

TIPICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y RESERVAS DE REVOCACION

CARLOS MANUEL GRECCO*

I

Una de las singularidades más relevantes del régimen jurídico de los actos administrativos radica, según propone una tradición notablemente difundida y sistemáticamente reproducida, es que, distintamente a lo que acontece con los actos jurídicos ejecutados por los particulares dentro del ámbito de la autonomía individual, las decisiones administrativas resultan «típicas», en el sentido de que deben estar contempladas y corresponder al esquema predeterminado por la norma expresa, con rigurosa adherencia a la hipótesis legal fijada.

Es habitual practicar, al respecto, una comparación con fines instructivos del acto administrativo y del acto de la autonomía privada, y destacar que mientras en estos la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que sea de una naturaleza que pueda merecer la tutela jurídica, los actos administrativos se encuentran sometidos a una inflexible tipicidad legal por lo que concierne a los presupuestos de competencia y a los requisitos de estructura, siendo objetivamente determinable el problema de interés público a resolver con cada tipo de acto o de disposición.

* Jefe de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Cada tipo de acto, se afirma, es destinado a resolver un específico problema práctico y, por ello, a cumplir una típica función de interés público que lo caracteriza y que se puede calificar correctamente como «causa» siguiéndose, de tales premisas, que tanto para quien es llamado a decidir, como para quien ha de interpretarlo una vez dictado, la correspondencia del acto concreto a su destino típico es una exigencia y una directiva deontológica que mide tanto la legitimidad como la conveniencia u oportunidad de la decisión.

Nada traduce tanto el sentido de la tipicidad del acto administrativo como la reflexión de G. Zanobini (probablemente quien mejor ha desarrollado el punto) enunciada en la prolección pisana del 21 de Enero de 1924 (que posteriormente identificamos en los comentarios bibliográficos), conforme a la cual media una notoria diferencia en la disciplina legislativa de la regulación de los actos jurídicos que puede cumplir la autoridad administrativa con la que corresponde a los negocios jurídicos de los particulares. Para éstos últimos, el interés de la ley es limitado a fijar los requisitos esenciales que deben presentar para ser reconocidos, tutelados y garantizados por el ordenamiento jurídico; pero cuando, por cualquier circunstancia de la vida y por cualquier fin práctico, los sujetos deben recurrir a éste o a aquél tipo de acto, la ley civil no se ocupa de precisarlo y sería en realidad extraño pretender que lo hiciera.

La ley administrativa, en cambio, disciplina los actos administrativos no sólo para establecer los elementos y requisitos, sino, básicamente, para delimitar de vez en vez cuando concurrir el caso en el que deben ser emitidos uno y otro tipo de acto. Mientras en la ley civil de un determinado acto jurídico se intenta, de una sola vez, consignar los elementos y el estatuto jurídico, en la ley administrativa de un mismo acto administrativo se quiere, infinitas veces, en infinitas leyes diversas y todas las veces que al legislador le parezca oportuno, prescribir el uso de un determinado acto para conseguir un determinado fin.

La predicada «tipicidad» del acto administrativo supone, para mejor comprender su funcionalismo en el ámbito de la acción administrativa, examinar previamente (una cierta pers-

pectiva metodológica es aquí inexcusable, aunque se trate de una brevísima síntesis en la cual un buen número de cuestiones importantes han de ser fatalmente relegadas) la noción (general y jurídica) de «tipo»; aspectos al cual seguidamente nos hemos de referir acudiendo a la decisiva contribución de K. Larenz, matizada con los comentarios y reflexiones de otros autores.

II

Es adecuado entonces, ante todo, retener que, en términos de teoría general, jurídica o no, el «tipo» se presenta, sustancialmente, como una forma de pensamiento que opera allí donde el concepto abstracto-general y el sistema lógico-conceptual no alcanzan a cancelar la pluralidad y multitud del ser o del sentido; vienen así distinguidos el «tipo de frecuencia», dirigido a referir modos de comportamiento y el «tipo de totalidad» o «tipo de figura»; el «tipo» sólo contemplado o representado y el «conocido» en su peculiaridad y aprehendido con el pensamiento; el «tipo ideal normativo» y el «tipo empírico». Es justamente en éste último aspecto, donde Larenz observa que mientras el tipo ideal normativo aparece como paradigma, el tipo empírico funciona como reproducción de un arquetipo en el que se basan las cosas (encontrándose los fusionados, por ejemplo, en la idea platónica, a la cual se puede reconducir muy bien desde el punto de vista de la historia de las ideas). El tipo normativo (así, el mejor Estado ideal) representa una imagen-meta, siendo misión y cumplimiento del destino vital tender a ella, aunque nunca pueda realizarse plenamente. Con ello se transforma al mismo tiempo, en criterio de valoración para todas las realizaciones, más o menos conforme al ideal que encontramos empíricamente (el tipo «ideal normativo» desempeña en la ciencia jurídica el papel de referencia cuando lo que interesa es, por ejemplo, la diligencia con la que deben actuar quienes pertenecen a un determinado grupo profesional: comerciante, médico, etc.). En lo que hace al campo específico de

la ciencia jurídica, el tipo es formado con fundamento en los casos «típicos» que se encuentran en el campo conceptual de la certeza o de los cuadros fácticos que el legislador utiliza como puntos de partida, constituyendo un medio para designar elementos del supuesto de hecho y como forma de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas. Aquí cabe señalar que, detrás de algunos conceptos relativamente indeterminados de objetos, suele esconderse un tipo de frecuencia empírico, susceptible de ser ilustrado con ejemplos aunque no resulte definible, siendo también apropiado precisar que los conceptos-tipo (sub-especie de los conceptos jurídicos indeterminados) no se confunde con el tipo como figura ideal, puesto que aquellos contienen —como ha puesto de relieve H.E. Henke— una vasta zona de duda comprensiva de los cuadros fácticos que el legislador no ha tenido en cuenta y que, precisamente crea al Juez el deber de incluir en el concepto también un caso de configuración especial, cuando ese caso merezca la misma valoración que los cuadros fácticos sintetizados en el tipo.

El tipo, pues, en el sentido primario de «modelo, forma, esquema o conjunto coaligado de características que puede ser repetido en un número indefinido de ejemplares» y con las correspondientes modulaciones que suscita su proyección al plano jurídico, aparece (empleamos aquí la excelente síntesis de Genta-Alonso y Calera) conectado siempre a una cierta realidad social, promovida mediante el fenómeno de la tipificación, a la categoría de «jurídica». Es afirmada, desde tal perspectiva, la idea de que el concepto o noción de «tipo» es abstracta y general, concibiéndoselo más que nada como un resultado, es decir, como «aquella noción de conducta o fenómenos que compuesta de una serie de elementos y de ciertos datos por los cuales es concretada la abstracción primaria, es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada, empleándose para discernir las diversas conductas a las que el ordenamiento confiere la calidad de jurídicas y como contrapunto al método conceptual, meramente definitorio y no edificado sobre la realidad». Del tipo social (conducta configurada en la realidad) se pasa, mediante el fenómeno de la «tipificación»,

a establecer ulteriormente el tipo «jurídico», por lo que, inicialmente, se puede calificar la tipicidad como un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos: ordenación practicada como mecanismo o dispositivo jurídico que, modelado sobre la base del tipo operante en la realidad social, culmina en la creación del tipo jurídico. La tipicidad traduce así una «manera peculiar de organización de la regulación de los actos humanos y la conducta sólo será jurídicamente eficaz en tanto y cuanto coincida con cada uno de los tipos descriptos en cada sistema», verificándose, correlativamente, una función individualizadora y una función jurídica. Individualizadora en tanto los tipos se predicen, en principio, de una previa realidad común: los actos humanos. La tipicidad es ordenación y valoración de conductas más regulación concreta, lo cual determina una individualización dentro de cada rama y especie; la idea de tipo no se puede aplicar a realidades heterogéneas, es decir, a distintos órdenes de la realidad, sino a fenómenos pertenecientes al mismo orden, individualizando y diversificando entre ellos: la tipicidad individualiza y ordena, distinguiendo tipos delictuales, contractuales, fiscales, etc. A tal función individualizadora se suma la función concretamente jurídica irradiada en una doble dirección: tipicidad de configuración y tipicidad de regulación; es decir, a un esquema o conjunto diseñado por la norma (conducta humana más elementos y datos complementarios: tipicidad de configuración del supuesto normativo) le es conferida una específica disciplina en íntima conexión de dependencia con los elementos y caracteres predicados de ellos (tipicidad de regulación).

