

## CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

### EFICACIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Claudio MIGNONE

SUMARIO: I. *Notas introductorias*. II. *La eficacia*. III. *La invalidez*.  
IV. *Bibliografía*.

#### I. NOTAS INTRODUCTIVAS

En este capítulo nos ocupamos de dos argumentos diferentes entre ellos, aunque estrechamente entrelazados: por un lado, la pareja “eficacia/ineficacia” del acto administrativo; por el otro la pareja “validez/invalidéz”. Cada una de ellas, como lo revela la contraposición de los sustantivos utilizados, puede ser considerada bajo el lado positivo (del acto eficaz y/o válido) como en lo negativo (del acto ineficaz y/o invalidado).

En consideración de la conexión apenas mencionada, es posible además que las dos parejas se combinen entre ellas en la realidad jurídica, pudiendo de este modo verificarse que un mismo acto sea válido y eficaz, válido e ineficaz, invalidado, pero eficaz, invalidado e ineficaz.

Cabe precisar, además, que los conceptos bajo examen se deben referir esencialmente a las resoluciones y a los actos o comportamientos a ellas equiparables (como el silencio significativo), mientras que, en lo que se refiere a los actos diferentes de aquellas o de estos, o se trata de una forma especial de eficacia que es propia de los actos declarativos (por ejemplo, el efecto de certidumbre que se encuentra en actos como los certificados de ciudadanía que introducen “verdad” en el ordenamiento), o se está en presencia de actos de impulso del procedimiento que tienen solamente el efecto de poner en marcha a este, o, por último, de actos internos al mismo procedimiento (como por ejemplo los pareceres).

Según cuanto se ha señalado anteriormente, se entiende que la definición de la eficacia implica la definición por exclusión de la ineficacia, y viceversa; lo mismo vale para la validez y la invalidez.

En la práctica, mientras del primer instituto se trata en los manuales normalmente en positivo (hablándose de *eficacia* de los actos), el segundo se analiza bajo la visual contraria (de la *invalidez*). La misma línea se sigue en la presente exposición.

## II. LA EFICACIA

Una resolución administrativa es eficaz cuando es idónea para producir los efectos que le son propios según el modelo legal que lo prefigura (G. Corso). La eficacia puede ser analizada bajo tres dimensiones: la temporal, la espacial, la personal (M. S. Giannini).

La eficacia en el tiempo, a su vez, es relevante, ya sea con relación al momento en el cual los efectos comienzan a producirse, ya sea con relación al momento en el cual se verifica su cese. Bajo el primer aspecto, además, se verifican tres referencias cronológicas diferentes, según sea que la eficacia de la resolución coincida con la emanación de esta o sea anticipada respecto a dicha avenencia, o sea aplazada.

El caso más simple es el primero entre los tres apenas señalados: el acto comienza a producir efectos en el mismo momento en el cual viene emanado. Esto es posible cada vez que el mismo no limite la esfera jurídica de los destinatarios (artículo 21-bis, l. 7.8.1990, n. 241).

En cuanto al segundo caso, la anticipación de los efectos puede verificarse o porque está prevista por una norma jurídica que permite, bajo algunas circunstancias, la adopción de disposiciones retroactivas (por ejemplo, con el fin de permitir el decurso de beneficios a los destinatarios del acto, a partir de un día anterior a aquel en el cual este viene emanado); o porque el órgano que adopta el acto dispone que este actúe retroactivamente siempre que ello no sea prohibido por la ley, y en todo caso solamente con referencia a las resoluciones que favorecen al destinatario sin lesionar a otras personas; o porque la retroactividad es connatural a un cierto tipo de resolución (convalidación, declaración de nulidad de oficio).

En efecto, la convalidación puede fijar el inicio de los efectos, salvo prohibición normativa (Cons. St., sez. VI, 12.11.1993, n. 835). La retroactividad (R. Perrone Capano), en todo caso no es admitida por las disposiciones restrictivas (Cons. St., sez. V, 20.10.1951, n. 1289).

Por último, existe el fenómeno de la antelación de la fecha (S. Perongini). Este último se evidencia sobre todo cuando la administración —que está obligada a adoptar un acto en un determinado día, o en un determinado periodo de tiempo (dentro de un contexto normativo y de hecho diferente del presente), omitió hacerlo— será obligada por la fuerza de una sentencia

del juez: los efectos del acto recurren, por lo tanto, desde el día en el cual el mismo habría debido ser emanado (piénsese en la promoción de un funcionario no dispuesta a debido tiempo, pero reconocida obligatoria por el juez).

El tercer caso está constituido por el aplazamiento de los efectos, respecto al del momento en el cual el acto es emanado (artículo 21-bis, ley 241/1990). Esta eventualidad puede encontrarse en las hipótesis abajo enunciadas.

La ley establece que la disposición limitativa de la esfera jurídica de los privados adquiere eficacia frente al destinatario solamente si les es previamente comunicado en los modos previstos por las normas jurídicas (que son: la notificación individual, como para los actos procesales; o las formas de publicidad idóneas, cuando el número elevado de los destinatarios haga imposible la notificación o particularmente gravosa). Está además permitido a la administración declarar con específica motivación el acto inmediatamente eficaz, siempre que no se trate de acto sancionador: en dicho caso retorna en vigor la regla.

