

# LA DOCTRINA DEL ACTO CONFIRMATORIO

Por José Luis VILLAR PALASI

Letrado del Consejo de Estado

*SUMARIO: Introducción: el Derecho administrativo como portador de un sentido.—1. El fundamento del acto confirmatorio: consentimiento y extemporaneidad en el recurso. A) La doctrina del acto consentido. B) La doctrina del recurso tardío y extemporáneo. C) La tesis mixta de la Jurisprudencia y la sanción de los plazos.—2. Naturaleza jurídica del acto confirmatorio.—3. La eficacia de cosa juzgada del acto consentido. A) El criterio de la definitividad y el derecho de respuesta. B) Voluntad de revisar o voluntad de repetir. C) El criterio de la novedad en el acto confirmatorio.—4. La configuración jurídica del acto consentido. A) Carácter definitivo del acto. B) Carácter reglado del acto. C) Validez del acto consentido: el problema de la nulidad de pleno Derecho.—5. Los criterios de identificación entre acto consentido y acto confirmatorio. A) Identidad de partes. B) Identidad de petitum. C) Identidad de causa petendi.*

Hace ya bastantes años, como decía BINDBER, que en realidad la ciencia jurídica ha abandonado el plano ingenuo de la estructura meramente conceptual para entrar conscientemente en un campo metódico y total. Esta afirmación es particularmente pertinente cuando se trata del Derecho administrativo, para cuya comprensión no basta edificar geoméricamente los conceptos, sino que es preciso, para captarlos en su total significado, buscar en su finalidad y contrastarla con su circunstancia real. De este modo, el campo de lo administrativo se viene en cierto modo a confundir con la problemática de la eficiencia de los conceptos. No basta en este sentido crear categorías: es preciso, por el contrario, saber hasta qué punto tales categorías son vitales y responden a necesidades vitales. En el Derecho administrativo no basta describir, hay que valorar.

El Derecho administrativo se resuelve en un carácter instrumental para el Estado: se trata por ello de discernir hasta qué punto este instrumento sea eficiente y guarde congruencia con el fin perseguido. Por ello, la primera misión en este campo es el conocimiento de este fin. Si el método

teleológico es, según STAMMLER puso de relieve, uno de los más fructíferos en el campo del Derecho común, esta fertilidad se acentúa en cuanto se conecta con el Derecho administrativo. De hecho, todas las categorías de este Derecho responden a «un momento unitario de la idea finalista» (*ein Einheitsmoment des Zwecksgedanken*) (BINDER), que aboca a dos vertientes: unidad de causa y de efecto (*Einheit von Ursache-Absicht und Wirkung*). Esto es, un grupo de casos podía calificarse de efectiva categoría jurídica cuando responden todos ellos a un fin y a una causa idénticos.

El Derecho positivo es, como *factum* social, el producto de la lucha de fuerzas sociológicas, políticas y económicas, y en cuanto tal, es, como dice ESSER, portador de un sentido (*Träger eines Sinnes*) (1), solución de compromiso entre el mundo de los valores y de las ideas y las necesidades político-sociales del momento. Por ello, el Derecho administrativo no es una ciencia meramente lógica o conceptual. Sus categorías se conservan o se arrinconan en el desván de los viejos recuerdos, no por el rigor científica que contengan, sino por la eficacia social que demuestren.

Todas las categorías jurídicas —sobre todo las administrativas— se crean para llenar un vacío social, y de ahí que la consideración de este fin sea esencial si pretendemos captar la esencia intrínseca de la institución. El Derecho administrativo no se mueve tanto en conceptos como en fines, y quizá ello justifique por qué en él, a diferencia de otras ramas del pensamiento jurídico, no prevaleció nunca la jurisprudencia de conceptos.

Esta perspectiva puede y debe aplicarse a cualquier institución administrativa; mas es singularmente fructífera cuando se conecta al Derecho procesal administrativo.

Este ensayo sólo trata de poner de relieve este punto de vista, en relación con un problema quizás excesivamente concreto, pero no por ello menos interesante.

El artículo 4.º, apartado 3.º de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo, excluye del conocimiento de los Tribunales de tal jurisdicción las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas. Estas resoluciones que se limitan a afirmar de nuevo el mismo supuesto de hecho, ya resuelto en un an-

(1) Dr. Josef ESSER: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, Wien Springer Verlag, 1949, pág. 3: «Recht ist eine sinnvolle Ordnung menschlichen Zusammenlebens».

terior acto administrativo, reciben el nombre de actos confirmativos. El problema sustancial que plantea el acto confirmativo consiste, como ha dicho GIACOBELLI (2), en conciliar en una equitativa visión del Derecho las inderogables exigencias de los términos procesales, establecidos bajo sanción de caducidad, con la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados.

## I. EL FUNDAMENTO DEL ACTO CONFIRMATORIO.

La doctrina y la Jurisprudencia comparadas han fundamentado la irrevocabilidad del acto confirmativo partiendo de la necesidad de mantener la situación de hecho (3), de la ejecución ya efectuada del acto administrativo (4), del largo tiempo transcurrido (5), y de la conveniencia de no mover situaciones existentes en la realidad de hecho. RESTA (6) invoca en este sentido la seguridad y estabilidad de las situaciones jurídicas, principio en el que hay que entroncar no solamente la tesis de acto confirmativo, sino también todo el principio general de la irretroactividad de las leyes. Esta tesis se aproxima a la de MERKL, de la vocación de eternidad del acto: «en defecto de una limitación especialmente temporal expresa, es inherente al ordenamiento jurídico una pretensión de vigencia temporal y local ilimitada». El Derecho posee cierta inercia vital, cierta vocación de supervivencia que le viene de su propio ser y que le hace mantener su validez y vigencia, resistiéndose así a la eliminación del mismo modo que en el mundo físico, producida una fuerza, se mantiene por inercia indefinidamente hasta que se produzca otra fuerza igual y contraria. Esta inercia en el mundo del Derecho es la «pretensión de vigen-

(2) GIACOBELLI: *Spunti critici per la costruzione dell'atto amministrativo confermativo*, en la «Rassegna di Diritto Pubblico», julio-sept., 1948, pág. 178. Cfr., además, SCHULTZENSSTEIN, *Die Verwaltungsklage gegen wiederholte polizeiliche Verfügungen*, en el «Verwaltungsarchiv IX» (1901), págs. 94 y ss. Para Francia, cfr., ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel*, págs. 150-1; Conseil d'Etat. 29 de enero de 1932. rec. de JANSEN en la «Revue de Droit Public», 1932, págs. 258 y ss. HAUMIOU, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 11 ed., 1927, pág. 411.

(3) Consejo de Estado italiano, V sección, 7 junio 1929, 12 junio 1931, 14 mayo 1932, 14 septiembre 1934, 18 octubre 1935, 19 enero 1935, etc.

(4) También Consejo de Estado italiano, V sección, 20 febrero 1931, 9 mayo 1931.

(5) LESSONA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Firenze 1937, pág. 262; *La revocabilità degli atti amministrativi illegittimi*, pág. 352, nota 1. V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffré, 1939.

(6) RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffré, 1939, pág. 16.

cia» o «pretensión de eternidad» (MERKL). NAUMANN y SCHÖN (7) se remiten también a consideraciones de equidad (*Billigkeitserwägungen*). Cuando el particular se aquieta, se crea en su contorno una situación de confianza fundada en su presunta aquiescencia (*Verwirkung*). Tal situación de confianza es lo que fundamenta la irreversibilidad del acto confirmativo, ya que de otro modo se vendría a destruir la situación surgida de buena fe por el aquietamiento del interesado. DREWS y KORMANN (8) enraizan la doctrina del acto confirmativo en la tesis de la irrevocabilidad de las situaciones administrativas, fundando a su vez el principio general como exigido por la naturaleza de la cosa (*aus der Natur der Sache*), indicando KORMANN que la mera emanación del acto hace surgir al mundo del Derecho «un algo irrevocable» (*Ein sonstiges unwiderrufliches Etwas*), tesis que se entronca con otro principio más general de la irreversibilidad del acto humano, el *factum infectum*. KÖLLREUTER (9) explica el principio general partiendo de la tesis de la irrevocabilidad del acto administrativo y sobre la base de un fundamento general de seguridad jurídica, a virtud de la cual deben mantenerse las situaciones ya creadas y consolidadas. La seguridad en este sentido es el reflejo del orden en las situaciones individuales. Desde el momento que existe orden, el individuo sabe a qué atenerse sobre su situación en cualquier género de relaciones. Partiendo de un principio paralelo, OTTO MAYER indica que es evidente que la destrucción de lo creado en el mundo del Derecho es algo distinto y debe ser juzgado con criterios mucho más estrictos que el criterio de impedir el surgimiento de nuevos actos (10). GLUTH (11) se refiere al mantenimiento del estado posesorio (*Besitzzustand*); FLEINER, DUELL, LA-

(7) R. NAUMANN, *Wandlungen im Recht des Widerrufs-von Verwaltungsakten*, Deutscher Rechtsverlag, Berlín-Wien, 1939, pág. 39; SCHÖN, *Billigkeitserwägungen zugunster des Individuums*, en el «Festgabe für das Oberverwaltungsgericht», 1925, pág. 135; «Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtssprechung».

(8) DREWS, *Preussisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil*, 1925, pág. 68; KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, pág. 340.

(9) KÖLLREUTER, en el *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1936, págs. 80 y 81: Der Allgemeine Grundsatz der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten müsse bei den Gestaltungsverfügungen aus Gründen der Rechtsicherheit wieder eingeschränkt werden.

(10) OTTO MAYER, *Verwaltungsrecht, I*, págs. 302-303: Es leuchtet sofort ein, dass die Zerstörung des Geschaffenen etwas anderes ist und strenger beurteilt werden muss, als die Verhinderung des Entstehens.

(11) GLUTH, *Genehmigung und subjektives Recht* en el «Archiv für öffentliches Recht», tomo III, pág. 630.

GENSTEIN, SCHUELE, W. JELLINEK y K. H. SCHMITT, se remiten (12) al principio general del *Treu und Glauben*, según el cual las necesidades de la seguridad jurídica y del tráfico exigirían el mantenimiento del principio más fundamental de *quieta non movere*. RANELLETTI apoya el fundamento del acto confirmativo en la aquiescencia tácita que el hecho de no recurrir supone.

En definitiva, todas las tesis expuestas se dejan reconducir a dos grupos diferentes, o bien al principio del consentimiento presunto (teoría de la equidad, teoría de la aquiescencia), o bien al principio de la seguridad jurídica (teoría de la situación de hecho, teoría de la estabilidad, teoría del *factum infectum*, teoría del estado posesorio, teoría del *Treu und Glauben*, teoría del tiempo transcurrido).

Con la invocación de todos estos criterios generales, no se indica —sin embargo— un principio jurídico que sirva de común fundamento y, de otro lado, tampoco se explica el hecho de que, no obstante su invalidez, un acto administrativo viciado puede ser mantenido durante cierto tiempo en vida hasta el momento de pronunciar su nulidad. Tales criterios pueden quizás reconducirse a un solo fundamento; el explicado por SAUER como *Einmaligkeitsmaxime* (el *non bis in idem*), esto es, que en el mundo del Derecho no se consiente, por razones de economía, la repetibilidad indefinida. Esta tesis de la irrepetibilidad se remonta a su vez al general principio de la seguridad jurídica. Como ha dicho LEGAZ, «el Derecho es por naturaleza un orden». Cuando el particular se siente desamparado e inseguro por una norma jurídica defectuosa, sabe, sin embargo, a qué atenerse, pues sabe que no está asegurado y ese saber es ya una seguridad negativa. Como ha enseñado RADBRUCH, quizá la seguridad, la justicia y el bien común sean valores auténticos absolutos de modo tal, que cuando uno se da no se dé el otro; mas en todo caso la actual visión del mundo presta mayor trascendencia al principio de seguridad, partiendo de la afirmación de KANT, de que «una ordenación legal, si bien no sea conforme a la justicia, vale más que ninguna ordenación». A su

(12) FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 8 ed., 1923, página 199; *Quieta non movere* und *Treu und Glauben*, müssen auch für die Verwaltungsbehörden gelten; DÜLL, *Zur lehre vom Widerruf*, 1934, pág. 62; LAGENSTEIN, *Die Gewerbepolizeierlaubnis*, 1912, pág. 146; SCHOLE, *Treu und Glauben im Deutschen Verwaltungsrecht*, en el «Verwaltungsarchiv.», Tomo XXXVIII, pág. 399, y tomo XXXIX, págs. 1 y ss. W. JELINEK, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*; en «Preussische Verwaltungsblätter», 1931, pág. 805; H. K. SCHMITT, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, pág. 74, nota 271.

vez, cabe también desvelar el sentido histórico-político de esta valoración de la seguridad jurídica. La seguridad fué proclamada por primera vez en su moderno sentido por el pensamiento jurídico individualista propio de los romanistas, que no por azar vivían en la aurora del Renacimiento italiano; no hay duda —dice LEGAZ— que la seguridad tiene, según eso, una notoria ascendencia burguesa individualista, muy en conexión con las necesidades económicas del tercer estado. En esta idolatría de la seguridad jurídica, entendida de un modo absoluto como seguridad-estabilidad, vive la mayor parte de nuestro sistema contencioso-administrativo, y concretamente esto se pone de relieve al examinar el acto confirmativo en conexión con los actos administrativos nulos. El gran error de la concepción liberal-burguesa del Derecho y de la política, o más ampliamente de la vida, fué precisamente creer que la estabilidad en sí da toda la seguridad necesaria para que el hombre pase su vida descansando a su sombra, como si fuese un refugio inexpugnable y como si el Derecho estable no fuese necesario cribarlo en todos los momentos para cerner de él los detritus de injusticia, y como si sobre él no prevaleciese la razón superior de justicia.

De la seguridad jurídica pueden tenerse, en efecto, distintos conceptos, según la perspectiva que se contemple. Así, ha dicho RADBRUCH, que se puede concebir la seguridad de tres maneras. Se presenta, desde luego, como seguridad por el Derecho (seguridad-tranquilidad), es la seguridad contra el homicidio, el robo, contra los peligros de la calle. En segundo término, la seguridad en cuanto certeza, ya que la seguridad por el Derecho presupone que el Derecho mismo sea una certeza (seguridad-certidumbre), entendiéndose por seguridad en tal sentido perceptibilidad cierta de la norma del Derecho, la prueba cierta de los hechos de que depende su aplicación y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho. Aquí la certeza es la del contenido de derecho en vigor, no la validez misma del Derecho. Ambas perspectivas se completan por una tercera, la seguridad-estabilidad o seguridad-firmeza, la existencia de un aparato jurídico —*Gesetzmaschine*— provisto de ciertas precauciones destinadas a poner obstáculos a las modificaciones. En este último aspecto, de la seguridad-firmeza, es justamente donde mayor campo se abre a la crítica. Llevada de un desmesurado afán burgués, la seguridad-firmeza a cuyo campo, como uno de tantos aspectos singulares, corresponde el acto confirmativo, ha llegado a afirmarse en detrimento de la justicia. Esto

se evidencia cuando observamos la falta de reacción de la tesis del acto confirmativo ante los supuestos de nulidad. Como ha dicho Hans PETERS, la jurisdicción contenciosa ha pasado a ser de «protectora del Derecho» (*Hüterin des Rechts gegenüber Mangeln in der Verwaltung*) a ser «protectora de la estabilidad» a ultranza. Podría a estos efectos traerse a colación aquella frase que BLACKSTONE aplicaba a un supuesto análogo: «When a doctor makes a mistake, he makes a bury, but when a judge makes a mistake, he makes a law».

Corresponde ahora examinar la perspectiva de la jurisprudencia respecto al fundamento del acto confirmativo. Partiendo también de modo implícito de la tesis de la seguridad-estabilidad, nuestra Jurisprudencia ha seguido también en este sentido los dos criterios fundamentales antes expuestos: la teoría del consentimiento por la aquiescencia y la teoría de la estabilidad, definiendo al acto confirmativo como el acto extemporáneo en el recurso.