Ahora bien, si se prescinde de la función de la tipicidad en el ordenamiento penal (análisis que completamente desborda nuestras posibilidades), parece indudable que el mayor desarrollo de la teoría de los tipos (operante en otras áreas del conocimiento, inclusive en las ciencias naturales) es ubicable en el derecho contractual, donde si bien, por otra parte, la tipicidad sigue cumpliendo una función reguladora o normativa, el amplísimo margen remitido a la autonomía de la voluntad respecto de la creación, regulación y modificación de las relacio-

nes jurídicas (ad. ex. arts. 944, 1197, 1200, Cód. Civ.) comporta una disímil disciplina de actuación de las diversas figuras contractuales, flexibilizándose así la rigidez propia de la tipicidad penal. Quienes detalladamente estudian el punto discernen, por lo demás, una tipicidad de configuración de primer grado (ad. ex. el contrato en cuanto acto jurídico distinto de todos los demás que pueden idóneamente provocar el nacimiento de obligaciones) y una tipicidad de segundo grado, que resuelve la especificación y concreción, es decir, adición de nuevos datos a los elementos constitutivos de la figura básica.

De ahí que la tipicidad contractual sea modulada como «la regulación jurídica fundada en la individualización de las normas jurídicas concretas de cada contrato en particular que está definido como tipo contractual», distinguiéndose, igualmente, en función de las diferentes fuentes, entre una tipicidad social y una tipicidad legal; entre una tipicidad que proviene de las calificaciones técnico-legislativas y otra que es la resultante de la regulación y reordenamiento por tipos que lleva a cabo la autonomía privada, aceptada por el ordenamiento jurídico y que supone reiteración, constancia y conciencia de que los tipos, así creados, lleguen a tener una validez general (ad. ex. tit. prel. Cód. Com., ap. II; art. 219, Cód. cit.). La configuración por tipos —indica en tal sentido E. Betti— no se opera inexorablemente mediante la remisión a los que son producto de las calificaciones técnico-legislativas, sino que se puede producir también en función de las concepciones dominantes en la conciencia social de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral, agregando que «éste parece, en efecto, el camino preferible apenas la necesidad de tutela de la autonomía privada se hace sentir en una esfera tan amplia que convierta las denominaciones tradicionales en inadecuadas e insuficientes para cubrir su campo. En el puesto de la rígida tipicidad legislativa, apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, ingresa otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada es sin embargo, comparativamente a aquélla, bastante más elástica en la configuración de los tipos y que, en cuanto funciona mediante remisión

a la conciencia social, económica o ética, se puede llamar tipicidad social.»

III

El principio de tipicidad, así modulado, encaja, coherentemente con la posición de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico. Las decisiones de la Administración (y aquí se vuelve a establecer, una vez más, el paralelismo con la sentencia) resultan «actuaciones de la ley» y es la ley, justamente, la que habilita las potestades administrativas. No es factible consignar aquí las diferentes cuestiones relativas al significado del principio de legalidad en aquello que se ha dado en denominar «Estado de Derecho», su construcción técnica (doctrinas de la vinculación negativa y de la vinculación positiva), su funcionalismo como técnica de atribución de potestades a la Administración (aspecto que, naturalmente, involucra el examen previo del concepto técnico de potestad, así como de sus distintas clases) siendo suficiente, para la finalidad del presente trabajo, ofrecer un resumen de las explicaciones, plásticamente diseñadas, por cierto, de García de Enterría-Fernández Rodríguez, autores que califican la tipicidad de los actos administrativos como una de las consecuencias espontáneas del principio de legalidad. La legalidad, en efecto, define y atribuye potestades a la Administración, siendo la acción administrativa el ejercicio de tales potestades jurídicas concretas; el interminable fluir de la vida administrativa tiene su causa, precisamente, en éste mecanismo técnico. Dichas potestades, por lo demás, aparecen singularizadas negativa y positivamente: negativamente en tanto las potestades administrativas no se pueden ejercer sino en servicio de un interés comunitario, que es ajeno y absolutamente superior al interés propio de la Administración como organización; positivamente, por cuanto la Administración se encuentra obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija. Todo lo cual no es una mera exhortación ética, sino un mecanismo técnico

preciso influido por la adherencia al fin (ad. ex., en nuestro derecho positivo, art. 7, inc. f, LNPA: «el acto administrativo... habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto»), del mismo modo que la omisión del ejercicio de las potestades cuando el interés colectivo lo exige constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración, que puede determinar una condena a ese ejercicio, como eventualmente la responsabilidad del funcionario y de la Administración (aquí debemos señalar que, para los autores citados, las potestades conferidas a la Administración se manifiestan como auténticos poderes fiduciarios, es decir, poderes en los que se produce una disociación entre la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último de la actividad; en sentido análogo se orienta la idea subrayada por Villar Palasi, del carácter «vicarial» o subordinado de la Administración).

Es, precisamente, la naturaleza del acto administrativo configurado como una traducción específica e inexorable de una potestad, aquello que conecta la decisión a la legalidad y la funcionaliza de una manera singular en el seno de la misma. Así como no hay potestad sin norma previa y todas las potestades son, además, tasadas especiales (es decir, no existen potestades indeterminadas) el acto administrativo ha de reflejar una de esas potestades anteriormente concretadas por el ordenamiento.

En consecuencia, se debe concluir que las decisiones administrativas, por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, son esencialmente típicas desde el punto de vista legal; nominadas, no dependientes de ningún genérico principio de la autonomía de la voluntad, sino, exclusivamente, de la previsión de la ley. Tampoco hay una correspondencia o un paralelo posible entre los negocios jurídicos, como manifestación de una efectiva autonomía y los actos discrecionales, simple revelación de una potestad construida y asignada como tal por la ley, en la que existe necesariamente una pluralidad de elementos reglados, que no son simples límites exteriores sino que integran

positivamente el acto de ejercicio y en la cual no se expresa como en el negocio privado la idea de un «autoseñorío», sino por el contrario, la idea de un deber funcional.

IV

De la pregonada «tipicidad» del acto administrativo se ha de deducir inmediatamente una consecuencia primordial: la problemática aceptación teórica de la incorporación a las decisiones administrativas de cláusulas de modulación, pues aquí se parte, conviene insistir en ello, de una radical distinción entre los actos administrativos y los negocios jurídicos privados y en el casi nulo juego en los primeros de la autonomía de la voluntad.

Con todo, tal conclusión se resiente por el esquematismo con el que es planteada la cuestión en términos de dogmática general. Ni el «autoseñorío» del que habla Flume es un principio absoluto (no sólo actúan los límites propios que el ordenamiento estatuye en orden a la forma y contenido de los negocios jurídicos privados, sino que además la versión presentada reproduce sólo la concepción tradicional del contrato como particular expresión y consecuencia de la idílica teoría de la libre economía de mercado en tanto sistema que se autorregula) ni, por otro lado, se puede descartar de plano la posibilidad de que la Administración emita decisiones que pueden perfectamente ser ubicadas en el ámbito de la autonomía consensual. Uno de los autores que últimamente ha estudiado la cuestión (González Marifias) anota, precisamente, que para coherente teoría y práctica se ha procedido a sentar una regla general que consiste en clasificar los actos administrativos, según la más o menos explícita tipicidad observada en ellos, en dos bloques presuntamente bien delimitados: actos administrativos discrecionales que admiten la incorporación de cláusulas accesorias y actos administrativos reglados en los cuales no sería posible tal incorporación; lo cual conduce, en la práctica, a perceptibles inconsecuencias. Inconsecuencias —señalamos por nuestra

parte— que no son sino el producto de las fluctuaciones, quizás inevitables, en la tarea de conformación dogmática del derecho administrativo en la que se ha basculado permanentemente entre la proyección al campo de las decisiones administrativas de la fórmulas tradicionales de la dogmática común, por un lado, y la necesidad, por otro, de afirmar una elaboración autónoma que confiera respuesta singular a relaciones y situaciones jurídicas en las que interviene la Administración y en las cuales, aparentemente, no resultaría procedente la aplicación de los mecanismos del derecho común. En este aspecto, de todas formas, se debe tener en cuenta tanto la idea de que la singularidad de las decisiones administrativas requiere una organización distinta a la de la ley civil, como la simultánea negación de prescindir irreflexiva y apriorísticamente, sin compulsar alguna de la realidad concreta que se debe analizar, de las fórmulas de la dogmática general, siendo oportuno, por ello, recordar, con E. Betti, que todo derecho positivo, en cuanto disciplina la vida de relación, tiene necesidad de mantener sus enunciaciones normativas con un entramado dogmático, destinado a orientar la vida social en la dirección de sus valoraciones y que, desde tal perspectiva, la dogmática, en la tarea de una representación conceptual de la norma y su conexión recíproca, constituye en las manos del intérprete un instrumento representativo cuyo uso no puede ser limitado a las construcciones legislativas que entran a formar parte de la norma, pues no sería legítimo, aparte de ser indispensable para reconstruir en su coherencia el entero sistema del ordenamiento jurídico al que la norma particular pertenece. Tal consideración, por los demás, es la única que torna posible la plena aplicación del canon hermenéutico fundamental de la «totalidad y coherencia», mediante el cual, dejando de lado específicas preocupaciones de índole práctica, se recaba del concepto mismo de orden jurídico, elaborado por la moderna dogmática, la idea de que toda norma que forma o entra a formar parte del mismo, ha de ser referida al todo necesariamente y que éste todo constituye una operante concatenación productiva y creadora de una orgánica correlación, interdependiente y coherente no sólo

