

CAPÍTULO IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

SUMARIO

I. <i>Vicios de tipo objetivo</i>	IX-1
1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa.....	IX-1
2. Enumeración de los vicios de la voluntad	IX-2
3. Vicios en el origen de la voluntad	IX-3
4. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto	IX-6
4.1. La garantía de defensa. El sumario previo	IX-7
4.1.1. De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante.....	IX-10
4.1.2. La denegación inmotivada de prueba	IX-10
4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.....	IX-11
4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia	IX-12
4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación .	IX-12
4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial	IX-13
4.5.1. En general	IX-13
4.5.2. La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo....	IX-14
4.6. Otros vicios de procedimiento.....	IX-17
4.7. Efecto sinérgico de los vicios	IX-18
4.8. Circunstancias mitigantes	IX-19
5. Vicios en la emisión de la voluntad	IX-20
5.1. Actos simples dictados por órganos colegiados	IX-20
5.2. Actos complejos.....	IX-22
5.3. Actos que requieren autorización	IX-23
5.4. Actos que requieren aprobación.....	IX-24
5.4.1. En general.....	IX-24

5.4.2. Acto y proyecto de acto	IX-24
5.4.3. Atribuciones del órgano de control	IX-25
5.4.4. Efectos de la aprobación	IX-25
5.4.5. Revocación	IX-26
5.4.6. Competencia originaria	IX-26
5.5. Actos que requieren registro, inscripción, etc.	IX-27
II. <i>Vicios de tipo subjetivo</i>	IX-27
6. Desviación de poder	IX-27
6.1. Noción y fundamento	IX-27
6.2. Fundamento legal y antecedentes	IX-29
6.3. Casos de desviación de poder	IX-30
6.4. Aspectos probatorios	IX-33
7. Arbitrariedad	IX-34
8. Distintos casos de arbitrariedad	IX-36
8.1. Actos que omiten decidir	IX-36
8.2. Decisiones que prescinden de los hechos	IX-37
8.3. La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico	IX-40
8.4. Actos ilógicamente motivados	IX-43
8.4.1. Falacias no formales	IX-44
8.4.1.1. El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.	IX-44
8.4.1.2. La falacia de conclusión inatinerente	IX-45
8.4.1.3. El argumento <i>ad hominem</i>	IX-45
8.4.1.4. Otras falacias no formales	IX-46
8.4.2. Falacias formales	IX-49
8.5. Otras hipótesis	IX-51
9. Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley	IX-52
10. Error	IX-53
10.1. El error como causal de nulidad	IX-53
10.2. Errores de menor gravedad	IX-54
10.3. Acerca del llamado error de derecho	IX-54
10.4. El error no invalidante	IX-55
11. Dolo, violencia, simulación	IX-55
11.1. Dolo	IX-55
11.1.1. Dolo del individuo	IX-56
11.1.2. Dolo del funcionario	IX-57
11.1.3. Dolo del individuo y del funcionario	IX-57
11.2. Violencia o intimidación	IX-58
11.2.1. Violencia sobre el individuo	IX-58

11.2.2. Violencia sobre el funcionario	IX-58
11.2.3. Observaciones comunes.....	IX-59
11.3. Simulación	IX-59
11.3.1. Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retro- actividad	IX-62
11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios	IX-63
11.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos.....	IX-64
11.3.4. Morosidad y simulación administrativa	IX-64

Capítulo IX

VICIOS DE LA VOLUNTAD

I. Vicios de tipo objetivo

1. Aspectos subjetivos y objetivos de la voluntad administrativa

El concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo. En ambos casos, desde luego, la apreciación de si el vicio existe o no se hace de acuerdo a los medios probatorios que permitan considerar acreditado que tal o cual vicio existe, independientemente del nombre con el cuál se lo califique y de si él existe verdaderamente o no en la mente del agente, o sólo se puede inferir del obrar administrativo.

Hablar de voluntad subjetiva u objetiva en el acto administrativo es por ende, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta la voluntad en su sentido teleológico), pero a falta de un término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear a éste; recalcando entonces, con FORSTHOFF, que su utilización constituye nada más que una *façon de parler*.¹ Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración; de allí que a los vicios de la voluntad los dividamos en *a) vicios de índole objetiva* y *b) vicios de índole subjetiva*. No

¹FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 289; o como dice HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 4ª ed., p. 129, el término se usa como una metáfora. Comparar GALLO DE POMPONE, CELIA E., "La voluntad en el acto administrativo," en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 58-61. Ampliar *supra*, cap. II, § 6.1, "La voluntad psíquica del agente" y notas.

hablamos de vicios estrictamente subjetivos y objetivos de la voluntad, sino tan sólo de vicios *de tipo* subjetivo u objetivo, en el sentido convencional explicado hace medio siglo por FORSTHOFF. No es posible hacer una separación neta entre estos tipos de vicios y por ello decimos sólo de índole subjetiva u objetiva, *i. e.*, preponderante, *pero no exclusivamente* subjetiva u objetiva. Ello se ve con más detalle en el caso del funcionario público enfermo mental,² y ha dado lugar a algunas discusiones semánticas en cuanto al modo de calificar la desviación de poder: ¿Vicio del agente o vicio de la administración? En verdad la pregunta carece de interés porque todo depende de la prueba que se produzca y si conforme a ella se puede o no tener por acreditada la desviación y cuál es su importancia en el caso. No cabe hacer discusiones semánticas sin finalidad práctica, como ya lo explicamos en el cap. I del t. 1. Si alguno prefiere clasificar los vicios de otra manera, y llamar vicio objetivo a la desviación de poder, es libre de hacerlo. Lo mismo si alguien prefiere poner los vicios relativos a la emisión de un acto de órgano colegiado dentro de vicios de forma. Todos los vicios se pueden clasificar de virtualmente cualquier manera, en tanto no se entienda que con ello se varía el régimen jurídico. La cuestión es quién explica mejor ese régimen jurídico, o quien clasifica más útilmente las denominaciones en boga: No quien clasifica “esencial o intrínsecamente mejor” o con mayor grado de “verdad.”