Además, son eficaces las resoluciones cautelares y urgentes, aun si limitan la esfera jurídica de los administrados.

Se considera, en todo caso, si bien no exista un precepto general específico, que no sean inmediatamente eficaces, por su naturaleza, los actos que requieren la aceptación o la adhesión de los destinatarios (los denominados “*alti recettizi*”, sobre los cuales v. G. Gardini).

La resolución explica, además, efectos aplazados ya sea en fuerza de una norma jurídica que difiera su eficacia, ya sea en fuerza de una cláusula insertada en el mismo acto; cláusula identificable o en una condición suspensiva o en un plazo inicial: siempre que la ley no prohíba la inserción de cláusulas similares (R. Lucifredi).

Por último, tenemos una particular hipótesis: el acto, en el momento de la exteriorización, es ineficaz porque está sometido al control preventivo de alguna autoridad; sin embargo, si el control interviene positivamente, la disposición controlada produce efectos jurídicos ya desde su emanación. Aquí, como se ve, la eficacia es aplazada si se mira al control de efectuarse, pero es retroactiva respecto al momento en el cual el control viene efectuado y es positivo. Al final, la eficacia resulta contemporánea a la emanación del acto. Sin embargo, la contemporaneidad entre emanación del acto y producción de los efectos es visible solamente una vez acabado el procedimiento de control.

El caso particular contrario a cuanto se ha examinado hasta ahora concierne al cese de la eficacia después que esta última se ha manifestado por un cierto tiempo.

Naturalmente, el asunto puede referirse ya no a los actos con efectos instantáneos, sino a aquellos que producen efectos durables en el tiempo. Ahora bien, puede verificarse que sea la misma norma jurídica a fijar el periodo de eficacia del acto; o este se agota en virtud de una cláusula insertada en la disposición del órgano que lo adopta (o sea, una condición resolutive o un plazo final).

En el caso de que la administración tenga el poder de agregar un periodo de tiempo ulterior a la vigencia del acto, antes que ella venza, se habla de prórroga de la eficacia (M. Sanino).

El artículo 21-quater de la ley 241/1990 otorga a la administración un poder general cautelar, al permitir al órgano que ha adoptado la resolución (o a otro órgano normativamente previsto), suspender la eficacia del mismo, pero solo por un periodo limitado y con adecuada motivación.

Dicho poder era ya precedentemente reconocido a la administración por la jurisprudencia (Cons. St., sez. IV, 24.5.1995, n. 350; en doctrina, E. Cannada-Bartoli; F. Saitta, 2003).

Además, en la dimensión temporal, la eficacia puede ser considerada en su dimensión espacial. Muchas veces esta es delimitada por las fronteras del Estado, pero puede superarlas si, por ejemplo, la resolución adoptada en Italia es eficaz también en otros Estados de la Unión Europea, como sucede en el caso de ciertas habilitaciones profesionales.

Por el contrario, sucede que un acto puede producir efectos solo en una circunscripción territorial dentro del Estado (por ejemplo, en una municipalidad o en una provincia). Sin embargo, existen resoluciones que, aun emanadas por autoridades que tienen competencia territorial limitada, tienen efectos que prescinden de esta, como los permisos de conducir automóviles, o algunas habilitaciones a ejercer profesiones técnicas, expedidas por una región, las cuales permiten al titular, desenvolver la actividad también fuera del territorio regional, como sucede para los maestros de esquí (R. Villata).

Por último, la eficacia puede ser considerada en su dimensión personal o subjetiva, es decir, con referencia al destinatario o a los destinatarios de la resolución.

En tal medida se puede distinguir el acto con destinatario individual, el acto colectivo, el acto plural y el acto general.

El primero existe cuando incide solo sobre los intereses de un único sujeto.

El acto colectivo se refiere a una pluralidad de sujetos determinados, pero considerados unitariamente a los fines de la eficacia, en el sentido de que el acto no es escindible (M. S. Giannini). A esta categoría pertenece, por ejemplo, el acto de disolución de un consejo municipal. El aspecto unitario

se entiende bien si se piensa en que, en el caso de que el acto sea anulado, la reintegración en las funciones sucede simultáneamente para todos los elegidos. Los mismos efectos se producen en el caso de sanciones disciplinarias para todos los alumnos de un instituto escolástico.

El acto plural, en cambio, es unitario solamente en su aspecto externo, siendo en realidad la suma de más actos individuales, reunidos en un contexto único y dotados de idéntico contenido. Así, la administración puede adoptar una sola resolución para expropiar varios bienes inmuebles pertenecientes a distintos sujetos. En este caso la anulación jurisdiccional del acto impugnado por uno solo de los sujetos expropiados favorece solo a aquel y no a los otros (Cass., sez. I, 21.6.1979, n. 3458; Cons. St., sez. V, 12.3.1996, n. 260).