entre normas de un mismo grupo o sector, sino también entre normas de grupos o sectores diversos en la medida en que llegue a manifestar en ellos las partes o ramificaciones de un único sistema coherente. Para una concreta experiencia de la función que puede cumplir la dogmática general y la consideración hermenéutica de la totalidad, alcanzará con remitirse a la aplicación del denominado «silencio» administrativo en hipótesis de aclaraciones y precisiones pre o post-contractuales, ámbito en el cual la fórmula del art. 10 de la LNPA (normalmente presentada en una proyección omnicomprensiva) carece de sentido, siendo, en cambio, más apropiadas las previsiones consignadas en los arts. 918 y 919 del Cód. Civ. (particularmente la primera de ellas en lo que hace a los «hechos y comportamientos concluyentes»). Igualmente habría que ver en qué quedan las solemnes declaraciones del art. 7 de la LNPA frente a, por ejemplo, los llamados «actos administrativos implícitos» que la doctrina admite pacíficamente. Todo lo cual sugiere que así como el menosprecio de la dogmática puede llevar a funestos resultados (sobre todo cuando proviene de quienes no tienen la intención de informarse convenientemente), a situaciones igualmente nocivas conduce la exacerbación dogmática que frecuentemente degenera, en el ámbito del derecho administrativo, en una constelación de espejismos. El Derecho Administrativo —subraya O. Nass— tiene comprensión sin duda para la ventaja política de una euritmia organizatoria, pero busca su secreto, equivocadamente, en la simetría jurídica de la Administración. Un ordenamiento de cudo elástico jamás puede explicar, sin embargo, la merma en principios administrativos que se produce de arriba hacia abajo y que se puede compensar, o, a lo sumo, la rigidez de instrucciones centrales; así como los rayos de luz que atraviesan un medio más denso son refractados con arreglo a leyes naturales inmutables, la eficacia de las disposiciones centrales se debilita cuando quedan absorbidas por la práctica de los organismos de nivel inferior e intentan atravesar la densa masa laberíntica de los asuntos administrativos. Además de tales razones (casi de estructura) concurren otras, ya más específicamente condu-

centes al punto que estamos examinando. Acentuar el carácter típico del acto administrativo (Guarino lo ha señalado con relación a la experiencia italiana, pero sus observaciones muestran carácter general) remite, en definitiva, a un análisis de la decisión administrativa en relación a la sola norma específica que regula la potestad y el procedimiento y a su correlación con el mecanismo habilitador concreto; juega, entonces, una verdadera «estrangulación necesaria y vinculante para el obrar administrativo» que volatiliza, en cuanto la valoración es centrada en el específico poder conferido, la evaluación del resultado. No es superfluo añadir, por otra parte, que las restricciones que teóricamente son postuladas en orden a la incorporación al acto administrativo de cláusulas accesorias o de modulación operan, fundamentalmente, aunque no siempre se aclare, en la clase de los actos administrativos de gravamen (es decir, en aquellas decisiones administrativas que restringen o limitan derechos de los particulares; parece indudable, sin embargo, que el de tales cláusulas debe ser distintamente apreciado cuando se trata de decisiones que amplían la esfera jurídica de los particulares. La administración de fomento o promotora (o lo que reste de ella) conoce, en efecto, una relativamente extensa formulación práctica de tal principio.

V

De todas maneras, aquí no se trata tanto de trazar una crítica de un criterio difundido habitualmente como dogma (tarea que exigiría, naturalmente, una más profunda meditación y un acopio informativo de mayor extensión que el utilizado) sino de analizar la tipicidad del acto administrativo y las consecuencias que de tal principio se suelen extraer. En conexión con las llamadas cláusulas accesorias o de modulación (como a continuación se verá también hay en todo esto un cierto problema metodológico y hasta de terminología) y dentro de éstas a las reservas de revocación.

Debemos recordar, por lo tanto—la referencia a uno de los

pocos textos que monográficamente se ha ocupado de la cuestión (me refiero a R. Lucifredi: *L'Atto Amministrativo nei suoi Elementi Accidentali*, Milán, 1963) es aquí inexcusable— que las cláusulas accesorias o accidentales son, genéricamente, consideradas como todas aquellas disposiciones que el órgano administrativo emisor incorpora al acto administrativo para obtener que los efectos jurídicos que de su dictado se deben seguir sean más limitados o más amplios que los efectos normales que al acto mismo confiere el ordenamiento jurídico. Surge así, una primera distinción: cláusulas o elementos con función restrictiva del contenido normal del acto y cláusulas con función ampliatoria del contenido normal.

Entre las primeras (que son aquellas que interesan para el objeto del presente ensayo) es habitual incluir: a) el término, entendido tradicionalmente como el momento del tiempo en el cual un acto debe comenzar a producir sus efectos o en el cual debe cesar de producirlos, y al que se le atribuye la calidad de cláusula restrictiva en las hipótesis de término inicial, que hace que la producción de los efectos del acto venga retrasada respecto de aquella que sería la normal actuación y de término final cuando la cesación de los efectos del acto es anticipada respecto de la normal (aunque Lucifredi no lo indica expresamente, es obvio que tales reflexiones son válidas para los actos favorables, ya que únicamente en esta clase es factible asignar al término —en las condiciones expuestas— una función restrictiva o limitativa); b) la condición, suspensiva o resolutoria, positiva o negativa; c) las reservas de revocación; ch) las reservas de recate; d) las reservas de anulación.

Modernamente, sin embargo, a fin de evitar las inconsecuencias que una rígida aplicación del principio de tipicidad provocaría, se propone —por González Mariñas— distinguir en el acto administrativo dos sectores o grapos de componentes: sustancialmente típico el primero, modalizable el segundo. Se afirma así que en la estructura de las decisiones administrativas hay un tronco típico, integrado por elementos generales no modulables (causa, motivos, fin; forma y presupuestos jurídicos del acto, tanto a los atinentes al sujeto —competencia y legiti-

mación— como los que afectan al objeto, es decir, condiciones, modos y términos). Ninguno de tales factores admitirían la incorporación, exclusión o modulación voluntaria por parte de la Administración, debiéndose cumplir siempre en los términos estrictos fijados por la ley (aquí se debe observar que, según González Mariñas, de tal forma quedaría obviada la primera inconsecuencia en tanto doctrina y jurisprudencia no han sabido siempre diferenciar estos planos, calificando como cláusulas de incorporación voluntaria aquello que no son sino meras «condiciones iuris, dies iuris o modus iuris» en la terminología civilista — o, en otras palabras, presupuestos jurídicos del acto administrativo). Frente a este eje típico, sería posible acotar otro sector interno del acto (su objetivo mismo) que admitiría, en ciertas circunstancias, la modulación voluntaria por parte de la Administración, pues aunque la dinámica del principio de tipicidad construye la voluntad administrativa a unos límites reducidos, la autoridad no puede escapar en la elección y determinación del objeto del acto a las indicaciones que recibe de la norma que, en múltiples ocasiones, no describe totalmente el objeto de la decisión. Tales cláusulas, que se denominarían «sustantivas» (por contraposición a «accesorias») resaltarían mejor el punto de incidencia (el objeto de la decisión) a la vez que evocarían toda la trascendencia posible de sus efectos, ya que las cláusulas sustantivas, cuando se incluyen afectan a la misma perfección y validez del acto, es decir, producen la aptitud abstracta de la decisión a la cual se incorporan para la producción de efectos jurídicos en alguna forma innovados por la cláusula. Y finalmente, ya fuera del orden interno, se debería considerar también con qué alcance y con qué técnicas, puede operarse la modulación voluntaria del acto en cuanto a su eficacia, es decir, si en presencia de una decisión válida y perfecta, puede la Administración demorar o zanjarse su aptitud concreta para producir los efectos que le son propios en atención a circunstancias externas y extrañas a su misma naturaleza. Aquí encuadrarían, por lo tanto, las llamadas «cláusulas accesorias» de los actos administrativos, consideradas casi siempre como género cuando, en realidad, no

son más que una especie (y además la menos frecuente e importante) de la modulación voluntaria. En el esquema clasificatorio sugerido, las cláusulas sustantivas serían aquellas determinaciones relativas a la validez que la Administración incorpora al acto ejerciendo una potestad discrecional conferida, explícita o implícitamente, por la norma, delimitándose con ellas el objeto de la decisión, es decir, el propio contenido de la declaración de derechos. No se trata ni de componentes accesorios —pues suministran un «quid novum» al mismo objeto de decisión— ni tampoco de los presupuestos jurídicos de existencia (de por sí inmodulables) ya que la cláusula sustantiva es contingente en su incorporación, aunque adquiera toda su virtualidad sustantiva, afectando a la misma validez del acto, cuando se la inserta.