#### A. *La doctrina del acto consentido.*

El R. D. S. de 17 de agosto de 1885, 14 de diciembre de 1885, R. O. de 13 de noviembre de 1885, R. D. S. de 25 de diciembre de 1886, R. O. de 2 de abril de 1887, R. O. de 13 de enero de 1888, R. O. de 3 de febrero de 1888; Auto de 6 de diciembre de 1889; Autos de 9 y 11 de febrero de 1889; Sentencia de 5 de marzo de 1889; Auto de 27 de abril de 1889; Sentencias de 6 de noviembre de 1889, 27 de mayo de 1889, 12 de mayo de 1890, 30 de enero de 1890; Sentencias de 17 de noviembre y 12 de diciembre de 1890; Sentencias de 28 de octubre y 22 de noviembre de 1897, 26 de noviembre de 1897; Auto de 11 de febrero de 1899, 22 de mayo de 1899; Sentencias de 22 de abril de 1899, 10 de junio de 1899, 17 de junio de 1899, 22 y 24 de junio de 1899, 30 de junio de 1899, 18 y 30 de diciembre de 1899; Auto de 5 de enero; Sentencias de 20 de enero, 22 de enero, 31 de marzo, 16 de abril y 14 de mayo, 7 de junio y 22 de junio de 1900; 3, 7 y 10 diciembre de 1900; 7 de enero de 1901, 5 de enero de 1901, 5 de febrero, 16 de marzo, 22 de abril, 15 y 25 de junio de 1901, 4 de octubre de 1901; Auto de 21 de octubre de 1901; Sentencias de 25 de octubre, 15 y 26 de noviembre y 23 de diciembre de 1901; Auto de 29 de marzo de 1902; Sentencias de 5 y 19 de abril de 1902; Sentencia de 21 de abril de 1902; Auto de 12 de junio de 1902; Sentencias de

27 de junio de 1902, 5 de junio de 1902; Auto de 23 de octubre de 1902; Sentencia de 27 de diciembre de 1902; Sentencias de 31 de enero de 1903, 3 de febrero de 1903; Auto de 7 de mayo de 1903; Sentencia de 18 de julio de 1903, 20 de mayo de 1903; Auto de 24 de octubre de 1903; Auto de 12 de noviembre de 1903; Sentencia de 24 de diciembre de 1903; Auto de 9 de enero de 1904; Sentencia de 27 de enero de 1904; Auto de 3 de mayo de 1904, 14 de marzo de 1904; Sentencias de 18 de abril de 1904, 28 de junio de 1904, 9 de julio de 1904; Sentencia de 22 de octubre de 1904; Auto de 4 de noviembre de 1904; Sentencias de 4 de noviembre de 1904, 2 de diciembre de 1904, 16 de diciembre de 1904, 17 de febrero de 1905; Autos de 25 de febrero de 1905, 8 de marzo de 1905, 24 de marzo de 1905; Sentencias de 8 de abril de 1905, 29 de abril de 1905, 3 de mayo de 1905, 5 de junio de 1905; Autos de 6 de junio de 1905, 23 de junio de 1905; Sentencias de 8 de julio de 1905, 30 de septiembre de 1905, 5 de octubre de 1905; Autos de 11 de noviembre de 1905, 13 de noviembre de 1905, 18 de noviembre de 1905; Sentencia de 20 de diciembre de 1905; Auto de 27 de diciembre de 1905; Sentencia de 27 de enero de 1906; Auto de 9 de abril de 1906; Sentencia de 24 de abril de 1906; Auto de 3 de mayo de 1906; Sentencia de 29 de mayo de 1906; Sentencias de 23 de junio de 1906, 30 de junio de 1906, 3 de noviembre de 1906, 19 de noviembre de 1906; Autos de 24 de enero de 1907, 20 de marzo de 1907; Sentencias de 3 de abril de 1907, 3 de mayo de 1907, 28 de junio de 1907; Auto de 20 de octubre de 1907; Sentencia de 30 de octubre de 1907; Sentencias de 9 de noviembre de 1907, 16 de noviembre de 1907, 20 de noviembre de 1907; Auto de 5 de diciembre de 1907, 12 de diciembre de 1907; Sentencia de 14 de diciembre de 1907; Auto de 18 de diciembre de 1907; Sentencia de 25 de enero de 1908; Sentencias de 5 de febrero de 1908, 15 de febrero de 1908; Autos de 17 de febrero de 1908, 22 de abril de 1908, 7 de mayo de 1908; Sentencia de 10 de junio de 1908, 25 de junio de 1908; Auto de 4 de noviembre de 1908; Sentencia de 15 de enero de 1909; Auto de 19 de febrero de 1909; Sentencia de 14 de abril de 1909; Sentencia de 15 de abril de 1909; Auto de 17 de abril de 1909; Sentencia de 19 de abril de 1909; Autos de 28 de abril de 1909, 6 de mayo de 1909; Sentencias de 19 de mayo de 1909, 2 de junio de 1909, 9 de diciembre de 1909, 14 de diciembre de 1909, 22 de diciembre de 1909, 19 de diciembre de 1914, 8 de abril de 1919, 3 de julio de 1919, 7 de mayo de 1920, 14 de junio de 1920, 15 de diciembre de 1920, 8 de febrero de 1921, 5 de



julio de 1920, 21 de octubre de 1920, 15 de noviembre de 1920, 8 de abril de 1921, 8 de marzo de 1921, 30 de noviembre de 1921, 1 de junio de 1921, 29 de marzo de 1920, 18 de abril de 1920, 1 de junio de 1920, 23 de marzo de 1921, 17 de marzo de 1920, 6 de junio de 1922, 4 de mayo de 1922, 21 de diciembre de 1922, 6 de octubre de 1922, 19 de diciembre de 1922, 14 de noviembre de 1923, 23 de noviembre de 1923, 31 de enero de 1923, 24 de marzo de 1924, 9 de octubre de 1923, 14 de marzo de 1923, 29 de febrero de 1924, 29 de marzo de 1924, 18 de abril de 1923, 31 de octubre de 1923, 28 de junio de 1923, 29 de mayo de 1923, 19 de junio de 1923, 5 de diciembre de 1923; Auto de 31 de marzo de 1927; Sentencias de 22 de enero de 1927, 14 de diciembre de 1927, 11 de febrero de 1926, 15 de abril de 1926, 18 de marzo de 1926, 22 de noviembre de 1927, 15 de febrero de 1928, 31 de octubre de 1930, 1 de julio de 1930, 5 de junio de 1930, 25 de abril de 1930, 12 de abril de 1930, 5 de marzo de 1930, 11 de febrero de 1930; Auto de 24 de enero de 1930; Sentencias de 18 de diciembre de 1930, 16 de diciembre de 1930, 5 de diciembre de 1930, 26 de septiembre de 1930, 15 de diciembre de 1930, 3 de diciembre de 1930, 31 de enero de 1931; Auto de 30 de abril de 1931; Sentencias de 14 de abril de 1931, 29 de abril de 1931; Auto de 6 de marzo de 1931; Sentencias de 22 de marzo de 1931, 8 de junio de 1931, 2 de noviembre de 1931, 22 de octubre de 1931, 16 de octubre de 1931, 13 de abril de 1931, 23 de febrero de 1931, 19 de diciembre de 1931, 30 de noviembre de 1931, 11 de enero de 1932, 14 de enero de 1932, 14 de noviembre de 1933, 25 de noviembre de 1933, 11 de diciembre de 1933, 17 de enero de 1934, 23 de febrero de 1934, 27 de febrero de 1934, 28 de febrero de 1934, 21 de marzo de 1934, 24 de marzo de 1934, 29 de mayo de 1934, 15 de junio de 1934, 14 de junio de 1934, 20 de junio de 1934, 26 de noviembre de 1934, 6 de diciembre de 1934, 11 de diciembre de 1934, 1 de junio de 1935, 3 de diciembre de 1935, 13 de diciembre de 1935, 14 de enero de 1936, 21 de enero de 1936, 30 de enero de 1936, 28 de febrero de 1936, 20 de febrero de 1936, 22 de febrero de 1936, 4 de marzo de 1936, 28 de marzo de 1936, 30 de abril de 1936, 28 de marzo de 1936, 30 de abril de 1936, 28 de abril de 1936, 4 de marzo de 1936, 28 de marzo de 1936, 30 de abril de 1936, 28 de abril de 1936, 19 de noviembre de 1941, 15 de diciembre de 1941, 8 de julio de 1942, 23 de diciembre de 1942, 17 de enero de 1942, 26 de febrero de 1942, 11 de marzo de 1942, 23 de marzo de 1942, 11 de junio de 1942, 17 de enero de 1944, 26

de junio de 1944, 27 de marzo de 1945, 20 de junio de 1945, 3 de diciembre de 1945, 8 de abril de 1946, 14 de marzo de 1945, 14 de diciembre de 1946, 21 de enero de 1947, 15 de abril de 1947, 18 de abril de 1947, 3 de febrero de 1947; 14 de diciembre de 1946, 21 de enero de 1947, 15 de abril de 1947, 18 de abril de 1947, 8 de julio de 1947; Auto de 20 de junio de 1947; Sentencias de 7 de octubre de 1947, 25 de octubre de 1947, 22 de diciembre de 1947, 13 de marzo de 1948, 27 de septiembre de 1948, 15 de noviembre de 1948, 22 de noviembre de 1948, 16 de diciembre de 1948, 23 de diciembre de 1948, 26 de octubre de 1948, 25 de mayo de 1949, 28 de junio de 1949, 2 de julio de 1949, 26 de marzo de 1949, 17 de febrero de 1950, 28 de marzo de 1950; Orden de 6 de mayo de 1952; Sentencia de 30 de mayo de 1952, basan, siguiendo el primer criterio, la doctrina del acto confirmativo en el principio general del consentimiento. Tesis ésta que también en la doctrina común ha sido mantenida bajo la rúbrica general de la confirmación tácita (LAURENT y GIORCI), de la confirmación presunta (AUBRY et RAU, DUSI, JOSSERAND y STOLFI de la sanatoria tácita (RAVA y BERTOLINI).

La Jurisprudencia ha sustentado la tesis del acto consentido partiendo de distinta perspectiva. La excepción de acto confirmativo, «cualquiera que sea el juicio que se forme de la cuestión de fondo, impide conocer de ella, sin que de esto pueda quejarse con razón la parte demandante, puesto que no nace para ella sorpresa ni posible injusticia, cuando el fallo se funda en el hecho incontrovertible por ella ejecutado, de no recurrir en tiempo hábil, dependiente de su descuido y que a sí mismo ha de imputar». Las Sentencias de 12 de junio de 1933, 26 de septiembre de 1933, 25 de enero de 1931, 16 de febrero de 1934, 9 de julio de 1934, 6 de diciembre de 1934, 31 de diciembre de 1934, 27 de noviembre de 1935, 9 de octubre de 1935, 26 de junio de 1935, 10 de julio de 1935, 13 de julio de 1936, 9 de octubre de 1935, 6 de octubre de 1934, 19 de noviembre de 1935, 28 de diciembre de 1935, 15 de enero de 1936, 26 de diciembre de 1938, de 15 de diciembre de 1941, 27 de marzo de 1945, 20 de junio de 1945, entre muchas otras, fundamentan la tesis en la presunción de consentimiento que supone el hecho de no interponer recurso contencioso, dentro del plazo legal, o por llevar este recurso tardíamente al Tribunal (Sentencias de 26 de octubre de 1948 y 23 de diciembre de 1948). El acto administrativo adquiere así firmeza al dejar el interesado transcurrir el plazo sin haber ejercitado la acción (Sentencia de 24 de junio de 1948).

La Sentencia de 5 de diciembre de 1949 indica en este mismo sentido que el interesado «debió acudir, si se le negó su derecho, ante la jurisdicción, promoviendo el recurso correspondiente dentro del plazo al efecto señalado, y es a todas luces evidente que al no hacerlo así consintió tácitamente la resolución, toda vez que al dejar de ejercitar la acción pertinente se aquietó y aceptó cuanto en aquélla se prevenía y, en consecuencia, es innegable que al haber adquirido firmeza el acto no cabe en modo alguno reclamar contra la consiguiente aplicación de lo que en él se establece, ni tampoco pedir el reconocimiento de derechos que, de existir, tuvieron su momento oportuno en el que pudieron y debieron hacer valer». Tal consentimiento presunto se basa, a su vez, en que «al interesado corresponde defender sus derechos» (Sentencia de 26 de febrero de 1942).

El consentimiento presunto sobre el que en este sentido puede fundamentarse el principio del acto confirmativo se produce por la falta de reclamación especial y separada en los casos en que tal escrito se admite como trámite formal (supuesto éste contenido por la Sentencia de 10 de junio de 1931) o por el consentimiento especialmente prestado (Sentencia de 3 de diciembre de 1945), o bien por el hecho de no interponer contra el acto administrativo inicial el correspondiente recurso gubernativo o contencioso-administrativo, según los casos. De este modo, en los casos normales la Jurisprudencia sólo excluye el acto confirmativo cuando la resolución confirmada fué recurrida en tiempo hábil, precisándose la comprobación de tal recurso contra la inicial resolución para cerrar el paso a la aplicación del acto confirmativo (Sentencia de 11 de febrero de 1920). El dato de no haberse producido el acto de recurso en tiempo hábil implica así en el criterio de la Jurisprudencia un acto propio, aplicándose el principio de la imposibilidad del «venire contra factum proprium».

#### B.—*La doctrina del recurso tardío y extemporáneo.*

Junto a la presunción del consentimiento que implica la falta de recurso, explícitamente la Jurisprudencia fundamenta la doctrina del acto confirmativo en otro principio paralelo, cual es el de la perentoriedad y la fatalidad de los plazos procesales en función también de la certidumbre

necesaria de las relaciones jurídicas. Así nuestra Jurisprudencia baraja las dos tesis, aplicándolas indistintamente y en las propias resoluciones. Este manejo simultáneo de dos técnicas tiene una razón de ser, al menos histórica. Como se indicó ya en el *rapport* de JAUBERT, la necesidad de un plazo está exigida por el mismo interés público: un lapso de tiempo sin reclamación debe hacer presumir legalmente la ratificación del acto (13). La misma confusión de conceptos es la padecida en el campo del Derecho común al pretender basar la prescripción en la presunción del abandono del titular.

En este sentido, la Sentencia de 22 de mayo de 1930 indica que la prescripción de la acción equivalente a la falta de reclamación, ya que ésta para que sea eficaz se ha de presentar en tiempo y forma. La Sentencia de 26 de junio de 1930 manifiesta que «es evidente y notorio que el acto inicial fué consentido y en firme, y consiguientemente que la declaración que en él se contiene ha creado un estado de derecho que ya no es posible modificar, ni en vía contenciosa, porque ha transcurrido con gran exceso el tiempo en que pudo hacerse, ni por el medio indirecto de recurrir contra el acto confirmativo, pues fácilmente se alcanza que revocada la solución que se impugna, revocada también quedaría, *ipso facto*, y fatalmente, aquella otra inicial». La Sentencia de 30 de septiembre de 1947 expresa que si el particular deja pasar el plazo, se entiende que consiente la resolución impugnada. La Sentencia de 18 de marzo de 1930 abunda en este criterio al indicar que «las resoluciones administrativas, cuando son consentidas por los interesados, quedan firmes y crean, aunque no se ajusten estrictamente a los preceptos vigentes sobre la materia a que se refieren, una situación o estado de derecho cuya modificación ya no es posible, pues no hay otra manera de conseguirla que el ejercicio de los recursos establecidos a ese fin, y precisamente por no haberlos utilizado o haberlos hecho sin éxito, es por lo que surge por ministerio de la ley aquella declaración de firmeza. Como la recta razón enseña, la lesión de un derecho administrativo se produce por primera vez en la primera resolución de ese orden que, aplicando preceptos de carácter general a casos particulares y concretos, lo niegan o contradicen; mas no en los que acerca de ese mismo derecho se dictan después, porque éstas,

---

(13) Rapport de JAUBERT de 13 pluviôse del año XII (1804): *La nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public; un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification.*

si no modifican o revocan el anterior, se sobrentiende que lo ratifican y confirman, puesto que a su ejecución y cumplimiento han de ir encaminadas». La Jurisprudencia, en otra multitud de sentencias, apoya la doctrina del acto confirmativo en la declaración de extemporaneidad del recurso (Sentencias de 5 de julio de 1902, 11 de julio de 1903, 6 de octubre de 1903; Auto de 2 de octubre de 1903; Sentencias de 18 de abril de 1934, 30 de mayo de 1934, 27 de septiembre de 1948, 21 de octubre de 1948, 20 de junio de 1945, 5 de diciembre de 1949, 21 de febrero de 1948, 26 de febrero de 1942, 11 de junio de 1942, 27 de octubre de 1942, 2 de junio de 1944, 6 de julio de 1944, 22 de noviembre de 1944, 20 de abril de 1943, 2 de julio de 1943, 3 de marzo de 1945, 19 de octubre de 1945, 29 de mayo de 1945, 7 de marzo de 1945, 13 de marzo de 1948; Sentencias de 4 de diciembre de 1931, 18 de noviembre de 1935 y 15 de enero de 1936, etcétera), conservando de este modo el carácter fatal de los plazos procesales, ya que de otro modo quebraría esta misma naturaleza del plazo si se permitiera renovar la petición, pudiéndose recurrir, en consecuencia, contra el acto ya consentido. Por ello, si entre el acto inicial y el confirmativo no intermedió el plazo para posible recurso y éste se interpuso en tiempo hábil, no hay excepción de acto confirmatorio (Auto de 6 de marzo de 1913). «Es patente que toda impugnación eficaz en vía administrativa tiene que formularse en la manera prescrita y en el plazo prevenido al efecto, y ello excluye toda posibilidad de que el empleo de cualquier otro sistema de oponerse a lo ya acordado pudiera tener virtualidad jurídica» (Sentencia de 8 de abril de 1946); «de aceptarse el criterio contrario, se llegaría al absurdo de dejar al libre arbitrio de los particulares que se considerasen perjudicados por una decisión administrativa la posibilidad de mantener indefinidamente viva dicha acción, resultando con ello prácticamente inexistente el plazo de prescripción que para el ejercicio de la misma está establecido, ya que bastaría interesar la revocación o la modificación de acuerdos firmes, para que al recurrir contra la resolución negativa que recayere resultase impugnada en definitiva aquella otra disposición, que por haber sido consentida y ser, por tanto, inatacable, había adquirido plena y total eficacia jurídica; y con tan sencillo procedimiento quedaría burlado, al ser inoperante, el término improrrogable fijado por el Legislador para ejercitar válidamente la acción administrativa, con lo que nunca podrían adquirir garantía de estabilidad aquellos actos de la Administración activa que por emanar de su potes-

tad reglada fueran susceptibles de ser sometidos a la función censora de lo contencioso-administrativo» (Sentencia de 13 de marzo de 1948; y en el mismo sentido, Sentencia de 5 de diciembre de 1949). «No se puede pretender el reconocimiento de derechos que, de existir, tuvieron su momento adecuado en el que pudieron y debieron hacerse valer» (Sentencia de 13 de marzo de 1948 citada). La extemporaneidad del recurso parece así la fundamentación más lógica de la aplicación del acto confirmativo (14); la doctrina del acto consentido no parece que pueda estimarse en buena lógica como tal fundamento general del acto confirmatorio, sobre todo si se tiene en cuenta la desmesurada extensión que a este consentimiento se ha dado por la Jurisprudencia. La Sentencia anteriormente citada de 18 de marzo de 1930 aplica el consentimiento al caso de haberse interpuesto recurso contra la inicial resolución, sin que prosperarse la reclamación. La Sentencia de 12 de junio de 1934 y la de 14 de mayo de 1935 aplican la excepción cuando el recurso contra el primer acto se declaró improcedente; La Sentencia de 9 de octubre de 1935 declara que si se interpuso recurso gubernativo, siendo procedente el contencioso, surge la excepción, siendo baldío el intento, según reza la Sentencia de 6 de octubre de 1934, cuando el recurso contra el acto inicial no es procedente en Derecho, y en tal caso la reclamación no perjudica la firmeza del acto. La Sentencia de 28 de diciembre de 1935 admite la excepción en casos de caducidad del primer recurso. Es evidente que en tales casos no puede estimarse consentido el acto inicial; mas, sin embargo, también en este caso se aplica la tesis del consentimiento para justificar el acto confirmativo.