Los actos generales, por último, presentan un contenido unitario y están dirigidos a una pluralidad indeterminada de individuos. Tales son, por ejemplo, los bandos por concurso público, así como las disposiciones que fijan precios de bienes y tarifas de servicios. Su anulación favorece a todos los destinatarios de la disposición anulada (G. Santaniello).

Diferente del concepto de la eficacia del acto es el explicitado por el sustantivo “ejecución” (C. Carbone; F. Saitta, 1995), del cual es necesario diferenciar ulteriormente, en la terminología jurídica italiana, los sustantivos “*esecutività*” y “*eseguibilità*”.

Mientras la *esecutività* es sinónimo de eficacia, la *eseguibilità* se diferencia de la eficacia precisamente porque, presuponiendo esta última, consiste en la ulterior actividad que sirva para hacer concretos los efectos del acto. La *eseguibilità* es necesaria solo para algunos tipos de resoluciones, y recae sobre la misma administración o sobre otros sujetos, y puede consistir algunas veces en actividades de tipo jurídico; otras, en comportamientos materiales. Las circunstancias hasta ahora examinadas se verifican, variadamente, por resoluciones como la expulsión del extranjero, la realización de una licitación, la ocupación de urgencia de un inmueble, la orden de demolición de un fabricado abusivo o inseguro.

Otras resoluciones, por el contrario, no necesitan de ejecución: así sucede para las denegaciones de autorizaciones o de concesiones, para la anulación de oficio o en sede de control, etcétera; estos actos son denominados autoejecutivos.

La *eseguibilità* de la resolución, a su vez, indica la posibilidad concreta que la ejecución suceda efectivamente, por lo tanto, por ejemplo, es *ineseguibile* un acto de requisición de un inmueble que, al momento de la ejecución del acto, ha sido escondido o destruido por su poseedor.

La *esecutorietà* se refiere solamente a algunas categorías de resoluciones expresamente previstas por la ley, y consiste en la posibilidad para la administración de llevar a ejecución el acto con sus propios medios —según las modalidades previstas por la ley— sin que la misma administración esté obligada a dirigirse al juez, como deben, en cambio, hacer los particulares (y la misma administración cuando actúa como sujeto de derecho privado), para obtener la satisfacción de sus propias pretensiones. Se mencionaba anteriormente el acto de requisición; si este no es ejecutado porque el poseedor no entrega el bien, este viene adquirido directamente por agentes de la fuerza pública o por otros agentes asistidos por los mismos. Una situación similar se produce cuando el propietario de un inmueble abusivo no efectúa la orden de demolición. El inmueble es demolido por la administración, la cual pone los gastos de la operación a cargo del sujeto incumplidor. Por lo tanto, además de referirse solo a algunas resoluciones (no tiene sentido hablar de *esecutorietà* de autorizaciones o de concesiones), la *esecutorietà* se realiza mediante ulteriores procedimientos llamados ejecutivos. Por lo tanto, la *esecutorietà* no es un carácter intrínseco a la resolución, sino que es el resultado de procedimientos activables específicamente para asegurar la producción de los efectos de (algunas) resoluciones no ejecutadas (S. Cassese, 1991; G. Falcon; C. Mignone).

### III. LA INVALIDEZ

La invalidez identifica el modo de ser de la resolución afectada por (al menos) un vicio de legitimidad o por (al menos) un vicio de mérito.

El vicio de legitimidad se verifica cuando el acto no es conforme al modelo legal. Sin embargo, es necesario advertir que en el derecho administrativo italiano el modelo legal está constituido no solamente por el conjunto de normas jurídicas que describen cada tipo de resolución, sino también por un conjunto de principios y reglas procedentes por la jurisprudencia.

El vicio de mérito, en cambio, concierne a la oportunidad del acto, o sea, su mejor correspondencia con el interés público. En efecto, podría verificarse que la administración actúe en el pleno respeto de las reglas jurídicas, pero, en el caso concreto, efectúe una elección que sea peor respecto a otras posibilidades, o también inútil o dañina. El parámetro con el cual conmensurar el vicio de mérito, por lo tanto, no es un parámetro legal (A. Amorth, G. Coraggio).

El canon que determina la decisión administrativa está constituido, aquí, por un criterio técnico o estético, así sucede cuando la autoridad establece que una calle siga un trazado hacia arriba o hacia abajo, con mu-

chas galerías y pocos puentes, o viceversa; o que un inmueble sea calificable como obra de arte, en modo tal de permitir realizaciones edilicias solamente para conservarla, no idóneas para alterar su forma y consistencia.

De esto deriva que, en concreto, puede ser oportuna una elección más bien que otra, ya sea acerca del trazado del camino, ya sea acerca de las intervenciones de restauración, más o menos invasoras, sobre el inmueble de valor artístico.

El hecho de que el parámetro de la oportunidad (o sea, de la buena administración) escape de los esquemas jurídicos, determina dos consecuencias: la primera corresponde al límite entre vicios de mérito y vicios de legitimidad —un poco difícil de definir, como se verá dentro de poco— denominado “exceso de poder” (P. M. Vipiana, 2003); la segunda es de enfrentar en el capítulo sobre la justicia administrativa, ya que el criterio de la oportunidad elude el sindicato del juez, salvo que en raros casos previstos por la ley, o sea, cuando el administrado pueda impugnar un acto lesivo de sus situaciones subjetivas deduciendo también, un así llamado, vicio de mérito (G. Vacirca).