Queda así perfilada en función de las reflexiones detalladas, una categoría conceptual medular dotada de una identidad precisa, que consiste, por un lado, en la especificidad del título habilitante (siempre una potestad discrecional, una potestad que no se confunde con la libre voluntad de la Administración) y de otro, en la aptitud para fijar, dentro de la gradación de efectos posibles, tres regímenes jurídicos referenciales que se corresponden con tres tipos definidos de cláusulas sustantivas: las revocatorias «*ipso iure*» que provocan la decadencia instantánea del acto total; las cláusulas de reserva de revocación, que abren una posibilidad revocatoria total o parcial y las cláusulas que imponen obligaciones, que generan, como efecto primordial, aunque no único, la obligatoriedad del cumplimiento.

Es evidente que la propuesta de González Mariñas constituye un importante esfuerzo teórico por encontrar una ubicación sistémica de las cláusulas accidentales, accesorias, de modulación o como, en definitiva, se las quiera designar, del acto administrativo. No obstante, es posible advertir, por más que el autor destacara previamente las incoherencias a las que conduce, que el influjo del principio de «tipicidad» del acto administrativo se sigue haciendo sentir, particularmente cuando se intenta negar absolutamente la posibilidad de que la libre voluntad de la Administración pueda fundar una cierta deci-

sión. No es que la tesis carezca de atractivos; es sencillamente irreal.

VI

Independientemente de la opinión que merezca la articulación legal concreta, lo cierto es que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ha suprimido una discusión teórica interminable respecto del concepto y de las hipótesis de revocación de los actos administrativos. La experiencia de otros ordenamientos (es paradigmático el comentario de Lucifredi: 203, n. 51 donde se enumeran nada menos que diez criterios distintos) demuestra el acierto de fijar normativamente los supuestos de revocación. A partir de tal premisa, encontramos ya una primera distinción a formular: las reservas de revocación pueden estar contenidas en la norma o bien ser incorporadas como reserva especial al acto o negocio jurídico del cual se trate. Y en la primera de las hipótesis mencionadas hasta se podría discernir entre la cláusula general que la ley consagra (art. 18, segundo párrafo) y las reservas de revocación establecidas en regímenes sectoriales, también con carácter normativo. Una disposición como la consignada en el art. 18 de la LNPA (que habilita la revocación, modificación o sustitución del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia con indemnización de los perjuicios causados a los administrados) cancela las discusiones dirigidas a esclarecer si las reservas de revocación comportan un elemento accidental del acto administrativo, a determinar si, en tal caso, se trata de un término o de una condición o, inclusive, a precisar si se le debe, o no, atribuir autonomía conceptual en la dogmática general. Se podrá, ciertamente, discutir la ponderación de la fórmula (pues, en efecto, no cualquier clase de decisión administrativa se presta a la revocación por razones de oportunidad) e, inclusive, debatir la constitucionalidad de un mecanismo que globalmente apodera a la Administración (Gordillo ha dedicado a la cuestión páginas insustituibles) pero parece in-

dadable que el precepto aludido conforma, por sí mismo, una verdadera reserva de revocación de carácter general normativamente estatuida. Como la comentada disposición es, en el derecho comparado, excepcional, la materia de discusión no puede girar alrededor de la validez de las reservas de revocación según han sido estudiadas tradicionalmente por la doctrina, sino en torno a la eventual exclusión del resarcimiento que la norma (también con carácter general) determina para los supuestos de sacrificio de derechos por razones de oportunidad. De ahí que pese a que algunos autores incluyen dentro de las reservas de revocación por desajuste del acto con el ordenamiento jurídico (ad. ex. art. 17, LNPA: revocación del acto nulo; art. 18: revocación del acto cuando el interesado hubiere conocido el vicio) la mecánica de las reservas de revocación no encuentra aplicación.

Se ha sustentado también (concretamente: Marienhoff) que corresponde excluir la revocación por oportunidad de toda razonable «reserva de revocación» ya que tal situación sería redundante: «la revocación por razones de oportunidad tiene por objeto satisfacer exigencias del interés público y su fundamento es análogo al de la expropiación por utilidad pública. Siendo así, va de suyo que, en este orden de ideas, una reserva de revocación no se justifica, pues ella por principio procede en cualquier momento en que el interés público lo requiere». Añade el autor mencionado que, inclusive, sería «irrita cualquier estipulación en que la Administración Pública abdicase de su facultad de revocar un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia».

Dejemos de lado —y en forzosa incógnita— por qué sería «irrita» una abdicación de la Administración del ejercicio de la potestad revocatoria (es pensable, por ejemplo, una renuncia temporalmente confinada) y señalemos que ante un criterio como el sancionado por el art. 18, segundo párrafo, de la LNPA la reserva de «revocación viene a cumplir la función de dispositivo excluyente de la reparación; desde tal perspectiva, su importancia es obvia, por cuanto en la medida que el ordenamiento consagra la potestad de revocar las decisiones administrativas

por razones de oportunidad, las consecuencias de la incorporación al acto de una reserva de revocación únicamente puede tener por objetivo modular los efectos que normalmente se seguirían del ejercicio de la potestad conferida. Es, por ello, más ajustado el diagrama conceptual bosquejado por Alessi (la sistematización había sido ya anticipada por Lucifredi), quien al examinar las reservas de revocación indica que se trata de cláusulas con función restrictiva, es decir, dirigidas a cercenar los efectos normales del acto administrativo en el que son incorporadas y que pueden destinarse a: 1^º) tornar susceptible de revocación un acto que de otra manera sería irrevocable; 2^º) tornar susceptible de revocación, por otros motivos, un acto que, según el ordenamiento, sólo podría ser revocado ante la concurrencia de circunstancias determinadas específicamente por la ley; 3^º) tornar susceptible de revocación, sin indemnización conferida al destinatario, una decisión que, justamente, otorgaría derecho al resarcimiento en caso de revocación.

Las dos primeras hipótesis parecieran no admitir la inclusión de reservas de revocación mediante la autoatribución de la propia Administración, mediando silencio del ordenamiento. Ya hemos indicado que, pese al tenor literal de la disposición contenida en el art.18, segundo párrafo, de la LNPA, orientada a estatuir un criterio general, hay determinadas decisiones administrativas que no se prestan al ejercicio de la potestad revocatoria, por lo que mal podría ser aceptada la validez de la reserva. Por ello es que, en este caso, así como en el supuesto de inexistencia de los motivos que expresamente la ley establezca (donde la ley tasa concretamente las circunstancias fácticas que habilitan la revocación) la naturaleza propia de las potestades administrativas (conferidas por ley o por autoatribución normativa válida) y el sometimiento a la tipicidad normativa, enervan la validez de las reservas.

El último de los supuestos numerados muestra, por el contrario, cierta permeabilidad, pues, en última instancia, traduce una dispensa de la carga indemnizatoria que como principio grava a la Administración en las hipótesis de revocación por razones de oportunidad o conveniencia y que si es

libremente pactada ingresa dentro del ámbito de la autonomía consensual. García Trevijano —que acepta la fiscalización judicial de la cláusula— propicia que se la debe declarar nula cuando excluya «a priori» toda indemnización; señala que el derecho a ser indemnizado es una cosa y otra muy distinta el derecho a cobrar, porque se puede tener derecho y no demostrar los perjuicios, lo cual es una cuestión de prueba; pero no se puede —agrega— «incluir una cláusula que de antemano suprima el derecho a indemnización».

La conclusión no tiene presente, sin embargo, el hecho de que ninguna vinculación existe entre la validez material de la cláusula y la efectiva configuración de perjuicios. Es muy obvio que si no se acredita el daño, no existe derecho a indemnización; la operatividad de la reserva de revocación funciona en otro plano, o sea, en la posibilidad de suprimir el resarcimiento aún mediando perjuicio. En nuestro ordenamiento la cuestión debería ser apreciada en los términos de los arts. 21 y 953 del Cód. Civ. (cuya funcionalidad en las relaciones jurídico-administrativas no es dudosa) que marcan un límite a la validez de los pactos dispositivos. La indagación apunta entonces a determinar si una convención dirigida a excluir la indemnización en los casos de revocación de derechos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, puede transgredir aquellos límites de validez cuando está de por medio una renuncia concerniente a derechos establecidos en el interés del particular que interviene en la relación jurídica (art. 872 del Cód. Civ.) quien, inclusive, hasta podría lograr determinados beneficios en función de la dispensa de reparación. Cabe, en cambio, compartir la afirmación de García Trevijano en el sentido de que los privilegios y prerrogativas de la Administración ceden, y desaparecen cuando falta el horizonte del interés público. Una cláusula de reserva de revocación, eventualmente incausada y sin indemnización, pugnaría con la validez de los pactos dispositivos. Bien indica De La Cuetara (con especial referencia a los permisos de uso) que «la posible revocación, en sus diversas formas, no es nunca una facultad libérrima de la Administración, pues en caso de no ser necesaria para la gestión concreta

del dominio público vinculados por una autorización, toda revocación arbitraria, sin causa justificada, debe ser repudiada en un sistema que proscriba la arbitrariedad de los poderes públicos». Por lo demás, la reserva de revocación no equivale a una condición resolutoria potestativa y absoluta que comporte la nulidad del acto condicional, sino a una reserva de revocación por motivos de interés general, lo cual implica un elemento objetivo admisible dentro de un acto administrativo; criterio éste que cuenta, a partir de la sanción de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos, con expresa cobertura normativa.