Como ha dicho ZANOBINI (15), «el término es un elemento característico de la potestad de recurso y contribuye a diferenciar éste del derecho de acción. En tanto que la acción no está sujeta, por regla general, a ningún término de caducidad, sino que pervive mientras subsiste el derecho material a que sirve de protección, el recurso está sometido a términos perentorios de caducidad. El recurso presentado fuera de término no tiene como tal ningún efecto jurídico y sólo puede provocar efectos de denuncia. No sirve por ello, como reapertura de la posibilidad del

(14) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1948, vol. II, página 51.

(15) P. BODDA, *La perenzione nei provvedimenti giurisdizionali amministrativi*, 1931.

recurso, el iniciar un nuevo procedimiento conforme al que debía ser impugnado y relativo al mismo objeto y persona: es tardío y extemporáneo el recurso contra el acto confirmativo». Según indica RANELLETTI (16), «la emanación de un procedimiento que sea simplemente derivado o confirmativo de otro precedente, no impugnado en tiempo, no puede dar inicio al decurso de un nuevo término para impugnar el nuevo procedimiento en sede administrativa o judicial. El término debe calcularse desde la notificación o conminación del primer procedimiento. Ningún efecto jurídico nuevo se deriva del segundo, que es pura repetición del precedente, y por ello la eficacia de la decisión del recurso, respecto al primero, se extiende también al segundo, cuya impugnación implica siempre la del primero».

En definitiva, lo que importa, respecto al acto confirmativo, no es tanto averiguar si en tal acto se produce agravio al particular como dilucidar el momento en que el agravio se produjo, como término a que para el cómputo del plazo para recurrir (Sentencias de 19 de noviembre de 1935 y 15 de enero de 1936), ya que de admitirse el recurso contra el acto confirmativo se daría entrada a un recurso de revisión de los actos firmes que la ley no autoriza (Sentencia de 22 de febrero de 1935). Por ello, el aspecto trascendental de la cuestión es saber si el acto confirmativo es, como dice la Sentencia de 11 de octubre de 1940, «susceptible de abuso, error o agravio autónomo»; por tanto el *momento del agravio* (Sentencia de 11 de junio de 1942, 27 de octubre de 1942, 6 de julio de 1944). No es extraño, pues, que si la finalidad del acto confirmativo es la de preservar el carácter perentorio de los plazos procesales, se haya calificado el principio como «fundamental en la materia» (Sentencia de 12 de abril de 1930).

La finalidad que a este principio general debe atribuirse de preservar la fatalidad del plazo procesal se evidencia en alguna otra resolución del Tribunal Supremo. En el caso contemplado por la Sentencia de 30 de noviembre de 1931, se trataba de un expediente instruido para depuración de ciertos hechos y responsabilidades derivadas de los mismos, a raíz del cual fué dado de baja definitiva un funcionario, quedando éste absuelto con posterioridad en el juicio criminal se-

---

(16) RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5 ed., Milano, Giuffrè, 1937, págs. 970 y ss. También DE VALLES, *Sui motivi agiunti dopo il termine al ricorso gerarchico*, en el «Foro ital.», 1927, III, 6.

guido al mismo. Para este supuesto, el Tribunal Supremo evoca que «el consentimiento prestado por el silencio al no utilizar el recurso contencioso administrativo contra la disposición que produjo el agravio, no se puede ni es lícito estimarla invalidada por el hecho de haber pasado la Administración el tanto de culpa a los Tribunales ordinarios y pronunciado después de catorce años sentencia criminal, porque fuera el que fuere el fallo que en el asunto hubiera de recaer, no le impide al autor recurrir contra la decisión administrativa de su definitiva separación de la carrera, oponiéndose a ello si entendía que al obrar como lo hizo la Administración lesionaba su derecho con infracción de precepto legal». De este modo la Jurisprudencia, partiendo del principio de estabilidad jurídica, exige, para que no se entienda aplicable la doctrina del acto consentido, la interposición del recurso procedente, y concretamente del contencioso-administrativo, cuando el acto haya causado estado.

La Sentencia de 14 de marzo de 1945, indica, en el mismo sentido de defender la fatalidad del plazo procesal, que «la teoría del silencio administrativo no se halla establecida exclusivamente a favor de los particulares, por no determinarlo así precepto legal alguno, sino que comprende lo mismo a aquéllos que a la Administración y, por tanto, si transcurre el plazo legal señalado para que la resolución se estime denegada, no cabe conceder a los particulares el privilegio de optar, para entablar desde luego los recursos procedentes o aguardar a que la Administración, cuando lo crea oportuno, resuelva las peticiones ante ella formuladas.

### C.—*La tesis mixta de la Jurisprudencia.*

El dato de que nuestra Jurisprudencia utilice conjuntamente las dos explicaciones o fundamentos del acto confirmativo, la teoría del consentimiento y la teoría del recurso extemporáneo, quizá tenga su explicación en la doctrina del *tempus a quo* del plazo de recurso. El carácter fatal de los plazos procesales no implica, pese a su perentoriedad, que comienzan a correr desde un momento objetivo de la emanación del acto, sino que, por el contrario, empiecen a computarse sólo desde que el interesado es conocedor de la resolución administrativa. Así, la Sentencia de 28 de junio de 1923, la de 29 de diciembre de 1922, la de 7 de febrero de 1949 y muchas otras manifiestan que no perjudica el transcurso de plazo a



quien desconoce la resolución administrativa que lesiona sus derechos. La Sentencia de 14 de enero de 1932 indica que, «establecida en el procedimiento administrativo como norma general la necesidad de que los interesados, en cualquier resolución que les afecte, tengan de ella el preciso conocimiento para que se les permita ejercitar la defensa de sus derechos, la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa responde a la observancia de esa regla, determinando en su artículo 7.º la forma de efectuar las notificaciones; y señalando el término de tres meses para la interposición del recurso administrativo con la prevención de que ese término debe contarse desde el día siguiente al de la notificación de la resolución reclamable o desde el siguiente al en que ésta se publique en el período oficial». El consentimiento se estructura así sobre una doble función: el conocimiento y la falta de impugnación (Sentencias de 29 de junio de 1935, 28 de febrero de 1934, 23 de febrero de 1934; Autos de 8 de junio de 1935, 27 de noviembre de 1935, 24 de junio de 1948, 15 de diciembre de 1941, 8 de abril de 1946, etc.)

Nuestra Jurisprudencia no sigue el criterio de la culpa excusable del administrado que adoptan, por ejemplo, las legislaciones italianas (*error excusabile* (17) y alemana (*Verschuldentheorie*) (18). Sobre la notificación formal admite el conocimiento privado del particular; y de este modo, si el administrado se muestra sabedor de la resolución, empieza a contarse para él el término fatal para interponer el recurso contencioso (Sentencias de 6 de junio de 1922, 4 de mayo de 1922, 21 de diciembre de 1922, 24 de enero de 1919, 24 de octubre de 1932, etc.).

Nuestra Jurisprudencia no admite, pues, la efectiva sanación de los términos, tal como se entiende esta categoría jurídica en la legislación italiana. De otro modo, tampoco se da entrada a la suspensión del término para los casos en que el recurso (la *Neusetzung der Frist*) (19) se haya interpuesto por error contra la autoridad o tribunal incompeten-

(17) Cfr. sobre la sanación de términos, ZANOBINI, op. cit., pág. 51; Digesto I, 1, § XXXIX, *Si quis in appellatione erraverit*; MALINVERNO, *Remissione intermine per ricorso giurisdizionale dopo adita l'autorità giudiziaria incompetente*, en el «Foro amministrativo», 1941, pág. 150; Ley italiana de 8 de febrero de 1925, número 88, aclarando el art. 34 de la Ley del contencioso-administrativo.

(18) Sobre la teoría de la culpa, en el plazo, cfr. «Deutsche Verwaltung», n. 22, pág. 698, 1951.

(19) *Unverschuldeter Fristversäumnis*, cfr. «Deutsche Verwaltung», n. 22 página 697; *Urteil des Bezirksverwaltungsgerichtes*, Berlín-Zehlendorf von. 12-5-1950; I B. 5-50; PRG Bd. 95. pág. 107; Bd. 94, pág. 123; Bd. 100, pág. 306

te (20). En estos casos, la Jurisprudencia, por el contrario, admite la excepción de acto confirmativo, pese al error exclusivo del particular (Sentencia de 16 diciembre de 1930, Auto de 2 de noviembre de 1931). La única virtualidad que a la sanación de plazo admite nuestra Jurisprudencia es, por lo tanto, la falta de notificación al particular interesado. Como indica el Auto de 28 de diciembre de 1897, «están fuera del conocimiento del tribunal contencioso-administrativo las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores, que hayan causado estado y no fuesen reclamadas, determinándose, cuando estos dos motivos existen, la excepción de incompetencia de jurisdicción; para completar la excepción es preciso que la resolución que se estima producida causara estado y no hubiese sido reclamada, siendo indispensable a la comprobación de esos requisitos esenciales que constan de un modo positivo y cierto que el actor tuvo conocimiento de ese acuerdo por notificación administrativa, según previene el artículo 7.º de la Ley». La Sentencia de 15 de octubre de 1903 reitera el criterio indicando que «no procede la excepción de incompetencia fundada en el número 3.º del artículo 4.º de la Ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la providencia que se estima confirmada por la resolución recurrida no conste se notificará en forma alguna al interesado». «No constando la fecha de la notificación al interesado de la resolución reclamada en vía contenciosa, procede completar el término para verificarlo desde que aquél se dió por enterado de la misma» (Auto de 25 de febrero de 1898). «Aun cuando una resolución reproduzca otra anterior, si no consta que ésta fuese notificada, el recurso contra la segunda resolución confirmatoria de la primera interpuesta en fecha es procedente y no, por lo tanto, la excepción de incompetencia» (Sentencia de 26 de septiembre de 1902).

El único error excusable que puede servir de base para una remisión de término es motivado en un defecto de notificación, sin que se admita, por lo tanto, la típica remisión en la que el error excusable supone una categoría general, concediéndose por el tribunal incompetente un breve término para que se interponga por el interesado el recurso procedente. Así, en este sentido limitado, la Sentencia de 22 de noviembre de 1927 indica que el «plazo para interponer el recurso contencioso administrativo debe contarse desde el día siguiente al de la notificación de la reso-

(20) EYERMANN-FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz*, «Kommentar», München, 1950, pág. 114.

lución impugnada, plazo transcurrido con exceso desde la fecha en que aparece fué ésta notificada al recurrente que por el mismo se interpuso recurso; pero teniendo en consideración que en el original del traslado de aquella resolución que fué entregada para su notificación al interesado, se hizo constar de modo expreso que contra la misma podía interponerse el recurso en el plazo de seis meses, dentro del cual lo ha verificado, aun cuando tal plazo no puede modificarse por el error que en dicha notificación aparece cometido, hay que estimar que por haberse cumplido el mismo en legal forma no puede perjudicar al interesado a los efectos de tenerlo por enterado del verdadero término para recurrir y por ende considerar transcurrido dicho término, ni en consecuencia debe considerarse prescrita la acción ejercitada.» En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 15 de febrero de 1928.

Implícitamente nuestra Jurisprudencia entien de que no puede consentirse la resolución que no fué conocida, y por lo tanto en estos casos niega la existencia del acto confirmativo y la excepción de incompetencia que supone. Sin embargo, se trata simplemente de fijar el comienzo del cómputo del plazo fatal para la interposición del recurso. No ha seguido, por desgracia, nuestra Jurisprudencia el amplio criterio de temperamento de la fatalidad de los plazos procesales que el sistema contencioso italiano y alemán han establecido. En comparación, es indudable que la solución que estos dos sistemas citados suponen implica una posibilidad de hacer justicia mucho más amplia que la que supone la angostura de acceso al recurso contencioso y la amplitud de la excepción de incompetencia de nuestro sistema de control jurisdiccional.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONFIRMATORIO.

Desde otra perspectiva, la misma Jurisprudencia califica el supuesto del acto confirmativo como prescripción de la acción o caducidad de la misma (Sentencia de 26 de junio de 1930), o bien como inexistencia de la acción por el transcurso de plazo (Auto de 12 de noviembre de 1903). Se entremezclan así, en relación con el fundamento jurisprudencial del acto confirmativo, doctrinas diversas: acto consentido, consentimiento especial (Sentencia de 3 de diciembre de 1945), consentimiento tácito (Sentencia de 3 de marzo de 1948 y 5 de diciembre de 1949); aquiescencia

o aquietamiento (Sentencia de 7 de julio de 1934, 26 de diciembre de 1935 y 5 de diciembre de 1949); renuncia implícita (Sentencia de 8 de marzo de 1921); convalidación, ratificación (Sentencia de 16 de octubre de 1931), doctrina del «venire contra factum proprium» (Sentencia de 14 de noviembre de 1934, 19 de diciembre de 1934), acatamiento (Sentencia de 13 de julio de 1935), confirmación jurídica (Sentencia de 8 de abril de 1908), acto libre (Sentencia de 3 de diciembre de 1935), abandono (Sentencia de 27 de marzo de 1945), que es preciso analizar para saber sobre cuál de estos términos funciona, o debe funcionar al menos, el acto de confirmación.

Según indica RAVA (21), existe confirmación cuando la autoridad administrativa contra cuyo proceder el particular recurre para obtener la modificación o la anulación declara su voluntad de mantener el acto firme en su integridad: no porque pretenda eliminar un vicio, sino porque lo considera plenamente legítimo y oportuno. La convalidación en este sentido postula, la confirmación excluye o al menos debería, en términos lógicos, excluir la existencia de un vicio. El acto confirmativo, en tanto en cuanto sea confirmativo, no presenta ninguna novedad respecto del precedente, del cual constituye una simple repetición. En este aspecto se diferencia claramente de la convalidación por su presupuesto y por su contenido, sin que pueda hacerse aplicación extensiva de la confirmación tal y como se la configura en el derecho privado; no es pues sostenible en el ámbito administrativo la afirmación de VACANDERE (22) de que el acto confirmativo vivifica el acuerdo que de no ser confirmado quedaría como letra muerta. No existe confirmación cuando el procedimiento se modifica dictándose el nuevo acto ante la presencia de nuevos hechos (Sentencia de 5 de diciembre de 1936) o con diversa motivación. Se trata, por lo tanto, de determinar si hay repetición o novedad del procedimiento. En cuanto exista novedad de tal procedimiento se debe excluir la confirmación. En este sentido no es acto confirmativo el que contiene una disposición nueva.

(21) RAVA, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova. Cedam, 1937, capítulo II, págs. 117 y ss. Sobre la diferencia entre confirmación y convalidación, GUICCIARDI, *I motivi di ricorso gerarchico o ricorso contenzioso*, in «Rivista di Diritto procesuale civile», 1935, I, pág. 29.

(22) VACANDERE, *Des actes confirmatifs*, Thèse, París, 1903, págs. 2 y 10. Al acto confirmativo tampoco cabe identificarlo con la novación, ya que no se altera ninguno de los elementos sustanciales del acto consentido, y de otro lado, la novación destruye el vínculo precedente, creando otro nuevo en su sustitución, en tanto que la confirmación postula la conservación del acto anterior.

La Sentencia de 28 de noviembre de 1902 indica que «la Real Orden, que si bien confirma anteriores resoluciones, obligando a un Ayuntamiento al pago de ciertas obligaciones, establece para dicho pago forma distinta, no puede estimarse reproducción de esas otras resoluciones». La Sentencia de 13 de enero de 1896 establece que «no procede la excepción de incompetencia, fundada en ser la resolución impugnada reproducción de otra anterior ya firme, si la segunda decide sobre extremos nuevos no resueltos en la primera; y aunque sólo se tratase de una aclaración, no puede entenderse que aclarar sea sinónimo de reproducir, en la acepción que esta palabra tiene en la Ley». En la convalidación, los fundamentos son obviamente distintos en el acto inicial y el convalidado. Por el contrario, en la confirmación se exige para el tipo legal identidad de fundamentos. El acto confirmativo es un *nihil novum* respecto al anterior, reproducción exacta del consentido.

Y por ello no se da acto confirmativo, ni la excepción consecuente de incompetencia, cuando no existe tal exacta reproducción (Sentencias de 15 de diciembre de 1920, 22 de abril de 1899; Autos de junio de 1899 y 1 de junio de 1900; Sentencia de 14 de abril de 1931).