2. *Enumeración de los vicios de la voluntad*

En el presente cap. explicamos los principales vicios de la voluntad, de acuerdo a la metodología adoptada en la primera edición de esta obra; distinguimos así:

I. VICIOS DE TIPO OBJETIVO

- 1) *Vicios en el origen de la voluntad:* a) Usurpador, b) funcionario de hecho.
- 2) *Vicios en la preparación de la voluntad:* a) Defensa en juicio, b) audiencia pública, licitación pública, c) concurso, d) dictamen o trámite sustancial, especialmente dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento legal, e) otros vicios de procedimiento.
- 3) *Vicios en la emisión de la voluntad:* a) Actos simples de órganos colegiados, b) actos complejos, c) actos que requieren autorización, d) actos que requieren aprobación, e) actos sujetos a observación.

II. VICIOS DE TIPO SUBJETIVO

- 1) *Desviación de poder:* a) Finalidad personal, b) finalidad de beneficiar a un tercero, c) finalidad de beneficiar a la administración.

² Ver *supra*, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6, “Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos,” pp. II-20/4, especialmente pp. 20/2 y sus referencias.

2) *Arbitrariedad*: a) Actos que omiten decidir, b) actos que prescinden de los hechos, c) actos que carecen de fundamentación normativa seria, d) actos lógicamente motivados: A) Falacias no formales: conclusión inatingente, argumentos *ad hominem*, *ad baculum*, *ad ignorantiam*, *ad populum*, etc.; B) Falacias formales; e) otras hipótesis.

3) *Error*.

4) *Dolo, violencia, simulación*.

3. Vicios en el origen de la voluntad

La voluntad administrativa está viciada en su origen, total o parcialmente, cuando procede de un usurpador o de un funcionario de hecho.³

3.1. *Funcionario de hecho* es el que ocupa un cargo ya sea con un nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento, p. ej. que el designado no reúna las condiciones exigidas por la ley; o que el acto mismo tenga vicios de forma, competencia, etc.), estando suspendido en sus funciones o habiendo caducado su nombramiento, etc. Se caracteriza porque ejerce la función bajo apariencia de legitimidad, *under color of title*. Esta hipótesis tradicional del derecho argentino, tomado del no mejor derecho comparado, puede decirse que se hallaría en directa contraposición al nuevo art. 36 de la Constitución nacional. Si antaño podría sostenerse que sus actos son válidos, si los individuos actuaron de buena fe,⁴ hoy en día resulta muy difícil postular la buena fe de nadie frente a un gobierno o funcionario de facto. En todo caso, como se sostiene de siempre, si los individuos que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es decir, conocían la irregularidad del nombramiento y actuaron en connivencia dolosa), el acto es anulable⁵ o incluso nulo de nulidad absoluta atendiendo al preciso y terminante calificativo constitucional. Aquí estamos en un terreno en que las palabras y lo que ellas denotan sí tiene importancia, por el juicio de valor eventualmente contrario a la Constitución que transmiten. Es claro que nos cuesta mucho vivir en democracia y conforme al orden jurídico.

Si un gobierno *de iure* dispone la intervención a un ente descentralizado en forma ilegítima, la ilegitimidad del acto de intervención no implica que los actos

³ CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 47, señala que para ser reconocido como funcionario de *facto*: 1º) el cargo que ocupe debe tener una existencia de *jure*, 2º) debe estar realmente en posesión de él, 3º) debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. JEZE, por su parte, habla de "que la investidura sea admisible (plausible)," *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 325. Ver *infra*, notas 11 y 12, por un posible reexamen de la cuestión

⁴ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; JEZE, *op. cit.* p. 347; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 320; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho Administrativo*, t. I, *op. cit.*, 10ª ed., pp. 420-1; ABAD HERNANDO, JOSÉ LUIS, *Funcionario de facto*, Córdoba, 1962, p. 29 y ss.

⁵ Comp. CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 470 y ss., que señala a estos casos como de nulidad. A nuestro juicio puede incluso haber validez.

del interventor en ejercicio de sus funciones sean a su vez inválidos. Les alcanza el mismo principio y son por ende válidos. Esto es así en la intervención a entidades autárquicas, aunque a veces se lo ha utilizado también para la intervención a entidades no estatales, p. ej. sindicatos, a pesar de una expresa prohibición legal en tal sentido. Obviamente no puede considerarse que tenga color de título o apariencia de legitimidad, la intervención *administrativa*⁶ a una entidad privada. A nuestro entender, pues, faltando allí apariencia de legitimidad en el acto de intervención, son nulos los actos dictados por el interventor administrativo en la persona jurídica no estatal. Más complejo ha probado ser el caso de las subrogancias dispuestas por el Consejo de la Magistratura.⁷

3.2. *Usurpador* es el que asume la función sin título alguno regular o irregular y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son en principio inexistentes;⁸ pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos. También puede variar la percepción social y la previsión normativa del fenómeno, como ocurre en el primer aspecto en la última década del siglo XX y en el segundo con el art. 36 de la Constitución de 1994 y las normas del código de ética al menos de los integrantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Durante muchas décadas y hasta recientemente, si se trataba de una revolución triunfante que se afirmaba en los hechos y ejercía las funciones del gobierno derrocado, su investidura llegaba a ser admitida⁹ y con ello era considerado gobierno o funcionario *de facto*, con lo que sus actos eran válidos. Más aún, la fuerza legitimadora de lo fáctico¹⁰ ha sido tan

⁶ Entendemos que pueden considerarse superados los viejos precedentes de CNTrabajo, Sala V, *Ghirimoldi*, 1963, *LL*, 113: 5; CC Capital, Sala B, *Buldrini, JA*, 1965-V, Secc. Jurisp., 91.

⁷ CCAyT, CABA, Sala II, *LL, Sup. Const.*, 2007 (junio) 50, con nota de LOSA, NÉSTOR OSVALDO, “El fin no justifica los medios. A propósito de la inconstitucionalidad de oficio y los funcionarios interinos.” La CSJN declara inconstitucionales las subrogancias judiciales dispuestas por el Consejo de la Magistratura nacional en *Rosza*, 23-05-07, pero admitiendo la validez de los actos dictados e incluso dando un plazo de un año durante el cual los futuros actos seguirán entonces siendo válidos, ni siquiera anulables. Vencido el plazo, ¿qué hará la CSJN? Ver LÓPEZ SEGADE, CLAUDIA C., “La seguridad jurídica en la designación de los magistrados: Un paso al costado,” en prensa para *LL, Supl. de Der. Adm.*, 2007.

⁸ JEZE, *op. cit.*, p. 336; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 320; BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1923, p. 998; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 420; CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, p. 275. El fundamento es la falta de color de título o apariencia de legitimidad: modificándose ésta, cambia la consecuencia, según lo explicamos a continuación.