VII

En no pocas oportunidades, las reservas de revocación aparecen ligadas a las «cláusulas de precario». Martín Mateo, por ejemplo, afirma que el sentido singular que la precariedad exhibe es del de posibilitar a la Administración, por razones de oportunidad, modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica-administrativa mediante la inclusión de esta cláusula en el negocio que la origina. La cláusula de precario implica una declaración de voluntad, circunstancia que la diferencia de las situaciones meramente fácticas toleradas por la Administración y supone, además, una expresa reserva de poderes, sin la cual no podrían ser revocados los efectos del acto administrativo. Distingue, además, dos especies de precariedad: a) la de primer grado (que permite a la Administración revocar o modificar el acto originario, pero no lo exonera de indemnizar las consecuencias económicas que su intervención unilateral determina para el afectado, tratándose aquí de un supuesto especial de transformación de derechos que opera en virtud de la reserva que en tal sentido formula la Administración y que pertenece al «genus» más amplio de la conversión de derechos; b) la de segundo grado, cuyos efectos se prolongan hasta la eliminación de cualquier pretensión indemnizatoria.

El ámbito natural de este especie comprendería «aquellas situaciones que inequívocamente remiten a la provisionalidad

de la situación y a su intrínseca transitoriedad, conocida y aceptada por el beneficiario de la misma». En sentido similar se pronuncian García de Enterría-Fernández Rodríguez al indicar que si la finalidad de las reservas de revocación es excluir la indemnización y garantizar la absoluta libertad revocatoria de la Administración, sólo cabe admitirlas en circunstancias excepcionales, cuando se trate de situaciones efímeras por su propia naturaleza y planteamiento, es decir, en aquellos casos en que la finalidad propia del acto administrativo, según la norma en virtud de la cual se ha emitido, no es la de conferir un verdadero derecho, sino sólo una simple tolerancia de carácter provisional. Se afirma también (por Martín Mateo) que la precariedad se inserta plenamente en el elemento causal del acto administrativo, en cuanto permite el definitivo mantenimiento de los intereses atendidos por la Administración y posibilita la creación de situaciones jurídicas que no se hubieran podido configurar si no se velase anticipadamente porque el propósito negocial perseguido —prevalencia de unos determinados intereses públicos— se mantenga indefinidamente, pese al cambio de circunstancias. Sería desorbitado —añade— el tratar de legitimar de esta forma cualquier revocación de actos administrativos por razones de oportunidad.

Estrictamente, sin embargo, la precariedad —en el derecho positivo— no se vincula a la revocación por razones de oportunidad. La revocación debida a razones de conveniencia en al gestión de los intereses públicos exige, indispensablemente, fundar la valoración del interés concretamente perseguido, aunque tal apreciación se encuentra primariamente conferida a la Administración. El acto administrativo revocatorio de derechos por la causal aludida requiere (además del resto de los requisitos de validez) causa y motivación (art. 7, incs. b y e, LNPA) y la válida extinción o modificación de derechos previamente asignados se encuentra subordinada al cumplimiento de tales exigencias. La precariedad, en cambio, es algo diverso y juega en los casos en que los derechos nacen, para emplear una locución habitual, -debilitados- y en los cuales la Administración no está fatalmente obligada a, por ejemplo, motivar sus

decisiones. Sólo que estas hipótesis (rectamente interpretadas) son verdaderamente excepcionales en el ordenamiento jurídico.

VIII

Según el art.16 de la LNPA, «la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido». Al comentar esta disposición la doctrina, suele, por lo general, dar por sentado que dentro de tales cláusulas «accidentales» o «accesorias» se ubican las así tradicionalmente calificadas por la dogmática común (términos, condiciones, modos) y las que son producto de las singularidades de las relaciones jurídicas en las que interviene la Administración (p. ej. «reservas»). Tampoco es aquí factible ensayar, aunque la cuestión mereciera la pena, una explicación acerca de cómo una máxima de antigua raigambre —*utile per inutile non vitiatur*— reproducida con carácter general en el art.1039 del Cód. Civil, ha sido incorporado positivamente al ordenamiento jurídico administrativo donde su función (ya muy discutida en el derecho civil al punto que Bibiloni restringía su incidencia a las disposiciones de última voluntad) parece ciertamente muy limitada. Claro es que todo depende de la significación concreta que se atribuya al carácter «accidental» o «accesorio» de una determinada cláusula. Giannini, al comentar la obra clásica de Lucifredi, criticaba, justamente, una cierta tendencia al «pan-accidentalismo» que hacía ingresar en tal calificación cualquier suerte de estipulación del acto administrativo, no referida estrictamente a los componentes esenciales; observación a la que no es difícil adherir, ya que llevando aquel original criterio hasta sus últimas consecuencias, resultaría que toda modulación que desbordara la específica materia que el acto trata o decide debería ser catalogada como un elemento «accidental» o «accesorio», lo cual no se ajusta a la realidad.

Los eslóganes habituales sugieren que para que opere la invalidez de la cláusula y proceda simultáneamente la redu-

cibilidad del acto a sus elementos esenciales, la ley ha establecido dos requisitos fundamentales: la independencia o separabilidad de la cláusula accesorio de los demás elementos del acto y que la disposición inválida no constituya la esencia del acto o razón principal que hubiera inducido a la Administración a dictarlo (recaudo éste último que traduce realmente una lógica incisiva, pues si la cláusula forma la esencia del acto o la razón principal, es obvio que ya no sería «accesoria» o «accidental»). Marienboff (glosando a Lucifredi) distingue los casos de actos emitidos en ejercicio de una actividad reglada o vinculada (en los cuales la invalidez de la cláusula o elementos accidental en nada afecta la validez del pertinente acto administrativo) de aquellos emitidos en ejercicio de la potestad discrecional. La distinción de Lucifredi (cláusula accidental consignada en beneficio de la Administración, con la subiguiente consecuencia de que mientras en el primer caso la invalidez de la cláusula no vicia el acto, en el segundo suscita la invalidez) es objetada con el argumento de que «el interés público es fundamental ciertamente y en modo alguno debe ser agravado, pero en estos casos no es el único a considerar, también debe ser tenido en cuenta el interés del administrado o particular quien puede haber querido el acto administrativo únicamente si éste contuviese la cláusula accidental en cuestión. El interés del administrado, aún en el campo del derecho público también merece y tiene el amparo del orden jurídico. En tales condiciones anular esta cláusula y dejar subsistente el acto principal implica una injusticia, aparte de que traduce una subestimación del valor de la voluntad del administrado en la formación y en los efectos de ciertos actos administrativos (los de «estructura bilateral»). Pareciera, pues, que la conclusión es que no se puede mantener la parte válida del acto. El reparo, con todo, silencia el núcleo principal del razonamiento de Lucifredi erigido en la circunstancia de que, en las hipótesis diseñadas, se trata de actos favorables al administrado, que contienen cláusulas que añaden un suplemento todavía más favorable, aunque con infracción al ordenamiento jurídico. Son elocuentes los ejemplos suministrados por el autor: a) autorización para construir en la cual figura una cláusula mediante la cual el constructor es dispensado de la observancia de

una obligación inderogable establecida en el reglamento de edificación; b) designación de un empleado, con la incorporación de una cláusula que disponga un estipendio superior al que le corresponda; c) concesión de trabajos industriales con dispensa de la obligación (que había sancionado el art. 5 del decreto ley 1741 del 2 de noviembre de 1933) de emplear personal de nacionalidad italiana). La solución predicada para estas hipótesis (anulación de la cláusula y validez del acto) es la que se impone, jurídica y lógicamente. Demostrada la ilegalidad de la disposición y la imposibilidad de que provoque efectos jurídicos, queda librada al particular aprovechar la parte válida de la atribución (recuérdese que se trata de actos favorables) o renunciar a ella. Nada se ganaría, pues, con la supresión o inaplicación total del acto, en contra, además, del principio capital que informa la materia y que, como es notorio, tutela la conservación de los hechos y actos creadores de derechos. De todas maneras, para el punto central del presente estudio, estas reflexiones exhiben un matiz más bien marginal: las reservas de revocación, en efecto, actúan en actos favorables, pero su función es restrictiva, es decir, son cláusulas impuestas en beneficio de la Administración. La tesis clásica, en línea de principio, apuntaba a la nulidad íntegra cuando la cláusula inválida restrictiva de los efectos normales del acto se dirigía a influir sobre todos los efectos del acto mismo o al menos sobre los efectos típicos del acto. Así, por ejemplo, si la reserva de revocación era ilegítima, ya que con su imposición la autoridad había querido asegurarse una facultad, más extensa que la conferida por la ley, para hacer cesar todos los efectos del acto. Pero ya hemos indicado que ante un texto expreso como el del art. 18 de la LNPA que, bien o mal, estatuye un apoderamiento global a la Administración para revocar decisiones atributivas de derechos por razones de oportunidad, una solución como la postulada es de índole realmente excepcional, pues la tésis cardinal de una reserva de revocación será, en la inmensa mayoría de los supuestos, dispensar la reparación de daños. Si, en definitiva, se resolviera la ilegalidad de una convención de tal tipo, la cuestión pasará entonces por la procedencia de la indemnización y no por la nulidad íntegra del acto donde se ha insertado la cláusula.