«Es improcedente la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando las resoluciones recurridas, si bien análogas a otras anteriores denegadas, no son reproducción de éstas» (Sentencia de 3 de noviembre de 1899), exigiéndose la reproducción sustancial (Sentencia de 21 de febrero de 1896); la Sentencia de 3 de julio de 1919 niega la excepción cuando la resolución, si bien confirma otra anterior, no la reproduce ni la reitera. La Sentencia de 15 de abril de 1947 utiliza la expresión de «reproducción confirmatoria». Existe, además, entre la convalidación y la confirmación una diferencia de carácter subjetivo: la convalidación puede ser obra también de autoridad superior a la que emanó en el procedimiento inicial ilegítimo, en tanto que la confirmación supone identidad en la administración emanante del acto inicial y del acto confirmativo. La manifestación de voluntad del superior que en un recurso interpuesto por parte interesada declara firme el procedimiento impugnado, no puede ser una confirmación, en su propio sentido, sino que constituye simplemente la decisión del recurso jerárquico, con carácter y efectos bien determinados y diferenciales. La confirmación, por no contener nada nuevo respecto al acto precedente, no puede por ello valer para interrumpir ni para reabrir los términos perentorios del recurso, y es éste justamente el carác-

ter que da mayor relevancia práctica a su configuración jurídica, y en la cual se encuentra más justificada la excepción del acto confirmativo y la amplitud dada al mismo por nuestra Jurisprudencia. Este fundamento racional consiste pues, en el hecho de que de no admitirse la excepción del acto confirmativo se consentiría a los particulares la reapertura de los términos a su propio arbitrio, destruyendo de este modo todo el sistema de la justicia administrativa.

Anteriormente se ha puesto de relieve cómo nuestra jurisprudencia, incluso gran parte de la doctrina, fundamenta el principio del acto confirmativo sobre la doctrina del acto consentido, en definitiva, sobre la aquiescencia del particular. Tal aquiescencia no puede, sin embargo, en términos lógicos, provocar una convalidación propiamente dicha. Convalidación y aquiescencia son dos conceptos que sin duda presentan puntos de estrecho contacto, si bien ya, *prima facie*, se observa una diferencia radical, por cuanto la aquiescencia opera solamente en el ámbito del Derecho procesal. Los elementos comunes se remontan a la naturaleza del acto unilateral de renuncia que es propio de ambos y en el objeto que en ambos está constituido por el medio para impugnar o anular el acto. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la convalidación no es término unívoco a renuncia, aunque ésta se presente como una consecuencia o como un modo con el cual se quiere indicar uno de sus efectos. En la aquiescencia, el acto no se sana a través de la eliminación del vicio, y en él existe verdaderamente una mera renuncia con la consecuencia de serle aplicables los principios generales de ésta. No es cierto que donde existe la posibilidad de confirmar un acto esté también la de renunciar a imponerlo, ya que este principio se ve con claridad no es cierto ni recíproco. Existe de otro lado otra radical diferencia. La convalidación puede provenir sólo del autor del acto o de un órgano superior, pero nunca del destinatario del acto anulable. La aquiescencia, por el contrario, supone una actividad que puede producirse, bien en forma expresa, bien en tácita, pero nunca por parte del autor del acto, sino por su destinatario.

Conviene también deslindar los campos de la confirmación y de la ratificación. Con esta última se designan las actividades desarrolladas por órganos que tienen competencia general respecto a una materia dada sobre procedimientos adoptados por otros órganos provistos de competencia temporal u ocasional, cuyo ejercicio consciente en presencia de particular condiciones de urgencia, para evitar perjuicios a la Administración,

haciendo posible una celeridad en la decisión que no consentiría el lento funcionamiento de los órganos ordinarios. En la confirmación, por el contrario, nos encontramos, no como en la ratificación, con un plus de acto inicial, sino con los mismos datos y el mismo supuesto de hecho que en el acto primitivo. En la confirmación hay *quid novum*. Toda razón de urgencia queda, de otro lado, eliminada en la confirmación y a más de ello la ratificación implica siempre el suponer la actividad de un sujeto diverso. De otro lado, en esta ratificación no existe dualidad de actos homogéneos. Por ello «cuando en cumplimiento de un proceso legal, que no había sido tenido en cuenta, una disposición dictada en forma de orden, se eleva a la categoría de Decreto, no cabe estimar la excepción de acto confirmativo, porque siendo la misma disposición no puede entenderse en sentido de reproducción ni en el de confirmación», casos ambos que suponen la existencia de dos resoluciones efectivas (Sentencia de 28 de marzo de 1950).

En definitiva, el ámbito en el que se mueve la confirmación lo expresa suficientemente el antiguo brocardo que afirma que *confirmatio nihil dat novi*. La confirmación supone en este sentido una mera reiteración de los actos anteriores, sin extender, por lo tanto, la relevancia del mismo, es decir, *confirmatio robur addit confirmato sed no extendit*. La confusión existente en la Jurisprudencia e incluso en la doctrina entre la mera confirmación que no supone novedad alguna respecto al acto inicial y la convalidación, debe encontrarse justamente en el derecho intermedio, según el cual la confirmación puede ser, o bien común y ordinaria —*confirmatio simplex*— o confirmación en forma especial —*confirmatio in forma speciali, seu ex certa scientia*—. La primera añade, simplemente, mayor validez al acto, y la segunda atribuya, no una mayor vigencia, sino una nueva vigencia, aplicándose incluso al acto inicialmente inválido, al que hacía firme y válido, supliendo su defecto (23). En definitiva, la confirmación, en su exacto y estricto sentido, no puede implicar nunca la convalidación

(23) Cfr. SCHMALZGRUBER, *Jus ecclesiasticum universum*, Romae, 1884 (X, 11, 30); «Priore modo fit confirmatio quando Princeps vel alius superior potestatem confirmandi habens, nulla, vel non exacta causae cognitione praemissa adeoque de negotio non plene sed confuse tantum instructus, contractum vel actum ab inferiore gestum confirmat in eo statu in quo antea fuit. Posteriore modo autem actum ab inferiore gestum confirmat, perfecta ejus notitia. Prima nihil de novo facit, sed roborat factum, altera novum jus tribuit actui confirmato, eumque si forte invalidus esset, firmum facit et validum, supplendo defectus, qui in eo intervenerunt.» Es claro que la segunda forma de confirmación no es tal, sino una efectiva convalidación.

del acto viciado, ya que en este sentido sólo puede confirmarse lo que inicialmente es válido. Entiéndese en este aspecto el de limitar, a su vez, la confirmación y la mera reproducción (24). Lo que nuestra Jurisprudencia califica de mera reproducción de acto anterior es, sin duda, lo que en puridad de principios debe denominarse acto confirmativo. No existe en estos casos el acto reproducido, ya que la reproducción del negocio es puramente tal, cuando contiene una voluntad dirigida exclusivamente a la actividad de documentación, sin que se añada por la reproducción nada a la fuerza dispositiva del acto. Por el contrario, en la confirmación existe una voluntad de contenido dispositivo. Se trata en este caso de un efectivo acto de disposición y no de un acto de mera documentación. De este modo, una vez ya deslindados los campos que separan la naturaleza propia del acto confirmativo de la aquiescencia de la convalidación y de la renuncia, se comprende claramente cómo el fundamento de la confirmación y de la excepción de irrevisibilidad que comporta debe construirse exclusivamente sobre la base del mantenimiento del carácter fatal de los plazos procesales y no sobre la doctrina del acto consentido. Los ataques que nuestra Jurisprudencia ha sufrido en cuanto se pretende que ha exorbitado excesivamente el principio del acto confirmativo, deben entenderse como dirigidos contra la doctrina del acto consentido, ya que es difícil equiparar una aquiescencia con la verdadera y propia renuncia, puesto que aquélla opera a posteriori, resolviéndose en un simple no ejercicio del derecho del recurso.

### 3. *La eficacia de cosa juzgada del acto consentido.*

Ya es antiguo en el campo del Derecho administrativo el intento de la doctrina de acercar los límites del Derecho procesal común y del Derecho procesal administrativo (25). Pese a la diferencia radical pues-

(24) Cfr. sobre la reproducción del acto jurídico, CANDIAN, *Nueve riflessioni sulle dichiarazioni reproduttive nei negozi giuridici*, en los «Saggi di diritto» Padova, 1931, I, págs. 224 y ss.; MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, en la «Rivista di diritto commerciale», 1919, t. pág. 55.

(25) Cfr. sobre la doctrina actual, HERMANN-ADOLF LÜTGEBRÜNE, *Kostenrecht, im Verwaltungsprozess*, en «Die öffentliche Verwaltung», 3 Jahrg, n. 19, octubre 1950, pág. 581: «Man kann also sagen, das der Verwaltungsprozess die notwendige Ergänzung des Zivil- und Strafprozess ist»; GIESE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, página 122; FRIESENHANN, *Justiz und Verwaltungsrecht*; SCHUTZ, *Sonderöffentli-*



ta de manifiesto entre ambos procedimientos de defensa del interés público y de tutela de intereses privados egoístas, es lo cierto que nunca ha renunciado la doctrina a construir unos principios generales comunes al procedimiento. En este sentido se ha podido decir que el proceso administrativo es el necesario complemento del Derecho procesal común, y a modo de una rama específica del procedimiento general, ya que en todo caso se afirma como principio político, la «indivisibilidad de la justicia» (*Unteilbarkeit der Justiz*) (26). Partiendo de esta idea, la existencia de una raíz común en el procedimiento común y administrativo, respectivamente, la doctrina alemana y la austríaca, fundando ésta en su código de procedimiento administrativo, han venido sosteniendo, casi con unanimidad, la tesis de que el acto administrativo, una vez pasado el tiempo de posible impugnación, pasa a tener la eficacia de cosa juzgada (27). La Sentencia de 10 de abril de 1930 manifiesta en este sentido que el acuerdo firme tiene fuerza y eficacia de cosa juzgada, según los artículos 1.251 y 1.252 del Código civil, 408 de la Ley de Enjuicia-

*chung des Z. J. Bl. Justizverwaltung ULE. Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung*, 16 Beiheft A. R. Z.; BAUER, en el *Deutsche öffent. Verwaltung*, 1949, págs. 189 y ss.; K. A. BETTERMANN, *Über die Beteiligung in Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozessvergleichung in einer allgemeiner Prozessrechtstheorie*, en «D. Verw. Blätter», 15 enero 1951.

(26) KLEINRAHM, *Die Unteilbarkeit der Justiz*, en el «Festschrift zum Wiesbadener Juristentag».

(27) BENEDICENTI, *Contributo allo studio dell'autorità della cosa giudicata nelle giurisdizioni amministrative*; HEIMRICH, *Die Rechtskraft der Verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und der Verwaltungsakte Kölner Diss.*, 1929; MERKI, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*; VIERRANS, *Gerichtsbarkait und Verwaltungshoheit*. Verw. Archiv. Tomo II, 1903, pág. 232. La jurisprudencia alemana utiliza sólo la expresión «de cosa juzgada formal» (formell rechtskräftig Städtotag, 1950, pág. 244. OVG, Münster Bescheid vom, 6-2-1952). Vid., infra en el texto sobre este extremo. Todo el problema de la inimpugnabilidad se plantea naturalmente para las demandas constitutivas. Cfr. RICHARD NAUMANN, *Zur Verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage* en los *Deutsche Verwaltungsblätter*, 1 marzo 1951, Heft, 140; BRETSCHEN, *Die materielle Rechtskraft der Verfügungen unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*. Zürcher Diss., 1923; BEYER, *Die Rechtskraft des Amtshandlungen*, en el «Verwaltungsarchiv», vol. 26, págs. 164 y ss.; LINARES, *Cosa juzgada administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, 1945, y mi trabajo sobre concesiones en esta Revista, núm. 5. En la nomenclatura de CARNELUTTI puede decirse que a la cosa juzgada administrativa no le afecta la imperatividad (cosa juzgada material), sino sólo la inmutabilidad jurisdiccional (cosa juzgada formal). La razón jurídica de esta inmutabilidad especial es cabalmente la potenciación e intensificación del mandato contenido en el acto administrativo y la finalidad de impedir que los Tribunales ostenten el poder discrecional que sólo a la Administración incumbe de mantener o alterar la situación creada o perjuicio del administrado que perdió, con los plazos, el derecho a impugnarla.

miento civil, y 108 de la Ley orgánica de lo Contencioso administrativo.

Se trata de repristinar el concepto general del *caso decidido* —el *stare decisis*—, trayendo el argumento de la irretroactividad de la norma: Se sostiene que nacida una situación jurídica por efecto de un acto concreto, tal situación debe considerarse irrevocable porque la norma no puede reaccionar y anular una situación de derecho ya en vida, en base de actos precedentes firmes. La eficacia de cosa juzgada del acto administrativo firme juega aquí en función de proteger el interés de mantenimiento de situación jurídica; en definitiva, al mantenimiento del estado posesorio. En este sentido, dice MERKL que «cosa juzgada es aquella propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificables en ningún caso por actos de la misma especie o lo son bajo determinadas circunstancias solamente». Según MAYER, la cosa juzgada administrativa es una «estabilidad particular».

«Si la Administración es ejecución de la Ley, lo mismo que la justicia, sus actos deberán correr la misma suerte, en lo que respecta al efecto de cosa juzgada, que las sentencias. Y si determinados fenómenos de ejecución de la Ley son formulación del Derecho, no distinto, por tanto, en esencia a la legislación en forma de Ley, estos actos formuladores, ya sean de la justicia, ya sean de la Administración, habrán de correr también la misma suerte en lo que respecta a la institución discutida. Esta suerte significa la ilimitación temporal y local de la vigencia de cada precepto jurídico individual y de todo ordenamiento jurídico en la medida en que no podamos extraer de este ordenamiento límites temporales y espaciales... A este tenor, todo acto que afecte la cualidad del precepto jurídico seguirá rigiendo mientras no se cumplan las condiciones para su derogación, contenidas, si acaso, en un acto que pertenezca al plano superior de normas. Un acto capaz de fijar las condiciones de derogación de otro acto puede también derogar por sí mismo el acto inferior y puede también autorizar a un acto de este último orden para la derogación de actos del mismo rango... Lo que es inmanente al ordenamiento jurídico no es el principio «Lex posterior derogat priori», sino su contrario «Lex posterior non derogat priori»; en otras palabras, en la duda, el precepto jurídico anterior prevalece sobre el posterior; en la duda, el derecho en todos sus planos o grados no es flexible, sino incommovible. Lo contrario, la preferencia del precepto posterior, la flexibilidad del Derecho, tendrá que ser fijada por el Derecho positivo

y determinado su grado (MERKL). SPIEGEL entronca la cosa juzgada administrativa con el fenómeno de la vigencia de las normas. LEGAZ y FIORINI parecen fundamentarlo, por el contrario, como problema de validez. KELSEN, para explicar la eficacia de cosa juzgada del acto administrativo, parte de la fuerza del derecho. Alguna sentencia aislada de nuestro Tribunal Supremo ha admitido la misma tesis de principio.

En este aspecto, pues, podría construirse un doble sistema de irrevocabilidad del acto administrativo: una irrevocabilidad eventual para aquellos actos firmes que causaron estado y que contienen declaración de derecho a favor de particular, y de otro lado la imposibilidad de alterar el acto administrativo, cualquiera que sea su contenido y naturaleza, una vez que han transcurrido los cuatro años de posible lesividad. La causa de estos dos efectos es radicalmente distinta, ya que en la tesis de la irrevocabilidad normal del acto administrativo se trata, simplemente, de no destruir los derechos adquiridos por los particulares; pero en este caso, cuando el interés general lo aconseja y cuando existe una infracción legal, pese a la adquisición de los derechos, es posible destruir la presunción de legalidad que afecta al acto administrativo a través del arbitrio de la lesividad; por el contrario, cuando el plazo de esta posible lesividad ha transcurrido, el acto administrativo deviene firme y no existe ya ningún recurso legal para poder variar su contenido.

Sin embargo, frente a la tesis de la eficacia de cosa juzgada aplicada al acto administrativo firme o irrevisable, hay que poner algunas objeciones. En primer término, que la Administración, en todo caso, tiene facultad para alterar el acto administrativo viciado cuando en él no se contiene una declaración de derechos, sino, por el contrario, una privación de derechos al particular. En este caso, la Administración siempre tiene facultad para levantar el agravio y para reponer las cosas a su inicial situación. De otro lado, como ha dicho BOETTICHER, la cosa juzgada se desenvuelve en función de ligar decisiones en procesos o contiendas posteriores, y en este sentido es lo cierto que siempre tienen la Administración y los Tribunales posibilidad de desconocer la eficacia del acto nulo, cuando no se trata de un recurso administrativo y, por el contrario, intervenga este *incidenter tantum* en contienda distinta o a virtud del control incidental del Juez civil. No obstante, estas objeciones de principio para la aplicación de la tesis de la cosa juzgada al acto administrativo firme y definitivo, la doctrina en los escasos estudios que ha des-

tinado al acto confirmativo ha partido siempre de los elementos que especifican en el Derecho procesal común la cosa juzgada. Para aplicar la resis de la *res judicata* al acto administrativo, se puede partir de distintos criterios: definitividad del acto, voluntad de repetición o, finalmente, el criterio del *nihil novum*. Parece oportuno examinar sucesivamente estas tests de principio para analizar su congruencia o incongruencia.

A) *El criterio de la definitividad.*

MALINVERNO y CAMMEO (28) parten del concepto de definitividad del acto administrativo y de la eficacia que este carácter definitivo implica formal y sustancialmente. En un sentido formal, el acto definitivo implica la imposibilidad de plantear contra el mismo recursos administrativos ordinarios (oposición y recursos jerárquicos), pudiendo identificarse con el acto que causó estado, oponiéndose así el acto definitivo al acto preparatorio o interlocutorio, en cuanto el acto definitivo regula la resolución jurídica sin consentir un nuevo examen de la cuestión en vía administrativa. La definitividad sustancial deriva, según CAMMEO, del hecho de que en muchos casos el particular tiene derecho a una respuesta, conforme a legitimidad y a justicia, a su pretensión propuesta a la Administración. El derecho de respuesta no es otra cosa, pues, sino el derecho a que recaiga sobre una pretensión un acto administrativo resolutorio. Hasta que tal derecho no se extingue, dice CAMMEO, no se produce el fenómeno de la definitividad. En determinadas circunstancias puede resurgir, después de su casación, el derecho de respuesta ante la presencia de nuevos hechos.