⁹ Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JEZE, *op. cit.*, p. 330. Lo que no es sostenible, en cambio, es que el ejercicio continuado del poder lo autolegitime, transformándolo en gobierno *de jure*. Lo más que cabe admitir es su evolución de *usurpador* a funcionario o gobierno *de facto* y aún así es obvio que más que ante un principio jurídico, se está frente a una rendición ante la realidad, a veces inevitable pero no por ello mejor.

¹⁰ Ver CARRIÓ, GENARO R., *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 52-3.

fuerte en esos tiempos que ni siquiera quienes cuestionan la semántica de vicios subjetivos u objetivos, que acabamos de explicar, ni el mismísimo Poder Judicial de la Nación, pueden sacudirse el yugo intelectual y siguen llamando, inclusive hoy, *Ley* a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto.¹¹

En esa perspectiva legitimadora de lo fáctico, si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo totalmente imperante durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes.¹² Si, finalmente, se trata de una corta y fracasada intentona revolucionaria y en general de cualquier usurpación que no alcanza a modificar la normalidad institucional media, los actos podrán ser inexistentes.¹³ Son así solamente las asonadas que sufren el fracaso de las armas las que no resultan también victoriosas en lo jurídico. Es un estado de cosas bien poco satisfactorio de nuestro derecho público. Es que la aparente percepción colectiva en el ámbito forense pareciera recibir como distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo o grupo actuante y el poder material—esto es, el ejercicio efectivo de la función—de que en los hechos disponga.¹⁴ Nuestra sociedad favorece la fuerza

¹¹ En esta solución, p. ej., la jurisprudencia de la CSJN sobre decretos-leyes: *Lejarraga de Álvarez de Toledo*, Fallos, 240: 96, año 1958; *Lopardo Petrucci*, 243: 265, año 1959; también la Procuración del Tesoro de la Nación, 65: 13. Esa jurisprudencia ha quedado expresamente invalidada por el nuevo art. 36 de la Constitución de 1994, pero su espíritu persiste. Ver DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119. No se puede al parecer dar por superada la benevolencia colectiva que nos caracterizó con los gobiernos de facto, cuando los tres poderes del Estado y sobre todo el Poder Judicial y peor aún la doctrina que se pretende independiente, aún llaman “Leyes” a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto, más de una generación después: *supra*, t. 1, cap. I, § 5, “Las «Leyes» que no son leyes;” t. 2, cap. VI, § 3.4.3, “Marco regulatorio.” No parece una forma adecuada de mostrar, enseñar o defender la democracia, el Estado de Derecho, la Constitución. Ver GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” en *LL*, 2007-A, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL*, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 83-90. Buenos Aires, Rap, quien remite a su anterior trabajo “De la crisis del poder al poder de la crisis,” RPA 2005-1: 99-119.

¹² CSJN, Fallos, 5: 155, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, en que se declaró que cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación y los ciudadanos “quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,” no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno *de jure* no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.

¹³ Comp. VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo general*, Bogotá, 1966, p. 390 y posteriores ediciones.

¹⁴ Por lo expuesto no creemos acertada la crítica que nos formulara ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 85, en el sentido de que no cabe analizar estas situaciones como vicios de la voluntad, bajo el argumento de que se trataría de actos inexistentes por carencia de voluntad administrativa. Como se advierte en el texto y sus referencias, la voluntad puede existir aunque viciada, sea total o parcialmente, sea en forma leve, grave o grosera, dando lugar en consecuencia a cualquiera de los distintos tipos de nulidad que según el caso corresponda.

de quien tiene el poder: No sólo del que la tiene, sino también del que la tuvo, lo cual es aberrante.

4. *Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto*

Cuando la ley establece trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad, pues son parte fundamental de la válida preparación de la voluntad administrativa como garantía del ciudadano o habitante.

Nada impide llamarlos vicios de procedimiento,¹⁵ o vicios de forma como otros autores lo prefieren,¹⁶ o al mismo tiempo vicios de forma y de procedimiento¹⁷ siempre que se evalúe sin indulgencia su violación, ya que su fundamento es ser garantía de las libertades públicas.¹⁸ La exigencia genérica viene reconocida por el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7º, inc. *d*) destaca que “Antes¹⁹ de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.” Como se advierte, la exigencia de los trámites sustanciales *previos* a la emisión del acto se refiere no solamente a los exigidos taxativamente por el ordenamiento jurídico, sino también a aquellos que según el caso resulten implícitos. Dado que son *previos* al acto, su cumplimiento debe estar finiquitado al momento de su nacimiento, pues “la regularidad de un acto se aprecia al momento de su emisión.”²⁰ No serían concebibles *ex post facto*. Todo lo previsto como *previo* carecería de razón de ser *a posteriori*.²¹ Veremos luego cuán decepcionante es nuestro derecho viviente, ante la no infrecuente aceptación judicial de la denominada “doctrina” de la *subsanción*. Entre los trámites o etapas sustanciales previstos por el orden jurídico *expresamente* para ser cumplidos *antes* de la emisión del acto encontramos los siguientes.

¹⁵ Así RUBIO GODOY, ISAAC, *Proceso de formación de un acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

¹⁶ En sentido similar BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 182; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, p. 194 y ss., incluye estos vicios, como vicios en la preparación y formación de la voluntad administrativa.

¹⁷ HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975.

¹⁸ Lo ha dicho una de las mentes preclaras del derecho administrativo: RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits,” *Recueil d'études en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, París, Sirey, 1963, p. 819 y ss.

¹⁹ Hemos distinguido desde *antes* de 1972 los vicios de forma *previos* a la emisión del acto, como también lo hace *luego* el decreto-ley, diferenciándolas así de la falta de cumplimiento de las reglas a las cuales debe someterse ulteriormente la emisión misma del acto. Esta clasificación temporal no se usa en todo el mundo. Comp. en tal sentido PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 187.

²⁰ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 276, nota 1; p. 119 y ss. Comp. sin embargo, pp. 282-3, nota 29.

²¹ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 276, notas 1 y 2: todo pierde su sentido después, tanto la citación de la parte como el dictamen previo o la motivación del acto. “Después del momento en que el acto se considera emitido [...] el autor no puede regularizar el acto.”