Se puede ahora retomar el examen de la invalidez del acto administrativo determinado por su no conformidad con el modelo legal.

La ilegitimidad puede ser de dos tipos según las causas que la provocan y los efectos que el ordenamiento conexiona a las primeras. Se distinguen, por lo tanto, las causas que producen la nulidad del acto, por las que producen la anulabilidad. Se puede comenzar por la nulidad.

En el derecho italiano la nulidad de la resolución nunca ha tenido un gran espacio. Raramente el legislador, a veces la jurisprudencia, han determinado hipótesis que hacen nulo el acto. Más recientemente, con la Ley 15/2005, algunos casos de nulidad han sido señalados en la modificación de la Ley 241/1990 (artículo 21-septies), que contiene disposiciones generales sobre la resolución administrativa que han formalizado cuanto ya desarrollado por el derecho judicial. A estos se agregan casos individuales de nulidad previstos en leyes especiales. Se puede hacer la siguiente ejemplificación. Es nula la resolución a la que faltan los elementos esenciales, que es adoptada en defecto de atribución, en violación o elusión de una sentencia que sea *res iudicata*, que es emanada para asumir dependientes públicos sin concurso (si esto está obligatoriamente previsto) o para encuadrar dependientes públicos más allá de los límites numéricos del rol orgánico; proviene de órganos administrativos caducados. Alguna palabra para precisar la casuística apenas enunciada.

La falta de los elementos esenciales indicaría, aparentemente, un fenómeno de fácil comprensión, si existiera certidumbre sobre el elenco de los

elementos esenciales, en la doctrina y en la jurisprudencia: lo que no es así. El asunto es ulteriormente complicado por el hecho de que la hipótesis de nulidad bajo examen tiende a confundirse con la categoría de la inexistencia del acto más bien que identificarse con la nulidad: véase, por ejemplo, Cons. St., sez. V, 22.4.1961, n. 161; 16.7.1989, n. 552. Sino que la categoría de la inexistencia del acto administrativo tiende a ser negada por la doctrina más reciente (B. G. Mattarella, 2003). Más bien, existe acuerdo en el considerar nulo el acto carente de objeto (por ejemplo, la expropiación de un bien inexistente) o de la forma requerida *ad substantiam* (exteriorización verbal, en el caso de que sea obligatoria la forma escrita), pero ya surgen problemas acerca de la motivación. Para esta última se tiende a afirmar que es nulo el acto completamente inmotivado (en el caso de que la motivación sea necesaria), mientras que es solo anulable el acto en el cual la motivación exista, pero sea insuficiente o contradictoria, salvo cuanto se expondrá a continuación acerca la relevancia de los vicios meramente formales.

A propósito del defecto absoluto de atribución, el vicio se realiza ya sea cuando ninguna norma atribuye a alguna autoridad el poder administrativo que ella pretende ejercitar (carencia absoluta en abstracto: Cons. St., sez. VI, 7.12.2001, n. 6179), ya sea cuando la resolución es adoptada por un ente público diferente de aquel previsto por la ley (en dicho caso se habla de carencia relativa; por ejemplo, en vez del Estado, al cual correspondería, el acto es adoptado por la región, o por la provincia o por la municipalidad o por la universidad). Ya que el Estado, a pesar de configurarse formalmente como una sola persona jurídica, está formado por estructuras que poseen subjetividad (los ministerios), capaces de contratar y de estar en juicio, se considera también nulo por defecto de atribución un acto creado por las oficinas de un ministerio diferente de aquel que es titular del poder de conformidad con la ley.

Bajo otro aspecto se puede distinguir la carencia de poder “en abstracto” de aquella “en concreto”: la segunda se verifica cuando, si bien la norma atributiva del poder exista, falta el presupuesto para el ejercicio del poder, como sucedería si se pretendiera expropiar un inmueble sin la previa declaración de utilidad pública (Cass., ss.uu., 24.10.1958, n. 3457 y 11.4.1960, n. 826).

En cambio, como se verá más adelante, el defecto de competencia da lugar, no a la nulidad, sino a la anulabilidad.

Todavía: es nulo el acto adoptado en violación o elusión de la *res iudicata* (o, en todo caso, de sentencia ejecutiva), donde por “violación” se entiende el evidente contraste con el contenido de la sentencia, por “elusión” el respeto formal a esta, mientras el órgano administrativo, que debería efectuar

la deliberación del juez de hecho las desatiende (Cons. St., sez. V, 6.10.1999, n. 1329; sez. IV, 14.2.2000, n. 757).

Parece que las restantes causas de nulidad representan una reacción legislativa a una costumbre, a veces arraigada, consistente en el contratar funcionarios sin concurso o fuera de la plantilla, por motivos de clientelismo y, sucesivamente a través de procedimientos de regularización (adoptados bajo presión de los mismos funcionarios, o de las asociaciones sindicales).