Por ello, CAMMEO indica que el problema de la cosa juzgada del acto administrativo se resuelve en establecer en qué casos y dentro de qué límites se puede reconocer el derecho o el reexamen del acto administrativo con el efecto subsiguiente de hacer cesar la definitividad sustancial del mismo. En este sentido expone que la definitividad cesa donde cesa la cosa juzgada; esto es, donde falta la identidad de personas, de objeto y de

---

(28) R. MALINVERNO. *Ricorso aiurisdizionale e procedimento confermativo*, en la «Rassegna di legis.», 1940, pág. 283; CAMMEO, *La definitività degli atti amministrativi. A proposito di ricorsi contro gli atti amministrativi o modificativi*, en *Giur. ital.*, 1911, III, 1; GIACOBELLI, op. cit., pág. 190, y *Il procedimento amministrativo definitivo*, 1932, XIV, ed., Gallo-Sarno.

*causa petendi* y en los casos en que se dé el remedio de la revisión, edificada por analogía al procedimiento civil.

Contra esta tesis, sin embargo, cabe argüir que cosa juzgada y carácter definitivo son conceptos heterogéneos. En la cosa juzgada se da la irrevocabilidad de la Sentencia por parte del Juez que la dictó, en tanto que el acto administrativo es de suyo, y por carácter general, revocable, dentro de los límites de los derechos adquiridos. Es decir, el carácter definitivo juega sólo respecto al administrado, pero no frente a la Administración, que, pese a haber cesado el derecho de pedir la revocación por el particular, puede siempre ejercitar su potestad de imperio y revocar el acto. La paridad de supuesto, por tanto, con la revocación de sentencias civiles no es admisible. CAMMEO indica que el acto confirmativo puede definirse como aquel en el que el particular no tiene derecho a respuesta administrativa. Un acto administrativo no confirmativo implica que el particular puede dirigirse a la Administración en recurso gubernativo teniendo en este caso un derecho a que la Administración le responda, y cabalmente tal derecho de respuesta cesa allí donde se inmiscuye la confirmación del acto. De otro lado, los elementos que caracterizan al acto confirmativo son la identidad de personas, objeto y de causa de pedir entre el acto inicial consentido y el posterior confirmativo. Para CAMMEO, el problema se plantea entre los dos límites de la cesación de definitividad del acto o de la no cesación de tal carácter. Cualquier error de hecho o vicio de legitimidad, al provocar la nulidad del acto, es causa por la que el interesado adquiere el derecho a una respuesta a petición suya, y en este caso el acto deja de ser definitivo. De ahí se induce la diversidad entre cosa juzgada, que se dirige a cubrir tales errores, y la definitividad encaminada simplemente a no tener de modo indefinido suspendida la discusión, concluyendo que si el ciudadano puede pretender que los actos administrativos sean legítimos, tiene también derecho a obtener una respuesta que se traduce en anticipar la declaración de ilegitimidad que en vía de recurso contencioso puede obtener el particular contra los actos definitivos, y que no es, en conclusión, sino la satisfacción del derecho del ciudadano a la legitimidad de la actuación administrativa.

La tesis sucintamente expuesta de CAMMEO tiene, sin embargo, la radical objeción de fondo sobre el derecho a una respuesta acerca de cualquier vicio o ilegitimidad del acto. Si se admitiera que la denuncia de cualquier vicio de ilegitimidad del acto provoca el derecho a la respuesta,

con el efecto de hacer cesar el carácter definitivo del acto ya emanado, se debería, necesariamente, reconocer la obligación jurídica de la autoridad administrativa de revisar sus propios actos y de revocarlos por motivo de ilegitimidad, siendo así que es ya principio admitido el que en tal caso la Administración tiene sólo una facultad, pero no una obligación jurídica: la de renovar y revisar el acto ilegítimo. Para CAMMEO, el acto confirmativo de un precedente acto es impugnable si en los límites de la confirmación se da derecho a una respuesta que haga cesar el carácter definitivo del primer acto, limitándose a estos casos de cesación del derecho a respuesta la eficacia del acto confirmativo. El procedimiento debiera considerarse sólo aparentemente confirmativo, pero en realidad nuevo, dando lugar a nuevos términos y recursos y a una autónoma impugnación en aquellos casos en que la Administración adopte un nuevo acto confirmando el primero, pero con nueva motivación o nuevo procedimiento, apreciación, consideraciones o argumentación nuevas. Así, solamente se excluye el acto confirmativo cuando se dé la identidad de persona, objeto y causa de pedir, en definitiva, cuando entre en juego el carácter de novedad del segundo acto.

B) *Voluntad de revisar o voluntad de repetir.*

FRAGOLA (29) parte también del principio de la necesidad de coincidencia de los tres elementos de la cosa juzgada para calificar el acto de confirmativo, si bien indica que la tendencia dogmática de aplicar al derecho administrativo la noción de la *res judicata* no debe adaptarse de manera absoluta. La falta de una identidad de términos comparativos para la cosa juzgada (Sentencia firme y demanda reproducida) y para el acto confirmativo (acto consentido y acto de reiteración) hace necesario buscar una nueva base autónoma para construir en el Derecho administrativo la tesis equivalente. Parte FRAGOLA de la trascendencia que para el acto final debe atribuirse al *iter voluntatis*. Dogmáticamente, la distinción entre procedimiento confirmativo y no confirmativo se funda, según FRAGOLA, en la *voluntad de repetir* o en la *voluntad de revisar* —*voluntà di ripetere* o *voluntà di rivedere*—. Cuando la Administración, espontánea o rogadoamente, propone revisar una cierta situación jurídica sobre la que

(29) FRAGOLA, *L'auto amministrativo confermativo*, en «Giur. Ital.», 1941, III, páginas 145 y ss.

decide, concluyendo su procedimiento de revisión con un acto administrativo conforme, incluso, en sus elementos esenciales con el revisado, no estamos frente a un acto confirmativo, porque en tal caso no existe una voluntad de repetir, sino una voluntad de revisar, es decir, un nuevo *iter voluntatis*, un nuevo procedimiento. Por ello, cuando la Administración indica que ha ponderado las circunstancias, estamos frente a un nuevo procedimiento que no puede considerarse como acto confirmativo, pese a que se llegue a las mismas conclusiones de otros actos precedentes, ya que se examinan y resuelven con autonomía valoración y con distinta motivación argumentos nuevos o no decididos. Basta de este modo, según FRACOLA, la existencia de una *ponderación* de argumentos para negar al acto resultante el carácter de confirmativo. La Sentencia de 26 de junio de 1930 parece incidir en este criterio al exigir para que se dé al acto confirmativo la «única finalidad de confianza». Esta idea de la ponderación es indudablemente desorbitada y, de otro lado, si la voluntad de revisar el acto es sin duda relevante *in itinere*, es decir, respecto al procedimiento, en el acto confirmativo no se trata del camino seguido, sino de la resolución definitiva y, por lo tanto, debe calificarse de confirmativo el acto que no presenta ningún nuevo elemento respecto al primero. A más de ello, el mero criterio de la ponderación se manifiesta como contradictorio con la propia tesis de principio, ya que ponderar no es sino examinar argumentos conocidos, y sólo puede quebrar excepcionalmente la calificación de acto confirmativo cuando en él se dé un elemento de novedad. De otro lado, como indica MERKL, por acto administrativo ha de entenderse no la actividad, sino el resultado; no el trabajo, sino la obra de la Administración (30). Lo característico en el acto confirmativo no es que no haya una voluntad, ya que tal voluntad existe, sino que en realidad no existe un nuevo acto, una nueva disposición, ni se alteran con él las situaciones jurídicas anteriores. El acto confirmativo tiene el mismo efecto que el consentido, sin que satisfaga intereses iguales o comunes, sino el único y solo interés del acto anterior. Por ello, la voluntad de revisar, si bien es relevante *in itinere*, no juega papel alguno trascendente en cuanto al acto y no sirve de elemento discriminador de la confirmación. La investigación sólo debe moverse por ello en la afirmación o negación de existir

(30) MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, pág. 174. «Nicht das Tun, sondern die Tat nicht die Arbeit, sondern das Werk der Verwaltung, ist unter dem Verwaltungsakte zu verstehen.»

novedad, por no ser conformes los elementos de identificación entre los dos actos. De otro lado, no basta la mera voluntad de revisar para que se excluya la calificación de confirmativo, sino que precisa la apreciación de nuevos hechos o nuevos datos que impliquen una novedad del procedimiento. Este criterio de novedad lleva aparejada otra consecuencia, cual es la de negar el carácter negocial al acto confirmativo. En efecto, el acto negocial implica una declaración de voluntad, y es tal en cuanto produzca una mutación o alteración en la situación jurídica preexistente. En el acto confirmativo no se produce esta alteración, ya que la energía propia de la confirmación se agota justamente en lo contrario, en el mantenimiento de la situación anterior, en el *quieta non movere*.

C) *El criterio de la novedad en el acto confirmativo.*

El principio de la definitividad y la tesis de la voluntad de repetición sirven de elemento circunstancial para definir en caso de duda lo que sea el acto confirmativo, pero no puede fundamentarse sobre los mismos la configuración típica del acto de confirmación en cuanto a categoría jurídica autónoma.

La misma posición crítica frente a la tesis de CAMMEO y de FRAGOLA sirve de punto para el principio que puede servir de base a la distinción del acto confirmativo de otros actos análogos. Este principio de distinción lo constituye el criterio de la novedad o reiteración (el *neue selbs tständige Verfügung* de la Jurisprudencia alemana) (31). En el acto confirmativo con su propia naturaleza no se añade nada de nuevo al acto consentido, del cual en definitiva es simple reiteración. De este modo, cuando en el acto confirmativo media un elemento de novedad sobre el inicial consentido o cuando se dicta en presencia de nuevos hechos no previstos en este último, no se da la excepción de incompetencia ni, por lo tanto, el tipo legal de acto confirmativo. Tal criterio de novedad en cuanto límite de la excepción de incompetencia que implica el acto confirmati-

---

(31) «Eine durch eine Rechtsmittelbelehrung als neue selbständige Verfügung gekennzeichnete polizeiliche Verfügung kann auch dann im Verwaltungstreitverfahren angefochten werden, wenn keine frühere polizeiliche Verfügung mit gleichem Inhalt bereit unanfechtbar geworden war» (Urteil des Bezirksverwaltungsgerichts, Berlin-Zehlendorf vom. 12-5-1950; 1 B. 5.50. «Deutsche Verwaltung», núm. 22, pág. 724.)



vo es seguido por nuestra Jurisprudencia (Sentencias de 5 de diciembre de 1923, 28 de noviembre de 1902, 13 de enero de 1896). Así, «si bien no existe precepto legal alguno que obligue a la Administración a aclarar sus resoluciones, y por lo mismo contra la negativa en su caso a la aclaración que se pretende no procede el recurso contencioso-administrativo, por tratarse de un acto emanado de una facultad puramente discrecional de aquélla, no lo es menos que si accede a la aclaración solicitada y ésta lleva consigo nuevas declaraciones que implícita o explícitamente puedan suponer la lesión de un derecho preexistente en el recurrente, ya que es dable la admisión del recurso contra la resolución aclaratoria, y en este sentido no puede prosperar la excepción de incompetencia» (Sentencia de 26 de junio de 1923, 20 de agosto de 1907, Auto de 21 de enero de 1898). Sin embargo, para que la aclaración se entienda un *quid novum* es preciso que la inicial resolución fuera confusa, ya que si el acto de aclaración se limita a fijar la interpretación y alcance del acto consentido, se da excepción de acto confirmativo (Sentencia de 9 de junio de 1948). El motivo de esta distinción radica en que el acto confuso es un acto con eficacia multívoca (*Gleichwertigkeit*), que pasa a tener eficacia unívoca por el acto aclaratorio. De afirmarse en este caso el acto confirmativo, se abriría un cauce amplísimo para fraude al administrado. Este criterio no contradice el principio procesal según el que el interesado tiene la carga de recurrir contra todas las posibles interpretaciones del acto, la distinción radica cabalmente en si es posible o no esta aclaración por el particular.

«Si por haber modificado la Administración, con facultades o sin ellas, la resolución contra la cual se interpuso el recurso y después, volviendo la Administración sobre su segundo acuerdo, restaurase la primera, renacerá el derecho del acto a reproducir su recurso» (Sentencia de 5 de diciembre de 1949). El acto confirmativo no es impugnabile autónomamente, porque no produce ningún «nuevo agravio o lesión de derecho» (Sentencia de 10 de marzo de 1905, Auto de 15 de diciembre de 1906, 18 de diciembre de 1907). En este sentido «no procede la excepción de incompetencia, fundada en ser la resolución impugnada reproducción de otra anterior, ya firme, si la segunda decide sobre extremos nuevos, no resueltos en la primera» (Sentencia de 13 de enero de 1896). «Es improcedente la excepción de incompetencia fundada en el supuesto de ser la resolución recurrida reproducción de otra anterior consentida, si aquel

fundamento es inexacto y la primera de dichas resoluciones deroga y deja sin efecto la segunda» (Auto de 26 de marzo de 1901).

Sin embargo, no debe entenderse la mera reiteración en un sentido estricto. El criterio de novedad para la configuración del tipo legal de acto confirmativo es algo más sutil. No se requiere por ello la mera reiteración del acto consentido, sino que basta que el supuesto de hecho y la situación jurídica sobre que versan los dos actos sea idéntica. El criterio de la identidad de la situación jurídica también ha sido adoptado por nuestra Jurisprudencia, y en este sentido «no puede estimarse como reproducción de una resolución anterior consentida la referente a una situación jurídica diversa de la que motivó la primera decisión» (Sentencia de 17 de marzo de 1920). La Sentencia de 1 de julio de 1930 indica que «no habiendo variado las circunstancias, debe entenderse que la reiteración del primer acto consentido constituye un acto confirmativo. «El acto confirmativo deja subsistente el estado de derecho creado en la primera resolución» (Sentencia de 20 de mayo de 1936), «toda vez que ninguna nueva declaración adiciona a las anteriores» (Sentencia de 1 de mayo de 1944).

El criterio de igualdad de la situación jurídica explica por qué en el mismo epígrafe y con la misma razón jurídica se sitúa dentro de la excepción de incompetencia del acto confirmativo la de los *actos de ejecución*. En éstos no se trata sino de dar efectividad al acto consentido como pura ejecución y desarrollo del mismo (Sentencias de 18 de abril de 1920, 17 de junio de 1899, Auto de 9 de junio de 1899, 25 de octubre de 1947, 3 de marzo de 1949, etc.). En el acto de ejecución «no se resuelve nada con propia jurisdicción, ni se produce acto administrativo que tenga contenido independiente del que cumplimenta» (Auto de 18 de febrero de 1936). Así, los meros acuerdos de ejecución lógica y obligada de un anterior acto firme y consentido provocan la excepción de incompetencia (Auto de 20 de junio de 1947); también suscita tal excepción de incompetencia el acto consecuencia de otro anterior (Auto de 30 de abril de 1931, Sentencia de 25 de abril de 1930, 5 de marzo de 1930) o dictados en ejecución de precedente consentido (Auto de 15 de junio de 1903, Sentencias de 6 de octubre de 1903, 2 de noviembre de 1903, Auto de 9 de diciembre de 1903, 12 de diciembre de 1903 y Sentencia de 11 de febrero de 1930). Es lógico que dentro del acto confirmativo entre también el acto de ejecución, puesto que en él se trata meramente de dar efectividad a una declaración de derechos y de obrar en consecuencia con tales declaraciones. El supuesto de he-

cho sobre el que el acto consentido y el acto de ejecución versan es, en definitiva, idéntico, sin que se intermedie la alegación de nuevos hechos.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en el acto de ejecución no se da normalmente identidad de personas, y por ello el único aspecto que hay que considerar es el de la causa del acto y la situación jurídica sobre la que el consentido y el acto de ejecución versan.

En definitiva, pues, el criterió que puede servir para deslindar el acto confirmativo y aceptar o rechazar la excepción de incompetencia provocada por el mismo es la novedad o reiteración que el mismo contenga, esto es, el mantenimiento o la alteración de valores jurídicos emanados con anterioridad. De este modo la concepción se fundamenta directamente en la solidaridad de la serie de actos, cuyo fundamento es la unidad teleológica. El acto confirmativo carece así de autonomía funcional, ya que el momento de la lesión que puede infligir a los derechos particulares es el momento de emanación del acto consentido. Por ello, el acto confirmativo no tiene impugnabilidad *ex se*, basándose en esta razón su imposible revisión.

#### 4. *La configuración jurídica del acto consentido.*

En principio, la misma perspectiva de la cosa juzgada en el campo del Derecho procesal común es una perspectiva falsa. Como ha puesto de relieve MALINVERNO, el juzgador, cuando se le plantea la excepción de cosa juzgada, examina y confronta una resolución judicial ya firme y otra resolución futura. El término *a quo* inicial de la confrontación es, en el caso de la *res judicata*, una sentencia firme cuya validez en el mundo del derecho es indiscutida. Esta resolución inicial, en el caso del acto confirmativo, no es, por el contrario, una resolución administrativa indiscutible, sino simplemente un acto, sin más calificativos. Planteado así el problema, no es posible identificar exactamente el supuesto de la cosa juzgada con la tesis del acto confirmativo. Por la excepción de cosa juzgada, basta con resolver el problema de la identidad de la acción, esto es, la identificación del derecho material e individualizado objeto de la Sentencia. Para la doctrina del acto confirmativo es necesario analizar, en primer término, el acto consentido, verificando con posterioridad el examen de congruencia e identidad de los dos actos.