4.1. *La garantía de defensa. El sumario previo*

El principio que recibimos del derecho anglosajón del debido proceso legal, tiene una faceta adjetiva y una faceta sustantiva. La segunda, como sabemos, es la garantía de razonabilidad de los actos estatales. La primera se refiere a la oportunidad de defenderse y por ello es a veces denominada garantía de defensa contradictoria, previa al acto.

Ella es desde luego aplicable al procedimiento administrativo²² incluso si se han de dictar actos discrecionales en su objeto.²³ Cuando no se han respetado los principios fundamentales de la misma y especialmente “el derecho de ser oído con ataque y defensa y de oír lo que alegan los adversarios” (DYROFF)²⁴ y de “producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,”²⁵ no se ha preparado la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico, no se han seguido sus procedimientos ni sus formalidades, para atender otras terminologías; no se han cumplido con los trámites esenciales requeridos por el ordenamiento, para usar la terminología del decreto-ley 19.549/72.

Cualquiera sea el giro verbal elegido, el defecto en que incurre la administración es la violación directa de una de las garantías fundamentales del hombre y del ciudadano, tanto conforme a la Constitución como a las normas internacionales de derechos humanos.

La jurisprudencia nacional, en cambio, decide poner énfasis no en la importancia o gravedad del vicio, sino de los contenidos sancionatorios del acto. De acuerdo con este criterio, si se trata de sanciones menores, puede dispensarse la instrucción de un sumario; no así cuando se trata de sanciones expulsivas.²⁶ En lugar de enfatizar la gravedad del vicio cometido antes de la emisión del acto,

²² Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

²³ Señala HOSTIQU, *op. cit.*, pp. 102-3 y nota, en el derecho francés, que si se prescinde de un agente temporario, o se pone fin a las funciones de un pasante, o se rescinde un contrato antes de plazo, es necesario efectuar el previo procedimiento contradictorio. No cuando se trata de no renovar un contrato, a menos que la no renovación tenga carácter disciplinario.

²⁴ DYROFF, citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 326. Conviene además recordar aquella verdad elemental, tantas veces recordada por la doctrina como desconocida por la experiencia, de que “El derecho de audiencia y vista, que es el fundamental, comprende, como es obvio y lo advertimos en su momento, la totalidad del expediente instruido, porque su función específica es la de asegurar al interesado un conocimiento igual del asunto que el de la propia autoridad llamada a resolverlo. Sin esa «igualdad de armas» el procedimiento resultará viciado y la resolución que en él se produzca será radicalmente nula en la medida en que produce una situación de indefensión.” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, edición de la 9ª ed. española y 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, p. 523. Es la misma garantía que rige en el proceso judicial, sobre la cual la CSJN, en *Fallos*, 215: 357, tuvo oportunidad de decir que “la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe, porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio.”

²⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 10.4.2, “Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo;” ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1987, Vol. I/1, p. 294.

²⁶ CNFed. CA, Sala V, *Bursztyn*, causa 54.276/92, sentencia del 23-XI-98.

se enfatiza la gravedad de la sanción finalmente aplicada para recién entonces exigir que el cumplimiento de la forma previa sea exigible. Como se advierte, no parece un razonamiento coherente ni menos útil para la vigencia del ordenamiento jurídico.

En concordancia con ese criticable temperamento, no todos los casos de indefensión reciben igual tratamiento, incluso si la indefensión es total. A veces se ha considerado que el acto administrativo viciado de indefensión es anulable²⁷ y otras en cambio nulo.²⁸ La nulidad es segura cuando además de la indefensión se prueba otro vicio, p. ej. motivación falsa y falta de dictamen jurídico,²⁹ o desviación de poder, lo que habitualmente ha de sumarse en tales casos a la falta de motivación, de causa y de dictamen jurídico: sólo el acto múltiplemente viciado conmueve a los tribunales, al parecer. Esto último es lo que ocurre en las llamadas prescindibilidades, reorganizaciones, traslados,³⁰ etc., cuando se logra convencer al tribunal que el acto es en verdad, además de todo, una sanción encubierta,³¹ e incluso específicamente una censura a su conducta.³²

La solución es generalmente la nulidad cuando se trata de sanciones graves aplicadas por personas públicas no estatales (p. ej., colegios profesionales creados por ley) o incluso personas de derecho privado, tales como asociaciones deportivas o de otra índole. Nosotros nos inclinamos por la solución de la nulidad insanable, en todos los casos. Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,³³ cuya plena vigencia es la base de

²⁷ CSJN, *Fallos*, 212: 546; 218: 535; 222: 117; 253: 232; 258: 299; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215. El defecto en la tramitación del sumario puede no ocasionar la nulidad del acto, pero es causa suficiente para que, previo nuevo sumario, se declare la cesantía del sumariante. El defecto expulsivo y depuratorio es así doble: primero cae el sumariado inicial, luego cae su sumariante: SCJBA, *P. de Q.*, *LL*, 2000-A, 110, año 1999: PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Suprema Corte provincial,” *LL*, 2000-A, 105.

²⁸ Ver las referencias de la nota 40 y CSJN, *Ferrer Deheza*, 2-IX-1976 (un plazo de 24 hs. para formular descargo y ofrecer prueba); *Fallos*, 198: 78, *Provincia de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, excelente fallo; 192: 303, año 1944; *Vargas Galíndez*, 213: 449, año 1949; *Braun y Linder*, 239: 54, año 1957; *Chaar*, 283: 330, año 1972; comp. *Delgado*, 214: 624, año 1949; *Buttini*, 247: 161 año 1949; CNFed. CA, Sala III, *Carbone*, causa 21.647, sentencia del 17-XI-1989; PTN, *Dictámenes*, 71: 137 *bis*; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 729; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pp. 259-60.

²⁹ CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S. A.*, *DJ*, 2000-3, 257, año 1999. *Infra*, nota 40.

³⁰ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 263, *Cali*, 3-II-2004: se trataba de un caso en el cual con la mera invocación de la fórmula “razones de servicio y reorganización” se dispuso el traslado de un agente, acto que fue suspendido mediante el dictado de una cautelar por considerarlo incausado.

³¹ CNFed. CA, Sala IV, *Ambros*, *LL*, 1995-B, 219, año 1994, cons. VII; Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 546, *Videla*, 6-V-2004, firme: se declaró la nulidad de un acto administrativo que disponía la separación preventiva de un docente por considerar que se trataba de un acto sancionatorio encubierto. Ver *infra*, notas 139, 140 y 141.

