensaya una nueva construcción, en que —como muy bien dice— no hace falta recurrir al Código Civil para fundamentarla, pues surge ya de los principios generales del Derecho Público: tal construcción aparece notoriamente sencilla, pues de dicha jurisprudencia resulta que la comisión de vicios en el acto administrativo puede originar una "nulidad relativa" o una "nulidad absoluta" según sea o no subsanable ese vicio, su anulación produzca sólo efectos *ex-nunc* o también *ex-tunc*, o la acción de impugnación prescriba en dos o diez años. Ciertamente que ambos actos —sea que la sanción al vicio que contiene se llame "nulidad relativa", sea que el tribunal la denomine posteriormente "nulidad absoluta"— de acuerdo al ordenamiento jurídico argentino se reputan legítimos y gozan de la presunción de legitimidad, y se estiman válidos en tanto no sean anulados o revocados, debiendo ser obedecidos mientras tal cosa no sea declarada o realizada. Tales nulidades son designadas por GORDILLO respectivamente como anulabilidad y nulidad.

Atendida esa presunción de legitimidad que cubre a los actos administrativos nulos, estima GORDILLO que se hace necesario el admitir una tercera categoría sancionatoria, tal la "inexistencia", para aquellos casos en que aparentemente se está en presencia de un acto administrativo pero que en verdad no lo es tal, como sería aquel que es dictado por un órgano no estatal, o con grosera incompetencia, contradic-

(8) Sobre este tema, que tanta confusión ha originado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, y la tesis según la cual la publicidad es elemento del acto administrativo, no de eficacia sino de validez, pues será ella quien lo introduzca en el ordenamiento jurídico como norma obligatoria y exigible, ver nuestra tesis de doctorado "*L'application dans le temps des actes administratifs*", Paris. 1968, chap. I, y nuestra colaboración a la obra homenaje al Profesor Sayagués Laso, "*L'entrée en application de l'acte administratif*", Madrid. 1969, nº 123.

torio, absurdo, etc., eventos en que no se da un acto presuntivamente legítimo y exigible.

Dignos de mención son, en fin, sus capítulos últimos dedicados a la modificación y extinción de los actos administrativos, materia donde la anarquía de vocabulario es paradigmática en la doctrina universal: acertadamente GORDILLO trata de simplificar al máximo la terminología, y fundamenta su análisis no en los medios de extinción o modificación, sino en el acto mismo que se modifica o extingue (9). Así, para la modificación se distinguen entre actos válidos, y actos nulos o anulables, integrando en los primeros la "corrección material" (cuando se ha incurrido en error material), la "reforma" (modificación por conveniencia u oportunidad), la "aclaración" (explicitación más clara de su enunciado), y analizando entre los segundos el "saneamiento" o "convalidación" (supresión del vicio que afectaba al acto), la "ratificación" (supresión de la posibilidad de operar u oponer el vicio), la "confirmación" (renuncia a oponer el vicio), y la "conversión" (transformación del acto viciado en uno nuevo y distinto, suprimiendo el vicio).

Ya en la extinción, GORDILLO distingue para realizar el análisis del régimen jurídico aplicable a los actos por extinguirse, entre actos legítimos e ilegítimos; los primeros según su extinción se opere de pleno derecho (ya por cumplimiento del término de aplicación, de la condición a la que pudiera estar sujeto, o del objeto mismo del acto), por disposición de la Administración (caducidad, desuso, prescripción, o revocación por razones de oportunidad), o por voluntad del particular (renuncia o rechazo); los segundos, o sea los ilegítimos, son analizados por el ilustre profesor argentino según si su ilegitimidad sea originaria (anulables, nulos, e inexistentes), o sobreviniente (anulables, nulos).

Tal es a grandes rasgos el contenido de este grueso volumen, cuya armatura es poderosamente cohesionada y racional (10). Intentar una

(9) Es esa posición, justamente, la que eligiéramos en nuestra tesis citada, si bien nos parece más acertado hablar no de actos válidos y de actos nulos o anulables (lo cual se sabrá una vez dictada la sentencia del tribunal que ha conocido de su impugnación) sino de actos regulares o irregulares, según si han sido o no dictados en conformidad a las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico que regulan la dictación de los actos administrativos (sean dichas normas propiamente legislativas, o jurisprudenciales).

(10) Reserva hecha del tratamiento de los capítulos relativos al acto de gobierno y al acto administrativo como instrumento público, que nos parece perturbador dentro de la sistemática de la obra, y ajeno a su estructura misma, aunque reconocemos que el contenido de ambos capítulos es de real interés.

crítica de la obra realizada por GORDILLO en este su "El acto administrativo" no parece propio en estas líneas, atendido en especial el hecho de basarse fundamentalmente en el ordenamiento jurídico positivo argentino —que, por otra parte, desconocemos; pero si bien desde esa perspectiva no podemos criticar, sí debemos regocijarnos de encontrar en él puntos de vista que compartimos plenamente— tal, por ejemplo, el centrar la noción de acto administrativo dentro de la más amplia de función administrativa, pues creemos que no cabe aceptar un criterio de función y otro de acto; para nosotros —particularmente— tal noción (de función administrativa) es la conductora de todo el estudio del Derecho Administrativo, y el acto administrativo su materialización normativa, verdadero criterio conceptual de aquél. Obviamente, tal función administrativa como la entiende GORDILLO, en un sentido amplísimo, puede que no tenga una verdadera explicación lógica cuando se enfrenta con ciertas instituciones como son los estatutos reguladores del funcionamiento de las Asambleas Parlamentarias, cuyo contenido difícilmente puede asimilarse en su valoración normativa como "reglamentos administrativos". Cierto es que todo ello depende de cada ordenamiento nacional, en el fondo.