Se evidencia esta radical distinción entre las dos doctrinas, teniendo

en cuenta, además, que cabalmente en méritos a que el acto inicial no es de suyo indiscutible, la Administración puede normalmente revocar sus propias resoluciones, en tanto que el juzgador nunca puede ir contra su propia resolución, ya que es a él a quien primariamente vincula la misma. Como ha dicho LENT, la eficacia de la *res judicata* estriba, fundamentalmente, en su validez e indiscutibilidad en otras contiendas (*Geltendmachung in anderen Ansprüchen*). De este modo, al acto administrativo confirmatorio le afecta sólo la eficacia formal de cosa juzgada, es decir, su indiscutibilidad en el procedimiento, pero carece de virtualidad material a los efectos de establecer, de modo definitivo, el supuesto de hecho o la situación jurídica que le sirve de base (*Tatbestandswirkung, Existenzwirkung*). Esta diferencia la ha puesto de relieve claramente la Sentencia de 20 de mayo de 1936 al indicar que «la Administración puede por sí rectificar en determinados casos sus resoluciones, cuando hayan sido dictadas con error de hecho; pero a la jurisdicción contencioso-administrativa se le veda revisar las resoluciones que reproduzcan otras consentidas» (Sentencia de 22 de abril de 1931). El acto confirmativo de este modo se manifiesta como sustentado en una base exclusivamente procesal, como una excepción perentoria apreciable de oficio (Sentencia de 22 de febrero de 1809, R. D. S. de 17 de agosto de 1885, R. D. S. de 1885. Sentencia de 30 de enero de 1890, Autos de 9 y 11 de febrero de 1809, 27 de abril de 1889. Sentencias de 6 de noviembre de 1809, 27 de mayo de 1809, etc.; Sentencias de 6 de noviembre de 1889, 27 de mayo de 1889, 12 de mayo de 1890, 17 de noviembre y 10 de diciembre de 1890, 25 de abril de 1930, Auto de 31 de marzo de 1927, Sentencia de 22 de enero de 1927, 14 de diciembre de 1927, Auto de 24 de enero de 1930, Sentencia de 30 de octubre de 1947, 3 de febrero de 1947, etc.) (32), sin que sea idéntica la naturaleza del mismo a los efectos materiales.

En este sentido se puede decir que al acto confirmativo sólo afecta la eficacia formal de cosa juzgada, esto es, la indiscutibilidad dentro del procedimiento. Así, cuando nuestra Jurisprudencia emplea el término de acto que ha devenido firme (Sentencia de 22 de junio de 1935, R. D. C. de 27 de abril de 1921, Sentencias de 15 de diciembre de 1941, 9 de octubre de 1935, 6 de octubre de 1934, 24 de junio de 1948, etc.) utiliza la

(32) Cfr. sobre el problema de los pre-juicios procesales en el Derecho administrativo. BARING, *Die Prozessvoraussetzungen in Verwaltungsrechtstreig*. Archiv. öff. Rechts, tomo LXXVI, Heft, 3.

expresión en los términos de indiscutibilidad en el procedimiento contencioso, sin que suponga ello una eficacia material de cosa juzgada en el sentido de que el acto consentido regule ya de modo definitivo, sin ulterior posibilidad de variación, la relación jurídica que le sirva de base.

Por ello, de modo diferente a lo que acontece con la cosa juzgada, es preciso, respecto al acto confirmativo, verificar y utilizar el acto inicial consentido, de modo que si éste es nulo o no reúne los requisitos para obtener la firmeza, del mismo modo el confirmativo adolecerá de los mismos vicios y de la misma naturaleza jurídica, dado que, en definitiva, no es sino simple reiteración de un acto anterior, sin añadirle ningún valor jurídico nuevo ni mayor extensión o intensidad en su validez.

a) *Carácter definitivo del acto.*

El primer requisito para que se dé en el procedimiento contencioso la excepción de acto confirmativo es la de que el acto consentido tenga carácter de acto definitivo. Este requisito lo ha reiterado multitud de veces nuestra jurisprudencia (Auto de 21 de septiembre de 1904, Sentencias de 24 de octubre de 1904, 21 de enero de 1905, 27 de enero de 1905, 13 de octubre de 1905, Auto de 1.º de diciembre de 1905. Sentencias de 30 de diciembre de 1905, 14 de julio de 1906, 28 de febrero de 1907, 17 de enero de 1942, etc.). De este modo, si el primer acto no resolvió el fondo de la cuestión por falta de antecedentes, la reiteración o confirmación del mismo no supone excepción de acto confirmativo (Sentencia de 21 de junio de 1905), ni tampoco el único acto consentido cuando éste era de mero trámite (Sentencia de 24 de octubre de 1904); del mismo modo no es definitiva ni causa estado la Real Orden confirmatoria de un acuerdo gubernativo que aprueba un presupuesto municipal con la salvedad del derecho de los interesados para decretar un arbitrio (Sentencia de 27 de septiembre de 1905), e igualmente no causan estado las resoluciones cuyo carácter sea meramente condicional y transitorio (Sentencia de 30 de septiembre de 1907).

Según el Auto de 5 de noviembre de 1906, «las diligencias de mera sustanciación que las leyes y reglamentos exigen en los expedientes administrativos no tienen, ni pueden tener, el concepto ni la eficacia de resolución para los efectos jurídicos de poderlas declarar como a éstas consentidas o confirmatorias en su caso y de dar o negar el recurso conten-

cioso administrativo contra las mismas». La Sentencia de 17 de enero de 1942 reitera la necesidad de que el acto inicial sea definitivo para que pueda aplicarse la excepción de acto confirmativo.

En definitiva puede decirse, siguiendo el criterio de analogía con la de acto consentido que no reúne los caracteres de firmeza, definitividad y de haber causado estado, del mismo modo que no producen excepción de cosa juzgada las sentencias interlocutorias.

b) *Carácter reglado del acto.*

Para que se provoque la excepción de importancia que el acto confirmativo supone, es también necesario que se dé el carácter reglado del acto consentido, ya que, de otro modo, el acto, siendo discrecional, escapa al control jurisdiccional en nuestro sistema contencioso. Pueden darse, sin embargo, las dos excepciones conjuntas (Sentencias de 23 de marzo de 1934, 28 de mayo de 1935, 26 de junio de 1935, 19 de noviembre de 1935, Auto de 4 de octubre de 1900, 8 de marzo de 1905), y en ciertos casos prevalece la excepción de acto confirmativo, por cuanto el carácter discrecional del acto impugnado puede hacer necesario el examen de fondo, para discernir la discrecionalidad alegada. En tales casos —supuestos de duda en el carácter discrecional— prima la excepción de acto confirmativo, impidiendo el examen de fondo. Esta prevalencia se explica por la propia razón de economía procesal, ya que de todos modos, sea discrecional o reglado el acto recurrido, es ocioso su examen de fondo, si media la excepción comprobada de acto confirmativo.

c) *Validez del acto consentido.*

Radica justamente en el requisito de la validez la diferencia esencial que cabe encontrar entre la doctrina del acto confirmativo y la tesis de la cosa juzgada. Es lógico que si la confirmación del acto no añade nada nuevo al acto inicial reúna los caracteres que a éste afecten, de modo que sólo sea válido el acto confirmativo cuando lo sea el inicial consentido, afectándole del mismo modo los vicios que el primero pudiera contener.

El problema de las consecuencias que la existencia de vicios en el acto administrativo implique es una cuestión ardua debatida en la doctrina en sentido totalmente contradictorio, sin haberse llegado a una unidad de criterios. La dificultad radical del problema estriba en aceptar o

negar la categoría de la inexistencia ó nulidad de los actos administrativos. Normalmente, en la doctrina se sigue la tesis de aceptar tal categoría jurídica. Únicamente la escuela vienesa sostiene que se trata de una categoría que no se da en el mundo del Derecho administrativo, sino que es puramente conceptual. Esta última tesis parece ser la que ha sostenido nuestro Tribunal Supremo, siguiendo demasiado radicalmente el paralelismo, que sólo es admisible por razones de analogía, entre la cosa juzgada y el acto confirmativo. Así, la Sentencia de 30 de mayo de 1934 ha indicado que «no obsta la solicitud de nulidad pretendida para que el tribunal ante quien se ha presentado la demanda deje de entrar en el fondo del asunto, ya que en todo caso la nulidad se refiere al primer acto que no fué recurrido». La Sentencia de 6 de octubre de 1934 reitera que «cuando se da la excepción de acto confirmativo no puede entrarse en el fondo del asunto, cualquiera que sea la apreciación jurídica que merezca el mismo». La Sentencia de 2 de junio de 1944 manifiesta que «habiéndose agotado la vía gubernativa y causado estado, se hizo firme y consentido, si el interesado no impugnó, fueran cualesquiera los defectos de tramitación del expediente gubernativo y hasta sus vicios de nulidad, que en todo caso en tiempo hábil y ante el tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera sido pertinente y necesario esclarecer y declarar si así procediera hacerlo». Cuando se alega la excepción de acto confirmativo no puede entrarse a examinar el fondo del asunto, y esto «cualesquiera que hayan sido los motivos determinantes del error originario, de la firmeza, por la acción del tiempo, de la resolución que denegó el derecho invocado» (Sentencia de 11 de enero de 1909). «Aunque el acuerdo sea nulo por defecto de forma, como en el caso concreto del acuerdo de constitución tomado con emisión del informe del Colegio del Secretariado, que da lugar a la nulidad, como el interesado se aquietó y no reclamó esta nulidad, ha de mantenerse como válido» (S. 2 junio 1944).

Dos únicos supuestos acepta la Jurisprudencia para que, pese a la excepción de acto confirmativo, pueda entrarse a conocer el fondo del asunto. El primer supuesto lo constituye lo que ha venido en llamarse el recurso objetivo de nuestro sistema contencioso, esto es, la alegación de vicio de procedimiento. En este sentido, sin embargo, la Jurisprudencia no está totalmente concorde (cfr., por ejemplo, Sentencia de 12 de junio de 1933), pero puede decirse que el criterio jurisprudencial es el de la admisibilidad del recurso en tales casos. Así, la Sentencia de 4 de diciem-

bre de 1934 manifiesta que «la incompetencia para conocer de la cuestión del pleito no excluye la que siempre corresponde al tribunal para examinar y pronunciarse sobre los defectos en que la Administración pueda haber incurrido en la tramitación de los expedientes, cuando se alega que constituye vicio susceptible de determinar la nulidad de las resoluciones dictadas». El segundo supuesto es el de la evidencia del vicio para la nulidad, como sucede, por ejemplo, en los casos de incompetencia manifiesta.

En el Derecho comparado, la solución para los casos de actos administrativos nulos de pleno derecho es totalmente distinta de la adoptada por nuestra Jurisprudencia. El Consejo de Estado italiano, cuya Jurisprudencia se basa sobre una doctrina del acto confirmativo fundamentalmente idéntica a la nuestra, ha sentado reiteradamente la tesis de que es inadmisibile el recurso contra el acto nulo por ser innecesaria la impugnación jurisdiccional (Sección 5.<sup>a</sup>, 16 de marzo de 1949, núm. 167).

Normalmente, nuestra Jurisprudencia sigue la teoría de la confirmación impropia, que no reviste los caracteres de una auténtica confirmación, sino que pasa a ser una efectiva convalidación del acto inválido. En principio, la tesis de la anulabilidad y la tesis paralela de la nulidad del pleno derecho son sostenibles. Nuestra Jurisprudencia, siguiendo el criterio de preferir la seguridad, estabilidad a la seguridad jurídica propiamente dicha, ha seguido el principio de la simple anulabilidad, dejando como categoría meramente conceptual la nulidad del pleno derecho. Implícito está el punto de partida en este criterio; el que el sistema de la nulidad responde a una rigurosa concepción lógica; pero es, desde luego, como ha dicho CARNELUTTI, una solución antieconómica, sobre todo si se tiene en cuenta que en el Derecho administrativo no pueden aplicarse sin más los principios del Derecho privado. De esta forma, en nuestro sistema prevalece la anulabilidad sobre la nulidad; la falta de un requisito esencial provoca la posibilidad de anular el acto en tanto que en el Derecho privado la consecuencia es la de la nulidad de pleno derecho, a la vista de la posición subordinada que en el mismo asume la manifestación de voluntad de las partes y las deficientes garantías que implica para la observancia de la Ley, a diferencia de lo que sucede en el Derecho público. En un Estado de Derecho, el principio de la legalidad postula que las decisiones singulares sean conformes a las disposiciones generales e impersonales, y de otro lado, la sumisión de



todo acto jurídico a las reglas que le son superiores en jerarquía. La realidad ha hecho superar, sin embargo, este principio, que, sutil en su planteamiento no ha sido asimilado totalmente por los hechos, dándose sólo en una forma impura. Evidencia esto el fenómeno de la creciente extensión de los dominios sustraídos al control de la legalidad por la fuerza de expansión del principio no coincidente de estabilidad.

Existe otra razón de ser, puramente histórica, en la negación de la categoría de nulidad de pleno derecho en el campo administrativo. En el mismo ámbito privado la confusión de los conceptos es explicable. En el Derecho romano solamente se aceptaba la existencia o inexistencia del acto, sin darse en consecuencia un término medio, temperándose luego con la intervención de los Pretores el carácter absoluto que el principio de concentración suponía por referirse no sólo al concurso de los presupuestos, sino también a la inmediata ejecución de los efectos. Con la intervención de los Pretores se creó la figura de nulidad como excepción, pero esta categoría no excluía la eficacia del acto, sino que justamente la suponía previamente, ya que en vista del efecto acordado al acto se concedía la excepción para paralizarlo.

Explica esto por qué en este estadio del Derecho se verificó la tendencia a concebir los casos de ineficacia no como tal ineficacia material, sino como especies de determinadas instituciones procesales de amplísimo uso. Junto a esto debe tenerse en cuenta que tampoco el Derecho romano construyó una teoría general de la nulidad, sino que contempló los casos singulares de negocio nulo. Tal teoría general tampoco se encuentra en los intérpretes del medievo, pese a que tendieron a ampliar los conceptos apenas apuntados en los textos romanos. Surgió así la institución del *in integrum restitutio* excepcional en el Derecho romano y empleado en el Derecho intermedio como última solución para impedir el triunfo de la iniquidad cuando no existía otro remedio procesal ni material. Alrededor de esta institución se reagruparon por el derecho intermedio muchos casos de eficacia incierta o eliminable, surgiendo así en este período el sistema de *lettres de rescisión*. Tanto la ampliación de la restitución íntegra, como la creación de las cartas de rescisión y la influencia del Derecho germánico con sus *Urteilsschelte*, implicaban ya de suyo en el fondo el convencimiento de que no se daba la categoría de la nulidad de pleno derecho, sino que la ineficacia tenía que defenderse y conseguirse. De otro lado se crearon una serie de categorías

intermedias contrapuestas a la nulidad de pleno derecho: la *debilitas*, al *nullitas per sentenciam*, la *evacuatio por querelam*, ampliándose la esfera de los actos *qui rescisionibus indigent*. Se contrapuso así a la *nullitas ipso jure* las *restitutiones*, al acto nulo el acto *annullandus*, a la nulidad que es objeto de simple declaración, la nulidad que se somete a sentencia constitutiva o subordinada a que se otorgan las cartas de rescisión. No es extraño, por ello, que al llegar la época de las modernas codificaciones, la incertidumbre sobre una teoría general de la nulidad penetrase en todos los sistemas de derecho privado. Y es mucho más explicable que el concepto y la teoría general de la nulidad en el Derecho administrativo se resistiese a encuadrarse como categoría jurídica unívoca, ya que es consustancial al Derecho administrativo la flexibilidad de sus instituciones, variantes en cada caso y en cada momento.

De otro lado, sustenta también la tesis de que no se da la nulidad de pleno derecho como institución general la distinta perspectiva que el acto administrativo supone respecto al acto civil. En el acto administrativo es consustancial la presunción de legalidad o presunción de legitimidad que provoca juntamente el carácter ejecutivo que a los actos administrativos afecta en general. Esta presunción de legalidad (33), bien se base en el interés público (34), en las mayores garantías de control (35), en las máximas de experiencia (36), en la apariencia de legitimidad del acto (37), o en su emanación por un órgano soberano (38), en un criterio de privilegio (39) o en el carácter autoritario de acto (40), justifica la ejecutoriedad del acto, que de este modo es el límite y frontera a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Por ello, salvo los casos

---

(33) G. TREYES, *La presunzione di legittimità degli amministrativi*, Padova, Cedam, 1936. La doctrina alemana sigue también esta propia terminología (*Vermutung der Richtigkeit und Gütigkeit*). Cfr. MAUNZ, *Die Rechtmässigkeit der Verwaltung*, en FRANK, *Deutsches Verwaltungsrecht*, pág. 51458.

(34) TRENTIN, *L'atto amministrativo*, 1915, págs. 307 y ss.

(35) ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, 1927, pág. 64.

(36) CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giurisdizione amministrativa*, en *Giur. ital.*, 1916, III, pág. 107.

(37) BORZI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, 1901, pág. 61; ALCINDOR, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, 1912, pág. 52.

(38) ANSCHÜTZ, *Deutsches Staatsrecht*, en la *Enzyklopedie der Rechtswissenschaft* de Holtzendorff y Kohlers, IV, 7.ª ed., 1914, pág. 25; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 70; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 80 y 87.