³² Sala IV, *Ambros*, citado. En otros ejemplos, si un profesor es cesanteado por censura ideológica y sin audiencia previa, el tribunal puede preferir anular el acto invocando solamente la indefensión. De tal modo, aunque el primer argumento tenga peso *in pectore*, omite pronunciarse sobre un tema *risqué*. Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V.

³³ T. 1, cap. VI, § 9, “El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho” y ss.

los demás derechos individuales; en que el art. 14 inc. b) del decreto-ley 19.549/72 sanciona con la nulidad la violación de las formas esenciales. Hay también una razón práctica y de política jurídica: El único modo en que un funcionario que ha desconocido esta garantía pueda aprender a seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior; obligándole a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo.

La anulación lisa y llana a veces es dispuesta para resoluciones que archivan las actuaciones sin resolver lo peticionado,³⁴ o que deniegan el acceso a información confidencial,³⁵ o resuelven un recurso sin otorgar la vista de las actuaciones solicitada por el recurrente.³⁶

Otras veces, en cambio, se lo estima meramente anulable y se considera que ha sido subsanado con la impugnación judicial del particular agraviado: Es el propio afectado por el acto quien, con su actividad procesal, viene forzado a socorrer a la administración pública, en esta peculiar versión del derecho. Así es imposible tener Estado de Derecho que funcione.

El criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración.³⁷ A lo sumo las etapas superiores dan al individuo oportunidad de defenderse y dado que ello se considera a veces suficiente para subsanar el vicio cometido por las etapas inferiores, éstas nunca se enteran de que deben respetar esa norma constitucional.³⁸

Peor sin duda resulta que toda la administración no respete esta garantía fundamental del derecho público. Es de lamentar que la justicia no cumpla su rol y entienda, por una mal asumida economía procesal, que es preferible mantener la validez del acto antes que sancionar su nulidad para cumplir con los preceptos del art. III de la convención americana contra la corrupción. Se prefiere, como de

³⁴ CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

³⁵ CNFed. CA, Sala I, *Insaurrealde*, 27-II-98. En otra ocasión, en que la denegación se produjo de hecho, se intentó una medida cautelar autónoma en la que se obtuvo el envío al juzgado de la documentación ocultada y allí la Cámara ordenó al juez dar vista a las partes en sede judicial: Sala I, *Finmeccanica*, año 1998, *LL*, 1999-B, 517. En el primero de los votos de este fallo se hizo expresa mención de la convención americana contra la corrupción, no así en los restantes, lo que hace recordar las viejas sentencias de la CSJN en la era constitucional, en que algunos votos mencionaban la convención americana de derechos humanos y otros no, aún arribando a veces a la misma conclusión.

³⁶ CNFed. CA, Sala IV, *Carbone*, 14-XI-1989, causa 21.647.

³⁷ El resultado es igual para cualquier violación del derecho. Ver *HOSTIOU*, *op. cit.*, p. 240, conclusiones *LASRY* en el caso *Baillet*, resuelto por el Consejo de Estado de Francia en 1956.

³⁸ Ver *COMADIRA*, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, §12, pp. 17-9; *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. VI, § 6.6.1.2.2, pp. 117-8: "Con la subsanación la clara imputación legal de la nulidad absoluta al vicio de indefensión en sede administrativa se vacía de contenido porque siempre quedará abierta, desde esta perspectiva, la posibilidad de la amplitud de prueba y debate en sede judicial;" *CANDA*, FABIÁN OMAR, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación," *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 28-VI-2000, § III *in fine*, p. 6.

costumbre, tolerar la ilegitimidad en tanto ello sea posible, sin pensar en cuánto se daña así a la vigencia misma del orden jurídico. La causa del problema ha de encontrarse en la cultura argentina y quienes dentro de la doctrina comulgan con este tipo de ideas autoritarias y antidemocráticas, atacan las soluciones a favor de la libertad, se pronuncian siempre a favor del poder de turno.

4.1.1. *De victimario a víctima. La difícil situación del sumariante*

Acabamos de ver que no siempre los defectos cometidos por la instrucción del sumario producen la nulidad del acto dictado en su consecuencia. Pero ello, que no resulta un estado de cosas satisfactorio para el sumariado, tampoco debe dar ninguna falsa idea de seguridad al sumariante; el sumariante, en cuanto agente público igual que el sumariado, está sujeto a las reglas de la misma administración y justicia y doctrina que la sustenta. Son pues dos cosas muy distintas, cuánto el sumario afecta la defensa del sumariado y la validez del acto (poco) y cuánto afecta ese mismo hecho en forma personal, como responsabilidad funcional y civil, al sumariante que prepara aquella decisión (mucho). Es que al sumariante se le computan factores *agravantes* en su doble condición de *abogado* y de *personal jerárquico*. Si no se pronuncia correctamente sobre la prueba propuesta incurre en negligencia y *mala praxis*; lo mismo si no folia correctamente el expediente, no hace las notificaciones en legal forma, incurre en parcialidad o prejuizgamiento, etc. Esas fallas no impedirán que *su* sumariado quede despedido, pero esa tolerancia hacia el acto no se extiende a *él*. *El también será despedido*, como el sumariado cuyo sumario instruyó con irregularidad;³⁹ la base de su cesantía será haber actuado irregularmente en la instrucción del otro sumario. Por eso dijimos que el réprobo de hoy es el elegido de mañana... y viceversa.

4.1.2. *La denegación inmotivada de prueba*

Se ha resuelto que si la prueba ofrecida es rechazada *in limine*, sin fundamentación alguna, el acto es nulo. Máxime si al mismo tiempo se rechaza el recurso, aunque se arguya que el objeto del acto era válido en cuanto al fondo de la pretensión. En tal sentido se ha dicho que “cualquiera fuere la obligación que pesaba sobre el funcionario de resolver de un modo determinado, la forma en que lo hizo vulnera el derecho de defensa en juicio del peticionario, en tanto no ha valorado, ni aproximadamente, los argumentos sostenidos por éste ni la prueba ofrecida en apoyo de su derecho.”⁴⁰

³⁹ SCJBA, *P. de Q., M. S.*, 1999, *LL*, 2000-A, 110.