Del mismo modo nos place encontrar su análisis de la pretendida presunción de legitimidad que —según la doctrina cuasi unánime— tendrían los actos administrativos; menos todavía puede aceptarse tal presunción en regímenes como el nuestro en donde ni siquiera existe un procedimiento administrativo para elaborar tales actos, ni mucho menos un control jurisdiccional de ellos, siendo la Administración totalmente irresponsable, peligro mayúsculo si se considera aún que existe —hasta ahora en nuestros días— el sistema de los "despojos de la victoria" como sistema usualmente aceptado para proveer los cargos públicos, y "facultades legislativas delegadas" para "reorganizar" periódicamente los servicios públicos. Tal como asevera GORDILLO —haciendo referencia a su ordenamiento, y cuyas palabras transcribiéramos supra— la presunción casi debiera ser la inversa...

Igualmente compartimos su penetrante análisis respecto de los caracteres que asume el acto administrativo, a saber: exigibilidad, estabilidad, e impugnabilidad; de especial importancia para nosotros es su 2º carácter, de "estabilidad", ya que nuestra doctrina —tal vez por inercia, o con criterio totalitario, estatista— estima que los actos administrativos son "esencialmente revocables": tal afirmación es impropia en un régimen jurídico que pretenda estar asentado sobre bases democráticas, pues es evidente que tales actos producen efectos jurídicos, y crean —por tanto— derechos en favor de los particulares (obviamente, también deberes a su carga), derechos que ingresan a sus

patrimonios, y en forma definitiva, y que, en consecuencia, no podrán ser despojados de ellos sino en virtud de normas expropiatorias (garantías constitucionalmente). Sostener otra cosa, o que no existen derechos definitivos o "adquiridos" en Derecho Público, es volver a la anarquía y al total desprecio de las garantías y derechos inherentes al individuo, a la persona humana, épocas ya superadas afortunadamente desde hace siglos en nuestra comunidad nacional.

Aunque no nos parece muy afortunado desde un punto de vista sistemático el tratamiento que hace el profesor bonaerense de la parte relativa a los elementos del acto, sus vicios, reconocemos que su exposición es clara, fluida, y de valor didáctico innegable. Creemos que los vicios —en un tratamiento rigurosamente técnico— no deberían ser integrados con una exposición expresa, pues no vienen a ser sino la violación de los elementos que deben concurrir necesariamente en un acto administrativo, a fin de ser regular, perfecto, en su dictación, por haber sido emitido de acuerdo al régimen jurídico establecido para tal efecto por el ordenamiento normativo en el cual dicho acto va a integrarse y "vivir". Igual crítica podríamos hacer a esta obra en cuanto al tratamiento de una materia tan sujeta a complejidades, como es aquella de la extinción del acto administrativo: aunque GORDILLO introduce satisfactoria claridad, pensamos que es superflua la distinción que formula entre "modificación" y "extinción", pues la primera no es sino una extinción parcial, lo que es modificado se extingue, sea que se reemplace o no; de allí que dentro de una planificación de dicho tema pareciera más adecuado no distinguir entre extinción y modificación de los actos administrativos, sino entrar de lleno en la extinción misma del acto, y distinguir no entre actos válidos, anulables o nulos, sino entre aquellos actos administrativos "regulares" (esto es, dictados en conformidad a las normas jurídicas que rigen la dictación de tales actos), y actos administrativos "irregulares" (sea que hayan sido originariamente irregulares, o que su irregularidad sea sobreviniente). Y, naturalmente, en ambos casos distinguir si han sido creadores de efectos jurídicos adquiridos por los particulares o no, cuya es la categoría diferencial fundamental, pues no debe olvidarse jamás que el principio rector en toda esta materia de la extinción del acto administrativo, es la seguridad jurídica del administrado, sabiamente equilibrada —por cierto— con las nociones de interés general, y orden público (11).

(11) Ver nuestra tesis citada, chap. III, "*La disparition de l'acte administratif*".

En suma, una obra polémica, sabiamente equilibrada, clara exposición, y muy didáctica, y por sobre todo, "pensada", y original, excelente criterio, finos análisis, y una preocupación reconfortante de simplificación en materias de suyo difíciles por las complejidades del lenguaje introducidas por la doctrina: todo ello reunido gracias a ese gran administrativista que es Agustín A. GORDILLO.