(39) HAURIUO, *Précis de droit administratif et droit public*. Paris, 12 ed., págs. 361 y ss.; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1931, pág. 71.

(40) GUIDI, *Sulle esecuzione provvisoria*, 1934, pág. 41.

en que falte tal ejecutoriedad, la fuerza y energía de la apariencia jurídica de validez (*Scheinverwaltungsvorschriften*), provoca una conversión convalidadora del acto nulo (41). Tal es al menos nuestra sistemática positiva, en la que se hace prevalecer la seguridad-estabilidad a la seguridad-justicia.

Sin embargo de que el acto administrativo inexistente no sea una categoría jurídica general, es lo cierto que se da sin embargo una categoría paralela: la de que, aun existiendo el acto viciado de nulidad, tal acto evade el campo administrativo pasando a ser puramente civil (42). Es necesario por ello distinguir la propia inexistencia del acto en cuanto a tal de la inexistencia del acto administrativo, aunque el acto, pasado y degenerado a puramente civil, tenga existencia y relevancia jurídicas. Pero entonces no tiene el acto su efecto propio, sino sólo un efecto indirecto (*Nebenfolge o Gesetzwirkungen*). Justamente tal es el caso de la vía de hecho, *voie de fait*. En estos casos, en que la Administración sale de la esfera de los poderes y de su competencia, el acto administrativo es relevante en derecho, pero no en el Derecho administrativo. Por esta razón de que como tal acto administrativo no existe el acto emanado por ser vía de hecho, se explica la posibilidad de que se dé contra el acto de la Administración interdicto por vía civil (R. D. S. de 20 de febrero de 1885, R. D. S. de 11 de abril de 1881) frente a la tesis general de la inadmisibilidad de tales interdictos contra las providencias legítimas de

---

(41) Cfr. sobre la confirmación impropia. SECRE, *Riconnizione e rinnovazione del negozio giuridico*, en la «Rivista di diritto civile», 1926, núm. 15, n. 3. En el rapport de JAUBERT al Tribunalado (14 pluvioso del año XII, 4 febrero de 1804) se decía, contestando implícitamente este problema: «Una idée vrai et simple, c'est qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce que a réellement existé quoique manquant de force par quelque vice.» Admisible es en este sentido la confirmación impropia cuando el vicio es de simple anulabilidad, pero no parece congruente ampliarlo a los supuestos de nulidad de pleno derecho. En la anulabilidad el caso es distinto, ya que aquí puede efectivamente prevalecer la tendencia a la consolidación y estabilización del acto viciado (Cfr. RAVA, op. cit., pág. 2).

(42) De este modo, la apariencia jurídica y la ejecutoriedad son los límites a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo en cuanto a tal. A su vez, la inexistencia de ejecutoriedad responde a que se haya verificado una transgresión de las normas de delegación, como ha dicho BÖRTICHER (*Delegationsüberschreitungen*) (Cfr. *Die Zulässigkeit des Rechtsweens und die Inzidenzkontrolle der Verwaltungsakte durch die Öffentliche Gerichte*, en los «Deutsche Verwaltungsblätter», 65 Jahrg., 1 junio 1950, Heft 11, pág. 327). Así la nulidad viene provocada por el acto que transfiere los límites del poder (gesetzliche Ermächtigung) siquiera éste sea abstracto (abstrakte Vollmacht). Esta perspectiva aparece mucho más evidente a través del trabajo de J. F. FUEYO, en esta Revista, núm. 6, en el que con la característica profundidad de pensamiento de este autor, se plantea el problema.

la Administración (Sentencias de 22 de enero de 1862, 9 de julio de 1862, 12 de mayo de 1862, 10 de junio de 1863, 22 de marzo de 1866, 26 de diciembre de 1866, 7 de abril de 1869, 4 de diciembre de 1869, 30 de diciembre de 1872, 20 de mayo de 1873, 10 de febrero de 1874, 30 de febrero de 1875, 19 de abril de 1878, 15 de junio de 1878, 27 de noviembre de 1880, 2 de julio de 1881, 19 de marzo de 1881, 1.º de julio de 1885, 11 de abril de 1881, 23 de diciembre de 1874, 11 de julio de 1878, 5 de mayo de 1879, 19 de enero de 1882, 10 de febrero de 1883, 4 de julio de 1884, 20 de julio de 1883, 20 de febrero de 1885, 15 de enero de 1886, 6 de abril de 1887, 17 de septiembre de 1890, 3 de marzo de 1888, 12 de mayo de 1888, 3 de febrero de 1889).

En estos casos en que los presupuestos de ejecutoriedad del acto administrativo son deficientes de modo obvio, la Jurisprudencia ha admitido la nulidad de pleno derecho (Sentencia de 29 de septiembre de 1950) o cuando falta para la ejecutoriedad del acto el carácter formal imprescindible. Por lo tanto, la ejecutoriedad es el límite a la nulidad de pleno derecho. En estos casos excepcionales, en que se admite la nulidad de pleno derecho, es evidente que el acto que confirma el inicial adolece del mismo defecto que éste, sin que por lo tanto deba en términos lógicos admitirse la excepción de incompetencia que el acto confirmativo implica normalmente. Se puede aquí aplicar el principio de que *quod aulium est ipso jure, perperam et inutiliter confirmatur*. De todos modos, si bien es cierto que en el Derecho administrativo no cabe atenazar la flexibilidad que le es consustancial, y que por lo tanto quizá sea antieconómica la creación de categorías jurídicas generales en este aspecto, es lo cierto que la angostura con que nuestra Jurisprudencia ha configurado la admisibilidad del recurso provoca múltiples casos de efectiva confirmación impropia, es decir, de convalidación de acto viciado de nulidad. No se sigue en este aspecto la solución evidentemente preferible que para otro supuesto indicó el Auto de 25 de junio de 1931, en el sentido de que «las excepciones dilatorias sólo caben estimarse cuando evidentemente proceden, a fin de no hacer imposible y casi dudoso el triunfo de la justicia esencial que en el fondo del asunto existía».

A diferencia de la jurisprudencia contenciosa la jurisdicción de agravios ha abierto un esperanzador cauce a la tesis más justa de que no puede consentirse lo que es nulo, y en este sentido la Orden de 13 de octubre de 1952 ha indicado que si la convocatoria de una oposición va contra ley,

no puede estimarse consentida aunque no haya sido recurrida la convocatoria.

5.—LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN ENTRE ACTO CONSENTIDO Y ACTO CONFIRMATIVO.

Después de lo expuesto, puede llegarse a una afirmación de principio: la de que la excepción del acto confirmativo se fundamenta en la imposibilidad de reabrir los términos procesales perentorios, planteándose por ello exclusivamente el problema de la identificación de los actos administrativos, esto es, el señalamiento de sus elementos esenciales para discriminar frente a un caso concreto cuándo existe novedad o repetición. Como dice la Sentencia de 1.º de junio de 1935, el acto confirmativo genera excepción «por referirse a asuntos ya resueltos de manera irrevocable y firme, siempre que concurran las *condiciones de identidad* necesarias entre la primera y la segunda resolución». En este sentido, si bien el acto confirmativo no es la traducción en el campo del Derecho administrativo de la doctrina de la cosa juzgada del Derecho procesal común, la elaboración que a propósito de este instituto se ha creado, en cuanto a la identificación de las acciones, puede servir de esencial instrumento para el tema. De hecho, nuestra Jurisprudencia ha seguido el camino de considerar unívocas ambas instituciones jurídicas: cosa juzgada y acto confirmativo, y por ello, el único problema que se plantea es, dejando a un lado la validez o nulidad del acto consentido, el de la identidad (Sentencia de 20 de julio de 1945) o congruencia (Sentencia de 8 de julio de 1942) de los dos actos. La similitud con el planteamiento de la *res judicata* se evidencia en la Sentencia de 1 de junio de 1935.

La Sentencia de 17 de febrero de 1950 indica que «el acto confirmativo debe reunir las condiciones de identidad en contenido, interesados, fundamento y procedimiento que exige la Sentencia de 4 de mayo de 1921 para que pueda estimarse una resolución administrativa reproducción de otra anterior, no debiendo confundirse con esa identidad el que el segundo acuerdo sea la resolución de un caso particular con la aplicación, acertada o errónea, de las normas contenidas en la disposición anterior de carácter general». La Sentencia de 7 de octubre de 1947 indica que «debe estimarse reproducción de un acto anterior cuando el nuevo acto confirmativo recayó sobre pretensiones resueltas repetidamente

en el anterior, en un mismo expediente, con remisión al mismo interesado y en fuerza de análogo fundamento e idéntico estado de derecho». El Auto de 20 de junio de 1947 repite que «no cabe dudar que la excepción de incompetencia para que pueda estimarse no basta entender que una resolución administrativa es reproducción de otra, por sólo que lo sea literal o gramaticalmente, sino que la segunda lo sea por recaer sobre pretensiones de un modo firme y resolutorio, por haberse dictado en presencia de los mismos hechos y en fuerza de idénticos razonamientos en un mismo expediente y en relación con los mismos interesados». La Sentencia de 18 de diciembre de 1930 manifiesta que sólo puede entenderse acto confirmativo cuando en el procedimiento que lo provocó se solicita lo mismo en mérito a idéntico fundamento, y sin haber variado las circunstancias que le dieron lugar. La Sentencia de 19 de diciembre de 1931 repite que «es doctrina reiterada del tribunal contencioso-administrativo la de que para que una resolución pueda estimarse como reproducción de otra anterior consentida y sea, por lo tanto, de aplicar la prevención obstativa de la demanda contenciosa es indispensable que las dos resoluciones se hayan dictado sobre la misma cuestión por virtud de idéntico fundamento y que contengan el mismo pronunciamiento». La Sentencia de 26 de septiembre de 1930 insiste que «el título primero de la Ley reformada sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894 dispone en su artículo 4.º que no corresponderán al ejercicio de los Tribunales contencioso-administrativos, entre otras, las cuestiones que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas, y las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido apeladas en tiempo y forma. Y en mérito de ello es preciso examinar si la pretensión deducida en el recurso es o no reproducción de la que reclamó, ya que de ser así indudablemente es de conformidad con la doctrina general contenida en numerosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo; no sería competente este Tribunal de no ser impugnabile el acuerdo irrevocable y firme si se da identidad de caso, causa, personalidad de litigante y cualidad con que fueron litigadas». El Auto de 6 de marzo de 1931 manifiesta que «no puede prosperar la excepción de incompetencia de jurisdicción, o sea, la primera del artículo 46 de la Ley de lo contencioso, propuesta como dilatoria por el señor Fiscal en su escrito de contestación a la demanda, fundándose en que, según el párrafo segundo del expresado artículo, se entenderá incompetente

el Tribunal cuando por la indole de la resolución reclamada no se comprenda, a tenor del artículo 1.º de la Ley de lo contencioso, dentro de la naturaleza y condiciones del recurso contencioso administrativo; pues si bien, conforme al número 3.º del artículo 4.º de la misma Ley, contenido en el indicado título, no corresponde al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas, y las confirmaciones de acuerdos consentidos por no haber sido apelados en tiempo y forma, es preciso, para que tal incompetencia de jurisdicción pueda declararse, que la reducción de otra anterior no hubiera causado estado y absolutamente confirmatoria de un acuerdo consentido por no haber sido apelado; y no puede decirse de una resolución que reproduce otra consentida cuando no fué dictada en el mismo expediente con relación a los mismos interesados y en fuerza de idénticos razonamientos, ya que inexistiendo conexión entre las resoluciones que se suponen idénticas, ni analogía en sus fundamentos, no es posible estimar la segunda como reproducción de la primera, ni que una resolución es confirmatoria de otro acuerdo consentido cuando aquélla y éste comprenden pronunciamientos distintos o bien alcances diferentes por haber rebasado el segundo acuerdo las declaraciones contenidas en la primera resolución». En el acto confirmativo se está «en presencia de dos resoluciones, derivadas del mismo expediente, sobre el mismo asunto, con referencia a los mismos interesados y en fuerza de análogo fundamento e idéntico estado de Derecho» (Sentencias de 6 de diciembre de 1934 y 11 de diciembre de 1934).

Parece conveniente examinar, por lo tanto, de modo detenido estos elementos de identificación de los actos administrativos.

#### A) *Identidad de partes.*

Como ha dicho BARING, la Administración en el Estado de Derecho para decidir no sólo tiene que declarar su voluntad, sino también debe indicar de modo claro y concreto a quién se dirige y quién es el destinatario de esta voluntad, sin que sea admisible el acto administrativo sin destinatario (43). Antes de emanarse el acto administrativo, la autoridad

(43) BARING, *Zustellungsmängel*, en los *Deutsche Verwaltungsblätter*, 1 febrero 1951, pág. 42: «Die Verwaltung muss im Rechtsstaat sich nicht nur schlüssig machen, was sie will, sondern muss sich auch die Mühe machen, klarzustellen, wen sie

debe plantearse la cuestión de quién sea el destinatario y de a quién afecta o ha de afectar la resolución. Todo acto administrativo tiene o debe tener su destinatario, pues cabalmente uno de los supuestos de inexistencia total del acto administrativo es la falta de designación del destinatario, sin que sea admisible un acto por cuenta de quien corresponda. Un acto administrativo dirigido a su destinatario y notificado al mismo puede, sin embargo, no desplegar su total eficacia porque, aun siendo el notificado el legítimo destinatario, no sea el único destinatario del acto (44).

Se plantea este problema en el caso de las comunidades de derecho o comunidades de bienes, de comunidad simultánea o comunidad sucesiva.

La solución en estos casos la ofrece normalmente el Derecho civil; así sucede en los supuestos de cosas pro indiviso, de personas jurídicas y en los casos de derechos arrendaticios en los que normalmente se aplican las normas de Derecho civil o especial.

Sin embargo, en algunos casos la Jurisprudencia ha aplicado distintos criterios. Así, en la Sentencia de 22 de marzo de 1933 indica que no cabe argüir que el acuerdo administrativo no fuera notificado al recurrente cuando, refiriéndose dicho acuerdo a la Sociedad de que el actor formaba parte y habiéndose notificado a esta Sociedad, hubo de serle necesariamente conocido.

La misma solución debe adoptarse para los casos de comunidades

---

angeht. Eine ungefähre Treffsicherheit reicht nicht hin... Verwaltungsakte sind in aller Regel empfangsbedürftig. Demgemäss ist ein Verwaltungsakt, wenn er dem Empfänger nicht amtlich zugeht, nicht wirksam. Solange es daran fehlt, liegt noch kein Verwaltungsakt vor... Ein Verwaltungsakt, den die Behörde noch nicht dienstlich herausgegeben hat, ist nichts. Aber auch die Herausgabe allein tut es nicht. «Briefe die ihn nicht erreichten» sind keine wirksame Verwaltungsakte». En el mismo sentido HATSCHKE, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1927, pág. 136; OTTO MAVER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed. tomo I, 69. pág. 94; JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., párrafos II, III, núm. 1; GÖNNEWAIN, *Anmerkungen zu dem Urteil des Landesgerichtes Hagen*, de 3 de diciembre de 1946, en «Deutsche Rechtszeitung», 1947, pág. 133; LINDEMANN, *Der Leistungspflichtige bei Inanspruchnahme von Kraftfahrzeugen*, en el «Deutsche Verwaltungsblätter», 1950, pág. 300; NAUMANN, *Die Leistungsanforderung nach dem R. L. G. und ihre Zustellung*, en *Deutsche Verwaltung*, 1949, pág. 92: Sobre el problema de la notificación; vid. supra en el texto.

(44) Este requisito de la recepción es quizá uno de los elementos más interesantes para la distinción del acto administrativo propiamente dicho y el acto-regla. Cfr. HANS PETERS, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, capítulo IX, núm. 4, página 152 (Abgrenzung von Verordnung und Verfügung); JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesumsetzung*, cap. I, págs. 153-154; FORTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, págs. 191-192, y BARING, op. cit., pág. 42.



jurídicas por unión económica (*Sachgemeinschaft*). La amplitud de sistemas de notificación, que llega hasta el conocimiento particular del administrado, impone en estos casos una flexible gama de soluciones.

Partiendo de la conocida distinción elaborada en el siglo pasado por BERNATZIK entre interesados de derechos y portadores de derechos, sustancialmente análoga a la distinción entre intereses simples, intereses legales protegidos y de derechos subjetivos y en base, a lo cual sólo los interesados de derechos que hayan participado en el juicio o en el procedimiento y todos los interesados de hechos representados en el procedimiento por la Administración pública, quedan vinculados a juicio administrativo. TRENTIN admite la extensión de la eficacia subjetiva del acto también a aquellos interesados de derechos que, teniendo una situación jurídica igual al destinatario del acto, no hayan sido parte del procedimiento, basando esta conclusión en la finalidad característica del interés público, propia del acto administrativo y distinto del procedimiento común. Esta conclusión es aceptada sustancialmente por GUICCIARDI cuando, en armonía con su concepto del interés individual, relevante sólo en el aspecto meramente procesal de la legitimación para recurrir y del interés público, manifiesta que para la Administración debe considerarse, también, la eficacia subjetiva del procedimiento administrativo, refiriéndose y valorándose exclusivamente según el módulo del interés público, único objeto de la actividad administrativa, y que, por lo tanto, tal eficacia sólo tendría valor de la Administración pública, titular de tal interés. En cuanto a los particulares, sólo en vía de derecho reflejo o de situación refleja puede tener eficacia la cosa juzgada administrativa, referible en realidad de modo automático e inmediato *erga omnes*.