La última causa anteriormente señalada encuentra su propia razón en una disposición legislativa que ha querido contrastar una costumbre, a veces arraigada, de dejar en el cargo, también por mucho tiempo después de su vencimiento, titulares de las dependencias, solo porque el nombramiento de sus sucesores muchas veces no conseguía el acuerdo de una pluralidad de sujetos a los cuales correspondía la designación. Ahora bien, la conminatoria de nulidad de los actos asumidos por el titular caducado, y que se ha quedado en el cargo aún más allá que la prórroga permitida, constituye el modo de evitar la recordada y deprecada costumbre (artículo 3, c. 3, y artículo 6, c. 2, d.-l. 16.5.1994, n. 293, convertido en la L. 15.7.1994, n. 444).

Además de las causas que provocan la nulidad del acto administrativo, es necesario analizar esta última como efecto. Bajo este punto de vista, la verificada nulidad de la resolución impide que esta se convierta en eficaz: es decir, se verifica lo mismo que en relación con la invalidez/ineficacia en cuanto coexistentes.

Deriva de que el sujeto obligado a hacer alguna cosa, por fuerza del acto nulo, puede lícitamente negar la prestación. Similarmente, la ejecución del alto nulo, por parte de la administración o de un tercero, debe entenderse como actividad de hecho, carente de cobertura jurídica, y por lo tanto removible en cualquier momento por el juez, bajo instancia de todos los que tengan interés o de oficio.

Es necesario ahora examinar el fenómeno de ilegitimidad que provoca anulabilidad, el cual es muy frecuente y, por lo tanto, asume gran importancia. Se puede comenzar el análisis de las causas que producen la anulabilidad del acto administrativo, para pasar luego a analizar los efectos.

Dichas causas, denominadas siempre “vicios de legitimidad”, están agrupadas en tres categorías, conforme a una tradición legislativa que resale a la segunda mitad del siglo XIX. Ellas son determinadas por las siguientes expresiones ahora contenidas en el artículo 21-octies, apartado 1, Ley 241/1990: violación de ley, incompetencia, exceso de poder (A. Piras; P. M. Viapiana, 1997).

La violación de ley es el vicio que ataca la resolución administrativa no conforme a la norma jurídica, o a las normas jurídicas que constituyen su

modelo legal en sentido estricto (R. Cavallo Perin). Aquí, por “ley” se entiende no solamente la ley parlamentaria estatal o de la Ley regional; en el concepto están comprendidos todos los actos-fuente (decretos-leyes, decretos legislativos, estatutos de los entes públicos, reglamentos de las administraciones públicas), y también las normas consuetudinarias. Ni siquiera están excluidas las normas producidas por la Unión Europea, en cuanto sean inmediatamente aplicables al interior del Estado italiano. Prevalece la tesis según la cual también la resolución contrastante con las normas producidas por la Unión Europea e inmediatamente en el ordenamiento italiano, son anulables (G. Greco; Cons. St., sez. IV, 29.10.1991, n. 864), y no simplemente no aplicables, o sea, en sustancia, ineficaz (M. P. Chiti).

El vicio de incompetencia (A. Crosetti) se configura cuando el acto sea asumido, en el ámbito de un mismo ente público (o, en caso de administración desagregada como la estatal, dentro la misma estructura dotada de subjetividad) por un órgano diferente de aquel al cual corresponde, por ley, el ejercicio de la función: por ejemplo, un acto de atribución municipal, y de competencia del Consejo, viene adoptado por el alcalde (T. A. R. Calabria, Catanzaro, 5.9.1997, n. 540); además: un acto adoptable por el rector de la Universidad, según cuanto previsto por el Estatuto del Ateneo, en cambio es aprobado por el Senado académico.

Estos últimos ejemplos aclaran ulteriormente cómo la incompetencia se distinga del defecto de atribución examinado anteriormente. Léxicamente, a veces se usa también llamar el defecto de atribución “carencia de poder” o “incompetencia absoluta” y la incompetencia apenas mencionada “incompetencia relativa”. Las dos figuras, aun constituyendo formas de violación de ley (o sea, de la norma jurídica que otorga una determinada función, respectivamente, a un determinado ente u órgano), se diferencian no solo en cuanto a los efectos (la incompetencia absoluta provoca nulidad; la relativa, solo anulabilidad), sino la segunda (incompetencia relativa) viene tratada como una categoría aparte respecto a la violación de ley, entendida como vicio de legitimidad de la resolución que comporta la anulabilidad, si bien también ella provoque el mismo efecto: la razón de esto resale a la normación que se ha formado en la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia de una técnica legislativa más atenta a la distribución de las competencias que al contenido sustancial de los actos (V. Cerulli Irelli).

Luego, la tradición legislativa formalmente se ha perpetuado, ya que la diferencia terminológica entre “violación de ley” o “incompetencia relativa” no provoca ningún efecto sustancial, considerado que la incompetencia es, precisamente, una violación de la norma jurídica que determina el órgano titular de la función. La distinción, sin embargo, no es totalmente

irrelevante, especialmente en el plano procesal, ya que el juez administrativo debe considerar el vicio de incompetencia antes del de violación de ley.