Comentarios Bibliográficos

1. El estudio de Zanobini aludido en el texto —que, como se ha indicado, fue la prefata al curso de derecho administrativo y ciencia de la administración tenida en la Universidad de Písa el 21 de Enero de 1924— lleva por título «L'Attività Amministrativa e la Legge». Publicado en la Riv. di Dir. Pubbl., Vol. XVI, 1924, I, 281 y ss., se publicó posteriormente en Zanobini: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milán, 1955, 303-318; cfr., igualmente, Corso di Diritto Amministrativo, I, Milán, 1958, 259-280 (así la trad. esp., Buenos Aires, 1964, 332); Giannini: *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, 264 y ss., 267; Bevesonati: *Appunti di Diritto Amministrativo*, Padova, n° 59, 136-137; Feligo: *L'Attività Amministrativa*, Milán, 1968, 123-125; Niele: *Principi di Diritto Amministrativo*, Padova, 1966, n° 45, 156-160 (aunque con distinta terminología para las cláusulas accesorias en función de la tipicidad: repósitos accidentales de eficacia); Sandulli: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1974, n° 128 420-421: la tipicidad viene definida por la adecuación a los tipos previstos en el ordenamiento y a aquellos únicamente; cada uno de ellos está caracterizado por la función peculiar asignada por el ordenamiento; la realización del interés público específico al cual está preordenado. Nominatividad es, por otro lado, la necesidad de que a cada intento público particular de realizar correspondía un tipo de acto perfectamente definido —implícita o explícitamente— por la ley. La acción administrativa imperativa se manifiesta a través de los repuestos típicos taxativos, científicamente determinables y clasificables, los cuales forman los varios tipos o figuras de las provisiones (actos). Estas constituyen, por lo tanto, un 'numerus clausus'; Basati: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milán, 1964, 78; Virga: *Diritto Amministrativo*, II, Milán, 1967, 11-12, aunque rechaza la idea que de la tipicidad pueda seguirse también la nominatividad de los tipos de decisiones en el sentido de que es válido admitir otras figuras de actos fuera de los que conoce el ordenamiento. Anteriormente (II Procedimento Amministrativo, Milán, 1968, 48-49) Virga había recusado la idea de la tipicidad, sea que se refiriera al contenido o a la causa, aceptando, en cambio, la idea de «nominatività» que entendía como la imposibilidad de que la Administración Pública estableciera decisiones fuera de las hipótesis en las que la ley se consintiera, implícita o explícitamente, es emanación; Caponetti: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Padova, 1960, n° 143 (286-290) «la tipicidad es, ante todo, tipicidad del poder de su prelación que corresponde al número cerrado (para la Administración, no para el legislador) y a la inexistencia de un poder general»; Giannini: *Corso di Diritto Amministrativo*, III-1, Milán, 1967, n° 103 (110-116) indica que «la tipicidad comporta una coacción, fijada por la norma entre los diversos elementos del acto administrativo y una predeterminación, siempre normativa, del contenido esencial de la voluntad: p. ej., la relación de empleo público se puede extinguir por diversas causas que requieren distintos presupuestos, diversos motivos y diversos contenidos. De todas maneras, el actor se preocupa de aclarar que «aunque la mayor parte de las provisiones administrativas son típicas, ello no significa que la voluntad de la Administración pueda ser reducida a un elemento mecánico, pues la Administración tiene siempre el poder de aplicar cláusulas particulares»; Betti: *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Madrid, 1978, Cap. XV, Védeli: *Essai sur la notion de cause en Droit Administratif Français*, París, 1934, 307, 309, 313-314; Walter: «Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative», París, 1928, 11 y ss; cfr., críticamente: P. Fy: *Le Rôle de la Volonté dans les Actes Administratifs Unilatéraux*, París, 1976, 32-36; la sublimación de la idea de la tipicidad de las decisiones administrativas llega al punto de que se faltan

autares (de la talla de Alessi, por ejemplo) que incluso han sugerido que, de manera similar al derecho romano antiguo, el derecho administrativo se resuelve en un sistema de negocios típicos. Quizás no resulte superfluo recordar que en el derecho romano clásico los negocios jurídicos son rigurosamente típicos, en cuanto resultan fijados en número bien definida y tienen cada uno un tipo propio que aparece netamente caracterizado bien por la forma solemnemente que se exige, unívocamente preordenada al efecto de crear o disolver la obligación o transferir la propiedad, bien por la causa o función económico-social a la cual es destinado el negocio; bien por la forma y la causa-en-conjunto, como sucede en ciertos negocios solemnemente en los que la forma es, según norma del *ius civile*, medio necesario y al mismo tiempo exclusivo para la ejecución de un determinado efecto o una cierta función, no actuables de otro modo. En este esquema, propio del derecho romano clásico, la forma y el contenido preceptivo constituyen una unidad orgánica inescindible en la que el reflejo subjetivo adquiere valor jurídico en cuanto sea socialmente reconocible a través de la estructura típica y el significado objetivo del acto mismo. La concepción post-clásica y justinianea, por el contrario, dividirá aquello que en la jurisprudencia clásica era una unidad inescindible (la unidad del acto y su contenido) contraponiendo el contenido a su expresión exterior. De ahí que el negocio jurídico del derecho romano-justinianeo se module como un acto de autonomía privada que responde a esquemas legales libremente modificables a los cuales la ley vincula los efectos jurídicos presuntamente queridos por las partes. Esta es, sustancialmente, la diferencia entre la tipicidad en el moderno negocio jurídico y la singular del derecho romano clásico, en el cual las funciones económico-sociales admitidas como idóneas para justificar la tutela jurídica de la autonomía privada (llamadas *iustae causae*) aparecen taxativamente determinadas, primitiva y rotativamente por el mismo orden jurídico, el cual dispone previamente diagramas y tipos fijos de causas que la autonomía de las partes no puede alterar o modificar a su arbitrio. Esta tipicidad, informada por un rígido esquematismo y la necesidad de denominación técnica, se acomodaba al sistema romano de las *actiones*, en el cual la tutela jurisdiccional se era concedida sólo a quien ejercitase en juicio de manera concreta una de las *actiones* aceptadas por el derecho civil o pretorio y el tipo de negocio estaba determinado por la capacidad para dar origen a un acto civil o pretorio (*cf.*, magistralmente, Betti: *Istituzioni di Diritto Romano*, Pádua, 1947, 111-116; B. Teoría General del Negocio Jurídico, Madrid, 1968, nº 23 (182-187); Álvarez Suárez: *Curso de Derecho Romano*, I, Madrid, 1956, 177-178). La diferencia entre una y otra concepción contribuye a comprender mejor la ulterior evolución del negocio jurídico, por la vertiente del *ius commune*, en el derecho moderno, así como la caducidad de las rígidas delimitaciones entre uno y otro tipo de negocio: v. Lorenz: *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1968, Cap. I, §. II; Hedemann: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1968, nº 31 (231-234); Dies-Piase: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, nº 267-268 (239-240); otras referencias, para el *D. Rom.*, en Biondi: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán, 1963, 374; Schulz: *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, 481; D'Ors: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, 430; Arias Ramos-Arias Benet: *Derecho Romano*, II, Madrid, 1977, nº 200 (676-679); Arangio Ruiz: *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1973, Cap. XII y XIII; Gurlián-de Malafosse: *Derecho Romano y Francés Histórico*, I, Barcelona, 1980, 75 y ss., 217 y ss. Siempre con las muy importantes notas de M. Fatren; Voet: *La doctrina romana del contrato*, Milán, 1946, 360 y ss.; Kaas: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1968, 37-41; Gata-Alonso y Calera: *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, 1979, 60-61.