Estas conclusiones, si bien pueden ser ciertas para el derecho material, son indudablemente de imposible aplicación en lo que afecta al Derecho procesal administrativo, tanto más cuando nuestra Jurisprudencia fundamenta sobre la errónea base del consentimiento la doctrina del acto confirmativo. En este aspecto es lo cierto que sólo puede consentir el acto el destinatario y no quien está en situación refleja respecto a aquél.

Nuestra Jurisprudencia ha exigido siempre la identidad de persona entre el acto consentido y el posterior confirmativo, indicando la necesidad de que el consentimiento presunto sea prestado por el propio interesado (Sentencia de 14 de noviembre de 1933). La Sentencia de 15 de abril de 1926, reiterada por la de 18 de marzo del mismo año, indican.

respecto a las Sentencias, que las resoluciones sólo declaran derechos a favor de aquellos a cuya instancia se dictaron y no puede ser aplicable a quienes, hallándose en el mismo caso, consintieron la resolución administrativa. La Sentencia de 10 de abril de 1922 exige también el requisito de la identidad personal entre el acto y el posterior confirmativo. Si una resolución reproduce otra firme y es consecuencia de otro expediente que fué iniciado por quienes no fueron parte en el anterior, esta resolución es recurrible (Sentencia de 25 de febrero de 1916). La Sentencia de 8 de marzo de 1921 resuelve el caso de un acto administrativo consentido por la madre e impugnado posteriormente por el hijo. En tal caso la solución la ofrece justamente el derecho común. Si se trata de un caso en el que el derecho es adquirido por el hijo a virtud de sucesión civil, es evidente que el consentimiento prestado por el causante afecta al causahabiente; mas si se trata de nuevo acto administrativo, como sucede, verbigracia, en la legislación de Clases Pasivas, de conversión de rentas, el consentimiento no afecta al causante, quien es nuevo titular autónomo de un derecho administrativo. Por ello, no basta que varíe la personalidad del actor para negar la existencia del acto confirmativo (Auto de 17 de febrero de 1908), sino que es necesario examinar el origen de la titularidad del derecho alegado. La Sentencia de 29 de marzo de 1920 rechaza implícitamente la doctrina expuesta anteriormente por TRENTIN al indicar que una misma resolución consentida por unos y combatida por otros es revisible únicamente por estos últimos, sin que pueda haber indivisibilidad de la resolución. La Sentencia de 17 de marzo de 1919 indica que el principio del acto confirmativo afecta al causahabiente, si no media nuevo acto autónomo, y en el mismo sentido reiteran la doctrina las Sentencias de 12 de febrero de 1919, 22 de noviembre de 1919, 31 de marzo de 1919 y 19 de noviembre de 1919. La Sentencia de 22 de diciembre de 1947 manifiesta que para el supuesto de que se recurra por los mismos interesados contra el mismo acto administrativo, incluso con distintas personalidades, procede la excepción por existir en tal supuesto acto confirmativo. La Sentencia de 8 de julio de 1947 indica que debe entenderse como acto confirmativo la reproducción de pretensiones frustradas de los causantes del recurrente. La Sentencia de 3 de diciembre de 1930 repite el mismo criterio. Hay otros casos que, siendo aparentemente supuestos de sucesión, se resuelven en designaciones indirectas por parte de la Ley, del sujeto de derechos u obligaciones.

Así sucede en el caso de los impuestos de producto. Aquí la propiedad o posesión del fondo constituyen sólo la condición o el presupuesto para que nazca un deber público determinado el surgir de una relación jurídica entre el poseedor actual y la Administración, sin que ésta tenga el efecto de transformar obligaciones fiscales en relaciones reales. El sucesor, en tales casos, no responde normalmente sino de las obligaciones surgidas durante su tenencia, a virtud, como dice FLEINER, de un principio de atracción (*Heranziehung*), pero responde con todo su patrimonio (45).

Problema más delicado plantea el supuesto en que la Administración que emanó el acto consentido sea distinta de la autoridad que dictó el acto confirmativo. La Sentencia de 31 de octubre de 1930 aceptó la tesis de existir acto confirmativo en caso de disparidad de autoridades (en aquel caso el Ministro del Trabajo y la Presidencia del Gobierno). Para el supuesto de que el acto confirmativo sea dictado por autoridad inferior a la que emana el acto consentido, es lógico que la conclusión sea la de afirmar la excepción de incompetencia, siempre que se den los demás requisitos objetivos y de causa de pedir, ya que, en tal supuesto, solamente se da un acto confirmativo como consecuencia y para cumplimiento de la resolución firme ejecutoria de los cometidos dictados por la autoridad superior (Auto de 12 de diciembre de 1903). La Sentencia de 21 de diciembre de 1903 contempla también el caso de una disparidad de autoridades, afirmando en este supuesto darse la excepción de incompetencia.

Es lógico que la conclusión, sea para el caso de no identidad de autoridad administrativa, de existir el acto confirmativo, y ello no sólo por un principio teórico de la unidad de la Administración, sino también contemplando la finalidad que de toda la tesis del acto confirmativo pretende cubrir. De aceptarse como requisito esencial para la excepción del acto confirmativo la identidad de autoridad administrativa, vendría a abrirse un portillo de posible fraude para el particular, lográndose la reapertura de los plazos en tiempo no hábil; mas esta finalidad es justamente la que debe servir de guía rectora para una interpretación justa. Si es lógico que no se exija la identidad de autoridad administrativa de un modo absoluto, es lo cierto que de aceptarse la tesis en un sentido absoluto, podría darse lugar a fraude en sentido contrario, imponiendo al particu-

(45) Cfr. F. P. MASTROPASCUA, *I limiti subiettivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pág. 78.

lar la onerosa carga de estar atento a cualquier resolución dictada incluso con incompetencia, ya que de no recurrir en tiempo se entendería la consentía y podría quedar, por lo tanto, privado de sus derechos.

B) *Identidad de pretensión.*

Junto a los requisitos subjetivos de identidad de partes entre el acto consentido y el acto confirmativo, se exige también como requisito objetivo la igualdad de contenido, definida como igualdad de pretensión, petición o fallo (46). La identidad de la parte dispositiva de los actos se exige, como identidad de su contenido sustancial o igualdad de la voluntad administrativa en los dos actos. En este sentido, es un requisito para que se dé la excepción de acto confirmativo que éste verse sobre el mismo pronunciamiento (Sentencia de 18 de abril de 1947). Por ello, en cuanto el acto confirmativo no se limita a decidir que se esté a lo anteriormente resuelto o reitere el contenido sustancial del acto consentido, sino que contenga otras determinaciones, éstas pueden ser objeto de especial imputación, puesto que evaden el requisito de identidad objetiva entre los dos actos. (Sentencias de 19 de julio de 1923 y 19 de diciembre de 1922). Para determinar cuál sea el contenido sustancial del acto confirmativo sirve como norma de interpretación el examen de la petición formulada por el administrado. En este sentido se da la excepción de acto confirmativo cuando en éste y en el acto consentido se resalte idéntica petición. (Sentencias de 26 de octubre de 1948 y 5 de febrero de 1945, 31 de diciembre de 1934, 1.º de junio de 1934, 13 de diciembre de 1935, Autos de 18 de febrero de 1936 y 22 de abril de 1909; Sentencias de 8 de marzo de 1934, 30 de mayo de 1936, 20 de junio de 1934, 24 de junio de 1948, 26 de octubre de 1948, 5 de febrero de 1945, 20 de junio de 1945, 7 de octubre de 1947, Auto de 20 de junio de 1947; Sentencias de 4 de mayo de 1925, 17 de febrero de 1950, 28 de marzo de 1950, 18 de diciembre de 1930, 5 de junio de 1930, 10 de julio de 1930, 5 de diciembre de 1930, 3 de febrero

---

(46) WACKE, en el último Congreso de Derecho procesal administrativo, 1952, rechaza en todo caso la excepción de acto confirmativo: «Wenn die Behörde nach dem Urteil, in einem späterem Zeitpunkt also, einem Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlässt, oder verweigert, so liegt nicht eadem res vor, weil Gegenstand des Verwaltungstreitverfahrens stets nur die *bestimmte Verfügung eines bestimmten Datums* ist: Das Verwaltungsgericht muss erneut in eine sachliche Prüfung eintreten» (Der Streitgegenstand im Zivilprozess und in Verwaltungstreitverfahren).

de 1921, 26 de mayo de 1903). Como requisito objetivo, sirve también de elemento identificador entre los dos actos el que se hayan dictado en presencia de iguales hechos, sin haber variado las circunstancias en uno y otro (Sentencia de 23 de febrero de 1934), y por ello se da la excepción cuando el acto confirmativo es exactamente igual al consentido en su parte dispositiva (Sentencia de 13 de febrero de 1946) o cuando obedece a igual dictado, razonamiento y antecedentes (Sentencia de 13 de abril de 1944), versando sobre el mismo asunto (Sentencia de 6 de diciembre de 1934) o sobre el mismo (Sentencia de 24 de junio de 1948) o teniendo supuestos y pretensiones (Sentencia de 24 de junio de 1948) o teniendo supuestos y antecedentes idénticos (Sentencia de 31 de diciembre de 1934), ya que en estos casos el acto confirmativo es mera reproducción del consentido por recaer sobre pretensiones resueltas ejecutoriamente en la anterior y en un mismo expediente (Sentencia de 7 de octubre de 1947), puesto que no cabe dudar que la excepción de incompetencia, para que pueda estimarse, no basta entienda que una resolución administrativa es reproducción de otra por sólo que lo sea literal o gramaticalmente, sino que es necesario que la segunda lo sea por recaer sobre pretensiones ya resueltas de modo firme y ejecutivo, «y se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y en un mismo expediente...» (Auto de 20 de junio de 1947). Se exige también, para que se cumpla el requisito objetivo de identidad, que no hayan variado las circunstancias entre el acto consentido y el confirmativo (Sentencia de 18 de diciembre de 1930).

Por no cumplirse el requisito de identidad en la petición, «no procede la excepción de incompetencia fundada en ser reproducción de otra anterior la resolución reclamada, cuando ésta no reitera las disposiciones de aquélla, sino que, por el contrario, son diversos sus acuerdos y se refieren a expedientes o asuntos distintos (Auto de 10 de abril de 1896). Por ello la resolución que deniega súplica de que se adjudique una pensión vacante por fallecimiento del pensionista hermano del reclamante no produce ni confirma otra anterior que se limitó a denegar la coparticipación en la pensión (Sentencia de 3 de febrero de 1921).

Por darse diversidad de objetos, aun cuando exista identidad de partes, e incluso identidad de causa pretendida, no se da la excepción de acto confirmativo en los casos en que el acto tiene ejecución sucesiva, temporalmente fijada en su duración; así, «la desestimación anterior que motiva el Patronato del Asilo no impide la solicitud que para el propio

fundamento se formuló, ya que a cada exacción tributaria corresponde nueva acción para reparar el agravio que se supone cometido, sin que, por lo tanto implique caducidad ni prescripción para pedir esa reparación la negativa anterior de tal agravio» (Sentencia de 6 de octubre de 1922), ya que en estos casos existe igualdad de fundamento e identidad del contribuyente, pero las resoluciones se refieren a distintos ejercicios (Sentencia de 8 de abril de 1921). En estos casos, el acto administrativo encierra sólo una potencialidad para producir efectos por tiempo determinado, pasado el cual es necesario reiterar el acto para que se mantenga la misma situación jurídica (47).

C) *Identidad de la causa petendi.*

La Jurisprudencia (Sentencias de 11 de enero de 1932, 9 de junio de 1932, 13 de octubre de 1932, 22 de marzo de 1933, 25 de abril de 1933, 28 de abril de 1933, 30 de diciembre de 1933, 18 de marzo de 1947, 15 de abril de 1947, 7 de julio de 1947, etc.) ha indicado que es requisito indispensable para que se dé la excepción de acto confirmativo la identidad de fines entre el acto consentido y el acto confirmativo. Alguna Sentencia, como la de 26 de junio de 1930, parece seguir en este sentido la tesis de FRAGOLA al indicar que es acto confirmativo aquel que no tiene otra finalidad sino la de confirmar el precedente consentido.

A la pregunta de qué sea la causa del acto administrativo no puede darse una contestación unívoca. El problema varía según la perspectiva desde la que se considere la cuestión: si a los fines del contencioso de desviación de poder, de la ilegitimidad de la causa o de la causa como elemento esencial e identificación del acto. Los límites de lo relevante o irrelevante como causa varían según cada una de estas perspectivas. A los efectos del acto confirmativo, la definición de causa que más apropiada parece es la que la tipifica como «los motivos de hecho o de derecho que hacen entrar el acto en una determinada categoría jurídica» (PHILIBERT, VEDEL, FLEINER, PUGLIATTI, TRIMARCHI) (48). La tesis sub-

(47) Cfr. RESTA, op. cit., pág. 105, sobre «il comando di esecuzione istantaneo» y la virtualidad de la cláusula «*res adhuc integris*», pág. 109. Cfr. en el campo civil, RAMPONI, *La determinazione dei temporanei contratti*, en el «Archivio giuridico», 1890, págs. 312 y ss.

(48) PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, 1931, pág. 134;

jetiva (BRAIN, HERRNRITT, REGLADE) (49), que considera la causa como «el fin inmediato de la actividad administrativa», la *utilitas* del acto, según FORTI, sirve también para la identificación del mismo. Así, la Jurisprudencia (Sentencias de 18 de marzo de 1947, 15 de abril de 1947) califica de acto confirmativo el que tiene igual finalidad que el consentido o el mismo «motivo esencial» (Sentencias de 27 de octubre de 1942, 5 de febrero de 1945, 8 de marzo de 1934), o se limita a reiterar el «criterio del acto consentido» (Sentencias de 24 de enero de 1945, 23 de mayo de 1946, 7 de marzo de 1945). La causa, en este sentido, es el motivo último, el que inmediatamente precede al momento volitivo de disposición, el que da al acto su calificación jurídica distinta de los otros tipos de negocio que podrían haber surgido del mismo *iter voluntatis*. La causa es así, el interés que el acto tiende a satisfacer y que identifica el fin que supone la misma causa. Causa del acto, en un sentido más remoto, es también el fundamento legal de la resolución que sirve a su vez de elemento identificador (Sentencia Auto de 7 de junio de 1890, Sentencias de 29 de mayo de 1923, 5 de diciembre de 1930, 22 de octubre de 1931, 13 de diciembre de 1907, 9 de diciembre de 1908, 15 de enero de 1909, 6 de diciembre de 1934, 20 de junio de 1945, 13 de enero de 1909, 18 de octubre de 1909, 26 de septiembre de 1941). «Es acto confirmativo aquel en que se hace aplicación de los mismos fundamentos que se tuvieron presentes en el consentido» (Sentencia de 29 de abril de 1931). «No es de estimar la excepción de incompetencia cuando la resolución que se supone confirmatoria de otra anterior consentida fué dictada bajo el imperio de una legislación distinta de la vigente al publicarse la primera» (Sentencia de 3 de diciembre de 1900). Es acto confirmativo el que versa sobre la misma pretensión que el consentido y se funda en idénticos preceptos legales (Sentencias de 30 de mayo de 1936, 20 de junio de 1934, 31 de diciembre de 1934). No se da la excepción si la Administración dicta una resolución que sea reproducción de otra pretérita, pero los fundamentos legales

---

FLEINER, op. cit., pág. 130; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, págs. 43 y siguientes.

(49) BRAIN, *Die Entziehung staatlicher Orden und Ehrentitel in Preussen*, en el *Archiv. für öffent. Recht.*, 1917, págs. 129 y ss.; HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1821, pág. 288; REGLADE, *Du prétendu control juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, en la «*Revue de Droit public*», 1925, págs. 415 y ss.; PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato* en «*Studi per il centenario del Consiglio di Stato*», 1932, vol. II, págs. 436 y ss.

en que se apoya la nueva resolución son distintos a los propios de la re-  
producida (S. 24 de diciembre de 1928).

Existe en este aspecto una radical diferencia entre los fundamentos de la resolución y los fundamentos de la pretensión. Los primeros son o pueden ser efectivamente relevantes, en cuanto implican el porqué de la resolución, la dirección en la que se produce concretamente la decisión administrativa. Pero no ocurre así con los fundamentos legales de la pretensión, ya que, como indica la Orden de agravios de 13 de octubre de 1952, «los fundamentos de derecho no constituyen elementos individualizadores de las pretensiones, pudiendo por tanto predicarse la identidad de las mismas, aunque estos fundamentos sean distintos».

En cuanto a la variación sobrevenida de los fundamentos, si el acto agotó su eficacia, no provoca la cesación de la excepción (Sentencias de 1.º de junio de 1935 y 29 de febrero de 1936); pero, en otro caso, se exige que «ninguna otra disposición posterior haya venido a modificar el estado de derecho a virtud del que fué dictada la resolución antes conocida» (Sentencia de 11 de diciembre de 1934).

Así, a los fines de mera identificación del acto sirven como causa del mismo su finalidad específica y su fundamento legal, en cuanto éste plasma el interés público al que el acto sirve o pretende servir.

A los fines de la *res judicata*, por *causa petendi* se entiende generalmente el hecho jurídico que es fundamento de la pretensión, distinto por ello de los hechos simples o motivos, que sólo adquieren relevancia en cuanto coadyuvan a probar la existencia del hecho jurídico. A estos efectos, como MALINVERNO pone de relieve, es preciso tener en cuenta que existe una radical diferencia entre la teoría de la *causa petendi* en la cosa juzgada y en el acto confirmativo, por el interés que en este último revis-ten, no sólo la propia *causa petendi*, sino también todos los elementos que conducen a determinar la voluntad de la Administración. Por ello los hechos simples son relevantes en el acto confirmativo, a fin de precisar a través de ellos el *quantum decisum*.