Más compleja es la descripción del vicio denominado “exceso de poder” (P. M. Vipiana, 2012). La expresión sustraída históricamente del derecho francés ha perdido su significado etimológico, considerando que no quiere indicar en modo absoluto el ejercicio, por parte del órgano que emana el acto, de una función que escapa de los límites de su competencia (P. Gasparri, F. Bassi). El vicio bajo examen se encuentra precisamente, cuando la autoridad administrativa hace mal uso de su propia potestad discrecional, incurriendo, de este modo, en un vicio de la función (F. Benvenuti). Ello, entonces, no puede afectar los actos obligatorios, los cuales encuentran un preciso y exhaustivo paradigma en el modelo legal (Cons. St., sez VI, 29.3.2011, n. 1886).

Aquí, en cambio, el parámetro legal en estricto sentido (o sea, el constituido por normas jurídicas), no basta, ya que es necesario que las elecciones efectuadas por la administración sean conformes a criterios deducibles de un modelo más amplio, constituido también por reglas formuladas por la jurisprudencia, la cual, en resumen, ha enunciado una serie de figuras cuya determinación opera como síntoma relevante de la presencia de la ilegitimidad (para una síntesis de la misma véase S. Cassese, 1995). Pueden ser aquí examinadas las principales.

La más antigua se denomina “desviación de poder”, y se verifica cuando la disposición, en apariencia legítima (porque es adoptada por la autoridad competente), persigue en concreto un fin diferente del asignado por la ley al acto adoptado. Hagamos este ejemplo: dos diferentes disposiciones legislativas describen dos esquemas diferentes de actos; el primero se adopta para despedir del trabajo a un empleado público cuando este no sea idóneo a desenvolver sus competencias; el segundo se adopta para despedir del trabajo a un empleado culpable de una infracción disciplinaria. El desvío se verifica si la administración utiliza el despido por incapacidad con la finalidad de castigar al empleado culpable, ya que no le agrada que aparezca la razón de su alejamiento. O sea, la administración ha efectuado una elección errada entre estas dos disposiciones, empleando una de ellos para realizar el objetivo obtenible con el otro (Cons. St., sez. IV, 13.3.1903: probablemente la primera sentencia sobre este argumento). Un caso más reciente: la administración pronuncia la revocación de la concesión de servicio público a una empresa solo para secundar la voluntad expresada por los sindicatos de los trabajadores (Cons. St., sez. IV, 3.10.2000, n. 5235).

Ulteriores figuras de exceso de poder son: la injusticia manifiesta, la ilogicidad, la desigualdad de trato, el carácter contradictorio del acto, la des-

naturalización de los hechos, la instrucción defectuosa, la motivación incongruente (a mero título de ejemplo: Cons. St., sez. V, 21.5.1982, n. 428; sez. VI, 23.4.1990, n. 463; sez. VI, 13.4.1992, n. 256; sez. V, 8.7.1992, n. 763; sez. IV, 14.12.1993, n. 1069; sez. V, 3.10.1995, n. 1381; sez. V, 11.6.2001, n. 3116).

Con la finalidad de aclarar, es posible ofrecer algunos ejemplos relativos a las figuras apenas señaladas.

Así, se está en presencia de injusticia manifiesta si la administración ordena la demolición completa de un edificio solo porque este supera en diez centímetros la altura máxima permitida, en vez de ordenar el rebajamiento o irrogar una sanción.

Se verifica ilogicidad cuando, siendo evidente que una municipalidad ha sufrido un fuerte decrecimiento de la población en edad escolar, se planifica la construcción de una escuela dimensionada para acoger el triple de los reales usuarios.

La desigualdad de trato se verifica cuando la administración, habiendo quedado sucumbiente en un proceso instaurado por algunos de sus dependientes, decide extender lo juzgado solamente a favor de alguno de los funcionarios que, aun siendo extraños al proceso, se encuentran en la misma condición de plantilla de las partes procesales.

El carácter contradictorio intrínseco del acto resalta cuando los motivos de hecho y de derecho, insertados en una resolución, estén en desacuerdo con el dispositivo: a un funcionario, considerado merecedor de una promoción por una serie de razones explicitadas en el acto, le es negado el avance de carrera. A diferencia de lo expuesto en el ejemplo precedente, la contradictoriedad extrínseca presume la existencia de al menos dos resoluciones (entre ellas conexas): son redactadas para un funcionario unas notas de aprecio por la actividad desempeñada, pero pocos días después, sin que haya intervenido algún hecho nuevo, le es aplicado un castigo (el caso puede ser remirado también como una manifiesta injusticia o ilogicidad).

La desnaturalización de los hechos se verifica si se ordena el cierre de un edificio comercial por falta de respeto de la superficie mínima solo porque esta ha sido medida en modo errado.

La instrucción defectuosa es reconocida cuando es impuesto un vínculo sobre terrenos considerados de interés histórico sin que se hayan realizado verificaciones acerca de la presencia de restos arqueológicos.

La incongruencia o insuficiencia de la motivación no implica su total ausencia (que sería violación de la ley, calificable, según algunos, como vicio implicante nulidad), sino una explicación de motivos oscuros, en contradicción entre ellos o meramente repetitivos de frases hechas.