⁴⁰ CNFed. CA, *Uromar S.A.*, 1999, *DJ*, 2000-3, 257, cons. IV; CNFed. CA, Sala II, *Turismo Parque S.R.L., EDA*, 2001-2002, 75: “el derecho al debido proceso [...] comprende la posibilidad de exponer las pretensiones y defensas [...]; de ofrecer y producir prueba y que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas; [...] si se ha violado dicho derecho [...] el acto está afectado de nulidad absoluta;” CCA yT CABA, Sala II, *G.C.A. c. S.E. (GCBA)*, *LL*, 2002-C, 2.

4.2. Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima

Este supuesto no surge de normas generales⁴¹ pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina,⁴² además de tener un sustento constitucional.⁴³ El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error⁴⁴ o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe,⁴⁵ sin trampas ni desviaciones.⁴⁶ Es el principio del *fair procedure*, susceptible de muchas aplicaciones.⁴⁷ Como dice WADE, ¡tanto de la sustancia de la justicia reside en el *fair procedure*!⁴⁸ Nosotros lo podemos decir, no siempre lo podemos exhibir.

Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa,⁴⁹ como forma negativa de dolo, o la prohibición de *voltefaces* o contramarchas,⁵⁰ es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria⁵¹ o el deber de protección de la confianza ajena.⁵² También aparece

⁴¹ Salvo que lo refiramos al principio milenario de la buena fe. Pero en todo caso hay normas expresas que la exigen en situaciones puntuales, como antes de disponerse la caducidad de las actuaciones o perención de instancia: *infra*, t. 4, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 12.3.3, “El acto previo de intimación.”

⁴² En el derecho francés muchos textos exigen la *mise en demeure*, pero en ausencia de ellos la jurisprudencia no impone el respeto de esta formalidad: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 85-7.

⁴³ En la Constitución alemana está implícito en el art. 1º y expreso en el 19, el derecho a la tutela o protección de la confianza: OSSENBÜHL, FRITZ, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, de Gruyter, 1965, p. 8. En nuestra Constitución está en las garantías implícitas. Ver COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

⁴⁴ Ver la jurisprudencia inglesa que cita FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, pp. 187-8.

⁴⁵ Uniforme. Nuestra CSJN tiene dicho en *Fallos*, 10: 203, año 1871, que la administración *debe ser leal, franca y pública* en todos sus actos. O como dice MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma 1988, p. 52, “El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios.” Esto, siempre que admitamos, lo que es harto cuestionable en los casos concretos, que la administración siempre persiga el bien común: *supra*, t. 2, cap. VI, § 5. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, p. 17-53.

⁴⁶ Una de las desviaciones también se manifiesta como vicio de la voluntad, en una de las formas de desviación de poder que se expresa en el deseo de dañar, o simplemente en uno de los misterios del espíritu humano, la maldad, como explicamos *infra*, § 6.3.1 y nota 147.

⁴⁷ FLOGAÏTIS, *op. cit.*, pp. 191-3.

⁴⁸ WADE, H. W. R., *Towards administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 2 y 90.

⁴⁹ BURGIO, DAMIÁN, “La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado,” *ED*, 185: 1182.

⁵⁰ *In re Tersons Ltd. Stevenage Dev. Corp.*, año 1965, citado en JONES, GLYN P., *A New Approach to the International Civil Engineering Contracts*, Londres, 1979, cap. 4, *Claims*, p. 184; M.W. ABRAHAMSON, *Engineering Law and the ICE Contract*, Londres, 1975; I. N. DUNCAN WALLACE, *The International Civil, Engineering Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell Ltd, 1974. Para el contexto de estas referencias ver *supra*, t. 2, cap. XVIII, § 3.4, “La oportuna introducción de la cuestión arbitral.”

⁵¹ MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

⁵² También llamada “confianza legítima.” Ver COVIELLO, PEDRO J. J., *La protección de la confianza del administrado*, *op. cit.*; “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894. Ver también *supra*, nota 50.

en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa⁵³ y confiera un plazo razonable para su cumplimiento.⁵⁴ El mismo principio es aplicable a la inversa: el particular tiene en ciertos casos obligación de informar a la administración con anticipación al desarrollo creciente de un problema que pueda requerir su intervención o ser la base de un posible reclamo.⁵⁵

4.3. Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia

Cuando se exige licitación o audiencia pública antes de dictar un acto, su incumplimiento directo o indirecto (una licitación viciada, una audiencia cuyas conclusiones ni siquiera se evalúan) hace que el acto sea nulo.⁵⁶ En la licitación pública debe procurarse la mayor cantidad posible de oferentes; en la audiencia pública hacer debatir a una rama variada de los distintos intereses afectados. La audiencia pública y trámites menores de participación ciudadana, se incorporan al derecho público como medios de cumplir al menos con los principios de publicidad y transparencia exigidos por la CICC. Cabe recordar en igual sentido el decreto 1172/03, llamado de acceso a la información pública, por el cual se establece un reglamento general de audiencias públicas, aunque su implementación continúa siendo ejercida de modo muy discrecional por la autoridad convocante, que se aparta de las opiniones mayoritarias sin dar suficientes razones para ello.⁵⁷

4.4. Compulsa y concurrencia de interesados: Concurso y licitación

Cuando el ordenamiento jurídico, legal o reglamentario, exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin su cumplimiento pre-

⁵³ Es común. Ver CAPIAU, JEAN, "La mise en demeure en droit administratif," en DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, p. 43 y ss.

⁵⁴ *Infra*, cap. XIII, § 7.1, "Caducidad."

⁵⁵ Ver *supra*, nota 50, *in re Tersons*, y demás referencias. También existen, por fin, casos en que la *mise en demeure* opera entre personas u órganos públicos: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 83-5.

⁵⁶ *Supra*, t. 2, cap. XII; CSJN, *Fallos*, 179: 249, *Schmidt*, año 1937; 144: 255, *Di Leo*, año 1925; 137: 383, *Bidondo*, año 1923; 95: 33, *Villegas*, año 1902; aunque allí era nulidad absoluta y manifiesta, en el estricto sentido del Código Civil, lo que luego se abandonó en el caso *Los Lagos*; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 125; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o Tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 83; MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 25-47; nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, p. 344 y ss. En lo que hace a la audiencia pública para actos generales o para proyectos singulares de gran envergadura, medio ambiente, etc., ver *supra*, t. 2, cap. XI; USLENGHI, ALEJANDRO J. y GATTI, WALTER O., "Aportes para una teoría de la participación administrativa," *RAP*, 162, Buenos Aires, 1992 y los fallos *Youssefian* citados en "Los grandes fallos de la actualidad," en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI.