II. Las consideraciones formuladas en orden al concepto y función de la tipicidad previenen, sustancialmente, de la siguiente bibliografía. Ante todo, discretamente, Larrea: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, 344 y ss.; Engisch: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1963, 237 y ss.; H-E. Hebe: *La Ciencia de Hecho*, Buenos Aires, 1979, 88-89; Herklotz: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968, 871 y ss.; «el establecimiento jurídico de la norma como tratamiento generalizador de los casos jurídicos responde, forzosamente a la situación del dador de la norma que en referencia a la materia de regulación procede en parte mirando hacia atrás y en parte mirando hacia adelante. En la mirada retrospectiva que da el material empírico existente dentro de su sector de regulación resalta aquellos hechos o relaciones de la vida que, por sus características coincidentes, forman un conjunto como unidad social de sentido y según el plan y el fin del legislador de la regulación. El instrumento predominante de que se sirve el legislador para ello es la formación jurídica de tipos apoyada en la tipicidad previamente dada de la vida» (cfr. *Cienc. Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, 33: «la norma se refiere a hechos abstractos, no a hechos concretos. Es éste un rasgo extraordinariamente esencial. El orden jurídico no se interesa por individualidades, sino por lo típico; lo que la ley contempla son relaciones típicas que se repiten. Cierta que regula la vida social, pero sin afirmarla más que en forma abstracta y típica»). El sentido básico utilizado en el texto (modelo conligado de características que puede ser repetible indefinidamente en un indefinido número de ejemplares) es conservado además en una corriente del lenguaje común. Así, para la biología (Kretschmer: *Constitución física y carácter*, 1948) o para la psicología (Russek: *The Structure of Human Personality*, 1953), ambos en Abbagnano: *Diccionario de filosofía*, México, 1963, 1140; para la estructura lógica del concepto de tipo, con los medios de la lógica matemática, Hempel-Oppenheim: *Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik*, Leiden, 1936 (apud: Larrea: 345, n. 15); el significado del concepto no es diverso, incluso, en la denominada «teoría de los tipos lógicos» de Russell y Whitehead; en la sociología la introducción del concepto de tipo se debe a M. Weber (cfr. *Zwilling: Ideología y Teoría Sociológica*, Buenos Aires, 1968, 138-139; Maister-Paggi: *Sociología*, Madrid, 1963, 184-186; para la teoría política, G. Jellinek: *Teoría General del Estado* (trad. esp.), Buenos Aires, 1976, Cap. II, ap. III y IV (23-30); por último, la idea de la tipicidad social es desarrollada por Betti: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Cap. III (152-157).

III. La relación de coherencia y simultánea fundamentación de la tipicidad (principio de legalidad-potestades administrativas) en Carrón de Echeverría-Fernández Rodríguez: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1964, Cap. VII, 418-424; Cap. I, 507-508 (cfr. también Villar Palasí: *Apostas de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1977, 173-178; II, 21-27; Villar Palasí-Villar Escarri: *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1982, 69-70, donde la tipicidad refleja, ante todo, la aplicación al caso concreto de un grupo normativo. Sobre las manifestaciones hechas de S. Romano (Fragmentos de un Diccionario Jurídico, trad. Servis Melendo - Agero Roda, Buenos Aires, 1964, vs. -Poderes Potestades-, 297 y ss.) se generaliza la aplicación técnica de la figura de la potestad en la doctrina italiana y buena parte de la española: Garrido Palla: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1976, 293-297; Estrada Cuesta: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974; nº 111 (477-480); recientemente, De La Maza: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, 287-288; López Pellicer: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Murcia, 1997, Lec. 14; Compañía Montaner: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1990,

109-111); específicamente, De La Cuesta: *Las Potestades Administrativas*, Madrid, 1966, 13 y ss.; 39-62; 73 y ss.

IV. La confrontación entre la tipicidad del acto administrativo y el negocio jurídico privado es de rigor entre quienes estudian la cuestión, siendo también de rigor destacar la relegación del papel que cumple la voluntad en las operaciones administrativas, a la inversa de la función conformadora que en el derecho común desempeña a través de diferentes mecanismos, la autonomía consensual (así categóricamente, Joazeiro: *Derecho Civil*, I, 1, Barcelona, 1966, nº 131); cuando la voluntad responde a los tres caracteres que acabamos de precisar, cuando es jurídica, sana y cuando, si es necesario, se une a otra voluntad, está dotada de eficacia, produce efectos jurídicos y puede, en tal caso, caminar a sus anchas; tiene el campo libre y es autónoma. El principio de la autonomía de la voluntad domina incontestablemente todo nuestro derecho y le imprime un sentido esencialmente liberal». Staff: *Teoría del Negocio Jurídico*, Madrid, 1969, Introducción, XIII-XL; L. Ferré: *La Autonomía Privada*, Madrid, 1968, Introducción, 3-13; desde una perspectiva manifiestamente adversa y crítica, Muchenberger: *La Legitimación a través de la negación de la realidad*, en Barcelona, Hart, Muchenberger: *La Formación del Jurista. Capitalismo Monopolístico y Cultura Jurídica*, Madrid, 1963, parte III, 73 y ss. (cfr. Spota: *Contratos*, Buenos Aires, 1974, nº 12-13 (20-25); las reflexiones respecto de la función de la dogmática en Betti: *Interpretación*, 104-107; cfr. Zuleta Pazcira: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Madrid, 1981; -para una parte de la doctrina, la dogmática jurídica se identifica con la idea de la ciencia del derecho concebida como doctrina del concepto lógico trasladada al ámbito jurídico. La dogmática es vista como un saber esencialmente descriptivo, basado en un conjunto de procedimientos abstractivos capaces de obtener a partir de los materiales del derecho positivo, una red de instituciones que agrupadas y ordenadas según criterios de coherencia interna, se constituyen en sistema; para esta concepción vastamente difundida en el terreno de las disciplinas particulares, la ciencia jurídica tiene por objeto la explicitación y sistematización del contenido de las normas jurídicas que, en un cierto momento y en un cierto espacio constituyen un sistema jurídico en vigor (11-12). Es evidente, en todo caso, la resonancia de Ihering además de las observaciones de Zuleta, cfr. Luzzano: *Storia e Teoria della Costituzione Giuridica*, Torino, 1963, Cap. I, 9-36; Wilhelm: *La Metodología Jurídica en el Siglo XIX* -trad. esp.- Madrid, 1966, Cap. III, nº 6 (163-168); Luhmann: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, 1983, Cap. II, (27-42); Zuleta Pazcira: 14, sobre la dogmática romana: «es evidente, en el caso de la dogmática, que la expresión no traduce un contenido universal, susceptible de ser extendido a cualquier época. Sería impropio, por tanto, hablar de «dogmática romana». Aquí se alude a las trascendentes...» estudio de E. Betti (1927-1939; cfr. el prefacio a *las Institutioni di Dir. Rom.*, V-XVII). Me parece, sin embargo, que no era esa la finalidad esencial de los diferentes estudios de Betti, sustancialmente orientados a proponer una determinada dirección metodológica (cfr. D'Orsi: estudio preliminar a la trad. esp. de Biondi: *Arte y Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1953, 9-31, Esp. 28-22; Iglesias: *Derecho Romano*, Barcelona, 1968, Cap. III, 68-70, n. 66; De Franceschi: *Puntos de Orientación para el Estudio del Derecho*, Barcelona, 1951, 60-62; v., por último, las comentarios del propio Betti a nota de la encuesta de Labbe (1906) en *Interpretación*, 78-79, n. 10. La referencia a los «actos administrativos implícitos» tiene en cuenta la reciente contribución de M.A. Tucci: *L'Atto Amministrativo Implicito (Profilo Dottrinale e Giurisprudenziale)*, Milán, 1990; las citas de Haas provienen de *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración* (trad. esp. de C. Fernández de La

Vago y estudio preliminar de Villar Palasí, Madrid, 1964; las reflexiones y observaciones de G. Guarise se concentran en ¿Quale Amministrative?, Milán 1965, 21-22, 25, 23-27).

VI. El texto de Lucifredi (ya mencionado): *L'atto Amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milán, 1963 (anteriormente 1943), Cap. VI (muy importante también el Cap. IV, sobre la función y fundamentos de los elementos accidentales); el estudio mencionado de González Marín: *Una Nueva Perspectiva jurídico-pública para el estudio de las Clases las Voluntarias del Acto Administrativo*, ha sido publicado en el Libro de Estudios en Honor a J.L. Villar Palasí, Madrid, 1969, 517-530.