No debemos olvidar que el exceso de poder es el vicio que permite al juez italiano un sindicato muy amplio de la actividad administrativa, más allá de la mera confrontación con el parámetro legal en sentido estricto, llegándose así a evaluar si la elección discrecional de la administración es aquella querida por la normativa que regula el ejercicio de la función pública. Esto no significa que el juez pueda determinar la mejor elección, entre las múltiples posibles, y sustituirse él mismo a la administración: de este modo, al juez le está prohibido determinar el mejor candidato en un concurso, pudiendo dicho juez establecer solamente si los candidatos han sido evaluados imparcialmente, según procedimientos lógicos, etcétera. En caso contrario, este pretendería buscar los vicios de mérito, recordados. Además, cuando la ley permite deducir en el recurso jurisdiccional un vicio de mérito, como consecuencia se tiene que el juez puede reformar el acto impugnado, sustituyéndose de este modo a la A. P.

Mas allá que en relación con la tipología de las causas que la determinan, la invalidez puede ser remirada —siempre en cuanto se refiere a las causas— más bien que bajo el aspecto de tipología, bajo otros dos aspectos: aquel connotado por el tiempo de la insurgencia y aquel fundado en la contraposición (se podría decir) entre vicio congénito y vicio adquirido.

Con relación al tiempo, se distingue entre invalidez originaria e invalidez sucesiva. Es invalidez originaria aquella imputable al acto mediante un confronto entre el mismo y el modelo legal vigente en el momento en el cual el mismo acto es emanado: esto constituye la aplicación del principio *tempus regit actum*. Con el fin de afirmar o excluir el vicio de violación de la norma jurídica, nacional o comunitaria, es necesario hacer referencia a las prescripciones normativas vigentes en el momento de la emanación del acto administrativo, no siendo influyentes aquellas que han entrado en vigor sucesivamente (Cons. St., sez. IV, 26.4.1994, n. 362; sez. VI, 20.5.1995, n. 498; sez. V, 17.10.1995, n. 1431). La relevancia de la denominada “invalidez sucesiva” (o sobrevenida) es del todo excepcional: ella, por ejemplo, se verifica cuando la norma sobre la cual se funda el acto es anulada o derogada con efecto retroactivo, salvo la preclusión por *res iudicata* (Cons. St., ad. pl., 21.2.1994, n. 4; en doctrina G. Pagliari). Por lo tanto, la superveniencia de la invalidez puede verificarse también cuando la norma de rango legislativo sea anulada una sentencia de la Corte constitucional (A. A. Cervati, R. Pérez).

En cuanto a los vicios “congénitos” o “adquiridos”, se trata de terminología inusual, utilizada aquí solamente para explicar el fenómeno que se produce en las situaciones abajo descritas. Como se ha visto anteriormente, una resolución puede muy bien ser viciada, de por sí, por una o varias de

las anomalías hasta aquí descritas bajo la voz de “invalidez”. Puede suceder, sin embargo, que la misma, junto a dichos vicios (que le son, precisamente, congénitos, porque nacen con ella), reciba uno u otros por la fuerza de su conexión con otro acto precedente (llamado acto presupuesto), conclusivo de otro procedimiento, a su vez, ilegítimo. Ni siquiera es excluido que el vicio que deriva del acto anterior sea el único que niega el acto posterior. Cuando se verifica la situación apenas descrita se dice que la resolución sucesiva es afectada por invalidez derivada. Un ejemplo puede aclarar el fenómeno: la ley regula en un cierto modo la creación de un órgano administrativo competente a emanar resoluciones en una determinada materia. Ahora bien, si el órgano ha sido constituido inválidamente, deriva de él que los actos adoptados por este pueden ser censurados por invalidez derivada, al cual se agrega cualquier otro vicio eventual (se trata de violación de la ley, Cons. St. ad. pl., 29.2.1992, n. 4; en doctrina F. Lubrano).

Como se ha anticipado algunas páginas atrás, es necesario ahora ver cómo se despliega la consecuencia de los vicios apenas descritos (violación de ley, incompetencia relativa, exceso de poder), calificada como anulabilidad. Esta, al contrario de la nulidad, implica que el acto, en tanto cuanto inválido, sea eficaz y deba ser aplicado, a menos que sus efectos sean suspendidos por la autoridad administrativa de oficio o en consecuencia de recurso, o por el juez por demanda del sujeto que ha sufrido la lesión.

A mayor razón, la eficacia decae si el acto inválido es anulado por la misma administración o por el juez.

La anulación tiene efecto retroactivo, y si es consecuencia de un recurso puede ser dispuesto solo si el recurso ha sido tramitado por quien sufre la lesión dentro del plazo de decadencia previsto por la ley y es considerado fundado.