⁵⁷ Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO: "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 103 y ss.; "La desorganización de la organización administrativa (o la organización del desgobierno)," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 335 y ss., 343 y ss.

vio, es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones estables en la función pública,⁵⁸ otorgamiento de becas, premios, etc. En materia de contrataciones es indispensable la compulsa y concurrencia de oferentes, a través de una licitación o concurso cuyas reglas fundamentales ya explicamos.⁵⁹ Sin embargo, la propia licitación o concurso tienen otros recaudos de trámite o procedimiento en la formación de la voluntad: Se requiere un dictamen técnico, además del jurídico, bajo pena de nulidad.⁶⁰ A ello nos referimos a continuación.

4.5. Opinión, dictamen o informe sustancial

4.5.1. En general

Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.⁶¹ “Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por la legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades.”⁶² Así el pronunciamiento del jurado para una designación de profesor regular: Su omisión determina la nulidad del acto, sin perjuicio de su conversión en nombramiento como profesor interino.⁶³ Lo mismo es aplicable a las designaciones por concurso en la función pública en general. Hay así un doble juego de recaudos: la apertura a la concurrencia y el dictamen técnico. Ello ha llevado a decir que hay en tales casos una competencia

⁵⁸ PTN, *Dictámenes*, 123: 487, 489, § III: nulidad de hacer valer un concurso interno como concurso abierto, con cita de *Dictámenes*, 74: 391; CNFed. CA, Sala IV, 2003, *Raffo*, con nota de RUIZ, SERGIO RAÚL, “Vaivenes de la discrecionalidad en el empleo público,” *LL*, 2004-A, 355.

⁵⁹ “La presencia de un órgano técnico de selección indica que hay una “sustracción de la competencia plena del órgano superior de decisión.” FIORINI, BARTOLOMÉ A., y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública*, Abeledo-Perrot, 1972, p. 141. Uno de los importantes debates en la materia se refiere a la ampliación de los contratos administrativos: BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto sobre la forma en los contratos administrativos,” *LL*, 2007-A, 780.

⁶⁰ *Supra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.” Con todo, es de señalar que se han alzado varias voces señalando la irrealdad del verdadero cumplimiento de estas normas generales, p. ej., PULVIRENTI, ORLANDO, “El caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos Nros. 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires),” *LL*, 2005-D, 1217; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Licitación pública vs. contratación directa: ¿La batalla perdida?” *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 75-103; “Contratos administrativos: lenguaje y realidad,” *LL*, 2004-C, 1535; REJTMAN FARAH, “La brecha existente entre el régimen de las contrataciones públicas y la realidad,” en prensa en el libro de las Jornadas de 2006 de la UNIVERSIDAD AUSTRAL.

⁶¹ CNFed. Sala CA, *De la Torre Peña*, *LL*, 93: 496, año 1958; *Esnaola*, *LL*, 91: 610, año 1958; PTN, *Dictámenes*, 74: 391; 76: 175; PETRACCHI, ENRIQUE C., “Los órganos consultivos y el acto administrativo,” *Revista de Derecho y Administración Municipal*, 100: 32 y ss., 37, Buenos Aires, 1938; FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 197-8, quien considera que el vicio es insanable por un dictamen producido *a posteriori*. Postula igual solución para la autorización o delegación tardía.

⁶² ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentieux Administratif*, t. III, París, 1958, p. 809; CHAPUS, RENÉ, *Droit administratif général*, t. 1, París, Montchrestien, 1992, 6ª ed., p. 814. PETRACCHI, *op. loc. cit.*

⁶³ *Infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo,” § 11, “Conversión.”

compartida entre la autoridad que decide y el jurado,⁶⁴ lo que desde luego no ha de interpretarse como confiriendo tal discrecionalidad a la autoridad, como para tornar prescindible el dictamen del jurado. Hay casos que tienen más especialidad pero siguen el mismo criterio. Así es nula la inclusión del libro *San Martín 1966* dentro de un “Régimen de Estímulo del Libro Argentino” del Fondo Nacional de las Artes, sin previo dictamen del Instituto Nacional Sanmartiniano.⁶⁵

Igual principio sigue el dictamen de la comisión de preadjudicación antes de resolver una licitación pública. Las normas usualmente prevén impugnaciones al dictamen del jurado o de la comisión de preadjudicaciones. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que se trata de un acto administrativo,⁶⁶ lo cual obviamente no es correcto.⁶⁷ En el caso del indulto, en que el Poder Ejecutivo debe pedir informes al tribunal antes de dictar el acto en cuestión (art. 99, inc. 5º, de la Constitución), la omisión de cumplimentar con dicho trámite sustancial vicia de nulidad el acto.⁶⁸ El fundamento de este principio es que el trámite omitido “pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sido dictado,”⁶⁹ o no hubiera sido dictado de la misma manera.

No siempre el informe o dictamen proviene de un órgano consultivo. En los procesos de renegociación de concesiones o licencias de permisos públicos, la autoridad concedente no puede obrar, para tomar su decisión, sin el informe del ente regulador de ese servicio: Es un elemento de control que también debe ser cumplido, lo que significa que tenga un cumplimiento eficaz en la práctica corriente. Es importante que el debate del dictamen o informe se efectúe con anterioridad a la decisión. Este tipo de recaudos, con todo, no ha sido suficientemente satisfecho en las renegociaciones efectuadas en los últimos años, ni tampoco en los anteriores: siempre hay razones que se pueden esgrimir para no acatar el orden jurídico.

4.5.2. *La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo*

Quizás por todo ello, aquel claro punto de partida tiene su primera flaqueza cuando se analiza el vicio del acto dictado sin el previo dictamen legal de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico. Allí la interpretación tradicionalmente dominante era, según lo vimos, que el vicio quedaba subsanado por ulterior

⁶⁴ HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 40-1 y su referencia de la nota 45.

⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 112: 112, 114.

⁶⁶ WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, LGDJ, t. 82 de la *Bibliothèque de droit public*, p. 24.

⁶⁷ Una prolija crítica en HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 55-60.

⁶⁸ DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1963, p. 394.