VI. Gordillo ha cuestionado, con serios fundamentos, la fórmula consagrada por el art. 18, segundo párrafo, de La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a partir del principio de que los derechos que una persona adquiere a raíz de un acto administrativo pueden también quedar englobados dentro del amplio concepto constitucional de propiedad. Por consiguiente, si nadie puede ser privado de su propiedad sino por sentencia fundada en ley y si la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por la ley y previamente indemnizada, no se observa cómo un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la administración que sin calificación legal específica para el caso de utilidad pública, quite ese derecho sustituyéndolo por una indemnización. Considera, en suma, que «los actos que tienen aptitud (es, pues, los actos presuntivos) son irrevocables no sólo por razones de legitimidad sino también y con mayor fuerza aún, por razones de oportunidad. Sólo procederá la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley posterior de orden público, al decir de la Corte Suprema, o una ley que califica de utilidad pública el derecho concreto en cuestión, por analogía con la expropiación. La consecuencia primordial del examen formulado por Gordillo es que «la declaración genérica del artículo 18 de la LNPA es, pues, totalmente inconstitucional y una revocación así fundada sería inconstitute»; cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3, Buenos Aires, 1979, Cap. VI; 10-4-2 y 10-4-3; Cap. XIII, 8-3; un criterio similar había anticipado J.H. Marín: *Revocación de los Actos Administrativos* (separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba), II, Córdoba, 1969, nº 79, 166-168: «Cabe dejar aclarado que si bien con relación a la revocabilidad de los actos administrativos los derechos subjetivos perfectos constituyen un límite, por impedirlos absolutamente, con referencia a los intereses colectivos a satisfacer con ello un objetivo perfectamente salvable, dado que si se considerara necesario atenderlo, siempre será posible hacerlo respetando a su vez estos derechos intangibles, efectuando la pertinente expropiación; es decir, transformando esos derechos en una justa indemnización». Las referencias de Marínhoff en *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, 1975, nº 420 (264-266); las de García Trevijano en *Los Actos Administrativos*, Madrid, 1966, 175 y ss.; En Forchhoff *Tratado de Derecho Administrativo* (trad. esp.), Madrid, 1968, 301 y ss. se examina la validez de la autodisponencia, llegándose a una conclusión negativa; sin embargo, subsiste un margen para la validez de la autoreserva, exigida por la adscripción del destinatario a fin de que pueda alegar la eventual inexistencia de motivos objetivos en el acto revocatorio. La reserva de revocación vendría a cumplir así una suerte de inversión de la carga probatoria; cfr. *Fleiner: Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. esp.), Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1983, 162 y 301, luego de indicar que la autoridad pueda estar autorizada en

circunstancias excepcionales para volver sobre sus órdenes irrevocables añade a las reservas de revocación como modificación establecida en la misma ley. Tal es el caso de las licencias industriales, cuando no se puede prever el otorgar el permiso si el daño que la nueva empresa pueda ocasionar; añade que «las reservas de este tipo son admisibles únicamente en cuanto sirven para hacer valer los preceptos consignados en la ley». Luego se ocupa de los supuestos de «revocación libre» que comprende los casos en que la concesión o denegación de una licencia pedida está sometida al arbitrio de la autoridad y ésta ha resuelto discrecionalmente la solicitud o licencia. En tales supuestos no hay derecho a la libertad de revocación, pues del mismo modo que la solicitud de la licencia sólo puede denegarse por razones de interés general, así también sólo es revocable si el especial interés público que la autoridad debió tener en cuenta justifica la revocación. La autoridad tampoco goza de mayor libertad si otorga la licencia (obligada o discrecionalmente) reservándose la facultad de revocarla, pues tal reserva significa solamente que la autoridad tiene derecho a revocar el permiso en determinadas circunstancias legales. Para la distinción entre las reservas de revocación y el denominado «permiso de policía», cfr. Mayer: *Derecho Administrativo Alemán* (trad. esp.), II, Buenos Aires, 1959, 81; en *Stasiopoulos: Traité des Actes Administratifs*, París, 1973, 93-94: la diferencia entre un acto condicional y un acto emitido bajo reserva de revocación consiste en que el primero cesa de existir automáticamente en el momento del cumplimiento de la condición resolutoria, mientras que el segundo requiere una revocación formal pronunciada mediante un acto especial. La reserva de revocación que no se vincula a un hecho determinado (ad. ex. «el acto podrá ser revocado en todo momento») se acerca a la condición resolutoria potestativa, pero ella no tiene un resultado idéntico porque pese a la generalidad de la reserva la Administración no podrá revocar el acto más que por razones de interés del servicio, excluyéndose, por lo tanto, toda arbitrariedad. Las reservas de revocación son admitidas sólo sin norma jurídica habilitante siempre y cuando se refieran al interés del servicio; las reservas «ácidas», por otra parte, son aceptadas con grave circospección, en tanto comprometen la estabilidad de las situaciones administrativas; cfr., para Italia, Alessi: *La Revoca degli Atti Amministrativi*; para Alemania, Wolff-Bachof: *Verwaltungsrecht*, I, München, 1974, 330-331, 410, 456; F. Mayer: *Begriff, Wesensmerkmale und Arten des Verwaltungsaktes sowie seine Funktion in der Deutschen Verwaltungsrechtslehre*, en el libro de Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó, I, Madrid, 1972, 549-585 (para la «WiderrufsVorbehalt», 583-584); H.U. Erichsen: *Das Verwaltungsgehändeln*, en Erichsen-Martens: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-Nueva York, 1968, 137 y ss. 222 y en general, 245-265.

VII. Sobre las cláusulas de precario, en general, cfr. Martín Mateo: *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, R.A.P., n° 54 (93 y ss.); Pérez Cira: *Las concesiones de Dominio Público a título de Precario*, R.A.P., n° 24 (187 y ss.); Martín Retortillo (C): *Algo sobre el Precario Administrativo Municipal*, Sevilla, 1968; González Pérez: *Los Derechos Reales Administrativos*, Madrid, 1969; Asís Raig: *Tres Sentencias sobre la Cláusula de Precario en Derecho Administrativo*, R.A.P., n° 116 (133 y ss.).

VIII. Para los antecedentes de la máxima «*utile per inutile non vitiatur*», cfr. en el Derecho Romano: *actio in inter vivos*: D. 16.8.17, pr.; D. 16, 3, 1, 7 D. 22, 1, 29, D. 24, 1, 8, 6; D. 45, 1, 1, 8; D. 45, 1, 8; D. 46, 110, pr.; C. 2, 4, 42; C. 8, 64, 34 para la nulidad parcial del testamento; D. 28, 3, 1; D. 28, 3, 9; D. 29, 4, 46, 4, 32 leg; D.

29, 4, 12 pr.; D. 29, 4, 12, 1; D. 29, 4, 12, 2; D. 29, 6, 2, 1; Nov. 1, 1 (1-2); Nov. 115, 3, 15; para la nulidad de legados (mediante los cuales se quería alcanzar un resultado prohibido que de otro modo no se hubiese podido conseguir) D. 28, 8, 7, 1 (condición o prestación imposible) o un «*facere contra res vel bonas mores*» (D. 29, 112, 2) o cosas fuera del comercio (Tn. Ulp. 24, 9); «*locus religiosus*» (C. 4, 37, c. 14); para el Derecho Intermedio: Accursio: *Pandectarum sive Digestum Vetus*, Venecia, 1561, I, 287, Col. I II, 606, Col. II, donde se formula la máxima «*utile per inutile non vitiatur*»; Aza: *Brocardica*, Venecia, 1584, 14, nº 148; en todo «*contractus potest pro parte valere, pro parte non*»; únicamente cuando «*principale non valet necesse accessarium*»; bajo la rubrica «*DE VITIATIS VEL CONTRA*» la regla de la nulidad parcial viene asociada en dos brocardos «*utile per inutile non vitiatur* et *utile per inutile non debet vitari* sed sola adiectio su pertrahat»; Bartolo: *Commentaria*, Venecia, 1615, IV, ed. D. 45, 1, 1, 8; Baldo: *Commentaria*, Venecia, 1615, ed. D. 13, 6, 17, pr., 86; Adriano: *Commentaria*, Lugduni, 1646, I, F. 60, nº 16, 86, 171-173; el modo de formación de la regla parece responder a la consideración, formulada por los glosadores, con espíritu dogmático de abstracción frente a la tendencia general justinianea de limitar la nulidad del sujeto sólo a la parte inválida de transformar la expresión particular contenida en la última parte de D. 45, 1, 1, 8 («*neque vitiatur utilis per hanc inutilem*») en un esquema que, además de conciso, era dotado de un significado y de un marco general eficiente para cuanta hipótesis de nulidad parcial se presentara en el ámbito negocial. El origen estricto es la glosa de la máxima es destacado, convenientemente, por G. Criscoli: *La Nullità Parziale del Negocio Giuridico* (Teoria Generale), Milán, 1989, 17-57, texto de donde se han extraído las citas y referencias concernientes al Derecho Romano y al Derecho Intermedio; para Betti (Teoria General del Negocio Jurídico, 360) el principio de la nulidad parcial condensado en el brocardo anexo en la tradición del Derecho Canónico. Aunque de propósitos más ambiciosos y perspectivas más generales, no se puede prescindir aquí de la cita del excelente libro de J. A. Santamaría Pastor: *La Nulidad de Plano Derecho de los Actos Administrativos*, Madrid, 1975 (Cap. II, I y II, A) y B), 71-121). Las referencias de Lucifredi en *L'Atto Amm.*, Nº 60-61 (391-400); Martenhoff: *Trat. de Der. Adm.*, nº 434 (363-365); otras comentarios en Casagrande: *Derecho Administrativo*, II, 1967, 186-193; Hutchinson: *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, I, 1965, 248-254; una crítica penetrante, que pone de relieve la vacuidad del refraseo al uso (a veces con la patética consecuencia de su sanción normativa), es formulada en Fiorini: *Derecho Administrativo*, I, 1978, 441-446; 539-541; Dies: *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1960, 230-251; y, *Derecho Administrativo*, II, 1972, 262-266.