Se debe subrayar que la Ley 241/1990 (artículo 21-octies) prohíbe que sea anulada la resolución cuando ella es afectada por ilegitimidades que se reconocen en la violación de normas sobre el procedimiento o sobre la forma de los actos; pero esto se verifica solo en el caso, por la naturaleza obligatoria de la resolución, ya sea evidente que el contenido del dispositivo no habría podido ser diferente de aquel en concreto adoptado. Algún autor ha criticado dicha solución, al afirmar que el instituto de la “invalidez no invalidante” se configura como remedio equivocado a un problema real, ya que si es verdad que muchas normas son demasiado complicadas, sería necesario simplificarlas, en vez que permitir a la administración violarlas impunemente (B. G. Mattarella, 2005). Se agrega que es controvertido si el defecto de la motivación sea adscribibles a los vicios formales, en modo tal de no incidir sobre la validez de la resolución. Sobre el punto, la juris-

prudencia está dividida, en cuanto parece prevalecer la solución propensa a excluir la anulabilidad del acto vinculado siempre que, como se ha dicho, el dispositivo sea conforme a la Ley (véase en ese sentido, T. A. R. Sardegnia, sez. II, 31.3.2006, n. 476; T. A. R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19.4.2006, n. 835; T. A. R. Lombardia, Milano, sez. II, 8.5.2006, n. 1173; *contra* T. A. R. Puglia, Lecce, sez. II, 20.2.2006, n. 1000, según el cual el defecto de motivación se refiere no a la forma, sino más bien al contenido del acto). En los otros casos retoma vigor la regla general de la anulabilidad a menos que (y aquí interviene una nueva excepción) el vicio que se releve consista en la carente comunicación de la puesta en marcha del procedimiento de adopción del acto, en el caso de que la administración que lo ha emanado demuestre, en juicio, que el contenido del dispositivo no habría podido ser diferente de aquel adoptado concretamente.

Las ilegitimidades formales, recordadas últimamente, son disciplinadas concretamente por la ley, la cual viene de este modo a confirmar una orientación de la jurisprudencia que, ya en el pasado había enucleado una serie de meras irregularidades, no susceptibles de configurarse como vicios de la resolución porque no incidentes sobre el concreto ejercicio del poder (por ejemplo, error material en la fecha de la resolución, indicación equivocada en cuanto al nombre del responsable del procedimiento).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABBAMONTE, O., “L’eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell’ordinamento italiano (1877-1892)”, *Dir. proc. amm.*, 1986.
- AMORTH, A., *Il merito dell’atto amministrativo*, Milano, 1939.
- BASSI, F., “Lo straripamento di potere (profilo storico)”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964.
- BENVENUTI, F., “Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione”, *Rass. dir. pubbl.*, 1950.
- CANNADA-BARTOLI, E., “Sospensione dell’efficacia dell’atto amministrativo”, *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970.
- CARBONE, C., “Esecuzione (atto amministrativo)”, *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.
- CASSESE, S., “L’esecuzione forzata”, *Dir. proc. amm.*, 1991.
- , *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.
- CAVALLO PERIN, R., “Violazione di legge”, *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999.
- CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.
- CERVATI, A., “Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull’atto amministrativo”, *Giur. cost.*, 1963.

- CHITI, M. P., “I signori del diritto comunitario”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995.
- CORAGGIO, G., “Merito amministrativo”, *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- CORSO, G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- CROSETTI, A., “Incompetenza”, *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993.
- CUGURRA, G., “Competenze amministrative e limiti territoriali”, *Dir. amm.*, 2003.
- FALCON, G., “Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo”, *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991.
- GARDINI, G., “L'atto amministrativo c.d. “recettizio” e la sua comunicazione”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995.
- GASPARRI, P., “Eccesso di potere (diritto amministrativo)”, *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- GRECO, G., “Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani”, *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte gen.*, Milano, 1997.
- LUBRANO, F., *L'atto amministrativo presupposto (spunti per una ricerca)*, Roma, 1992.
- LUCIFREDI, R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941.
- MATTARELLA, B. G., “Il provvedimento”, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo I, Milano, 2003.
- , “Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005”, *Giorn. dir. amm.*, 2005.
- MIGNONE, C., “L'esecutorietà delle pretese amministrative”, en SANDULLI, M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- PAGLIARI, G., *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Padova, 1991.
- PÉREZ, R., “I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi”, *Foro it.*, 1964, III, c. 360.
- PERONGINI, S., *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico*, Napoli, 1995.
- PERRONE CAPANO, R., *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, 1950.
- PIRAS, A., “Invalidità (diritto amministrativo)”, *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- SAITTA, F., *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Napoli, 1995.
- , *Il potere cautelare della pubblica amministrazione*, Torino, 2003.
- SANINO, M., “Proroga (diritto amministrativo)”, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- SANTANIELLO, G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1962.
- SCOCA, F. G., “Il regime dei provvedimenti”, en SCOCA, F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

- VACIRCA, G., “Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo”, *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1983.
- VILLATA, R., “L’atto amministrativo”, *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli *et al.*, Bologna, 2005.
- VIPIANA, P. M., *Introduzione ai vizi di legittimità dell’atto amministrativo*, Padova, 1997.
- , *Vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.
- , “Il vizio di eccesso di potere”, en VIPIANA, P. M. y CINGANO, V., *L’atto amministrativo*, Padova, 2012.