⁶⁹ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, 3ª ed., p. 199.

actividad dictaminante, o sea que el acto era anulable y el vicio saneable por un dictamen posterior.⁷⁰ Se trataba de una derivación más de la perniciosa “doctrina” de la subsanación, que permitía a la administración sanear los actos nulos en etapas posteriores del procedimiento, p. ej. ante la interposición de un recurso por parte del particular: Su cuestionamiento, en lugar de llevar a la nulidad del acto, servía a la administración de trampolín para juzgarlo mágicamente saneado. Algo peor ocurre en sede judicial, cuando el particular impugna la nulidad del acto, si el tribunal, imitando a la administración, en lugar de anular el acto lo considera saneado por la conducta impugnatoria del particular. Estos absurdos criterios llevan, como es obvio, a la inutilidad de los recursos administrativos y demás medios de defensa del particular, que en tal caso bien podrían sarcásticamente ser llamados “modos involuntarios de colaboración del particular al saneamiento no querido de los vicios de la actividad administrativa.”

Conviene destacar, con todo, una saludable reacción de algunos tribunales,⁷¹ que es de esperar llegue a constituir la nueva regla en la materia. En particular la SCJBA ha sostenido que “Ha de entenderse que la doctrina de la subsanabilidad judicial del acto administrativo ha de tener un campo de aplicación limitado a casos extraordinarios, pues de lo contrario llevaría a los jueces a tener como función normal suplir la voluntad de la administración, exorbitando sus atribuciones, las que son de control [...]”⁷²

Si, a la inversa, se mantuviera la doctrina que criticamos, ella no solamente desconoce el mecanismo de la *conversión* previsto en el art. 20 del decreto-ley 19.549/72, que admite en definitiva el perfeccionamiento del acto pero con consentimiento del individuo y con efectos no retroactivos. En particular, significa un retroceso en la batalla por la fiel observancia del debido proceso legal y también de las formalidades que las normas establecen, de cumplimiento necesario para considerar válido al acto emitido en garantía tanto del particular como del buen funcionamiento de la administración conforme a derecho. Ella importa, además, un serio desconocimiento del rol del abogado en la administración pública. Muchos

⁷⁰ CSJN, *Duperial SAIC*, año 1979, *Fallos*, 301: 953, cons. 6º, pp. 956-7, en que se puntualizó que el interesado pidió y obtuvo el dictamen posterior. Es también el criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 144: 148; 193: 110 y 197: 162. En el mismo sentido CNFed. CA, sala V, *Transportadora de Gas del Norte S.A.*, 20-XI-1995 y CNFed. CA, sala IV, *Lagomarsino*, 17-XII-2004, *EDA*, 2005, p. 117.

⁷¹ Celebramos que empiecen a verse algunas excepciones, predominantemente en materia sancionatoria: CNFed. CA, sala II, *American Airlines, LL*, 2001-B, 493: “La omisión del dictamen jurídico previo a una resolución por la que se aplica una multa [...] constituye la ausencia de un requisito esencial para la validez del acto administrativo, debiendo declararse la nulidad de dicho acto.” En igual sentido los precedentes citados en la nota 40 y 72. La Sala I (LICHT, COVIELLO; por error de la publicación se indica la Sala V), *Consortio de Propietarios de la calle César Díaz 1975, ED*, 29-IX-2000, ha dicho a su vez en el cons. 9º, 2º párr., que “no puede considerarse un «dictamen» [...] donde informa solamente esto [...]. Y esas son todas las razones.”

⁷² SCJBA, *Estudiantes, LL*, 2002-F, 955; CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S.A., DJ*, 2000-3, 257, cons. VIII; CNFed. CA, Sala II, *Turismo Parque S.R.L., EDA*, 2001-2002, 75; CCA yT CABA, Sala II, *G.C.A. c. S.E. (GCBA), LL*, 2002-C, 2. Cabe preguntarse si será ésta la nueva regla.

actos arbitrarios no son dictados, porque el asesor letrado se resiste a dar el dictamen favorable que le piden. Otras veces el acto que se dicta queda morigerado de la intención y la extensión inicialmente tenidas en miras, gracias a esa misma necesaria intervención letrada. No se le pueden pedir dictámenes de favor todos los días: No queda más remedio que obrar conforme a derecho en los demás. El dictamen letrado previo no es un mero requisito de trámite o de procedimiento. Es una garantía de algún dejo de razonabilidad, prudencia y justicia en el acto administrativo.⁷³ Todo eso lo destruyen quienes por mal entendida prudencia o *self restraint* sostienen, con apoyo doctrinario, que la falta de dictamen jurídico previo no es un vicio insanable.⁷⁴ Es parecido a lo que hacen los pacientes que, en el ejercicio del derecho a preservar su propia salud, toman su decisión luego de oír al médico pero sin necesariamente hacerle caso; pero si ni siquiera consultan al médico antes de resolver, entonces su comportamiento es a todas luces irrazonable; si lo hace la administración, que no es dueña de su cuerpo pues representa a la sociedad, resulta imperdonable cuando quienes así lo afirman son aquellos que pertenecen a la profesión que debiera haber sido consultada. Ello desjerarquiza el dictamen y priva al asesor letrado permanente de su indispensable objetividad e imparcialidad. Su opinión posterior queda teñida por el compromiso que genera un acto ya emitido y la necesaria solidaridad de cuerpo que genera. La omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos permanentes de la administración en cualquier acto administrativo que verse sobre *derechos y deberes* de los individuos o de la administración, en buenos principios vicia de nulidad dicha resolución. El dictamen es para *ilustrar* la toma de decisión, no para *defenderla*.⁷⁵ Es un consejo o información para una acción *futura*, no una escaramuza *luego* de rendida la batalla. Esta solución, propugnada desde antaño por la doctrina,⁷⁶ encuentra su recepción normativa en el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7º, inc. d) señala que además de la obligatoriedad de otros trámites esenciales previos a la emisión del acto y sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales “considerárase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses

⁷³ Por eso el Consejo de Estado de Francia considera incluso que la consulta carece de eficacia si no es integral, es decir, si el órgano no tiene ocasión de expresar completamente su opinión sobre el total de las cuestiones planteadas por la decisión a tomar: HOSTIQU, *op. cit.*, p. 268. Es una cuestión a tenerse especialmente en cuenta en el caso de dictámenes u opiniones reticentes.

⁷⁴ MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. I, *op. cit.*, p. XIII: esta jurisprudencia “lleva a eliminar el requisito, ya que cuando el particular no recurre queda firme el acto” y cuando sí lo hace el vicio se “subsana” al dictaminarse en ocasión de dicho recurso.

⁷⁵ *A fortiori*, lo mismo ocurre con la fundamentación fáctica de la decisión. Explicar uno lo que otro no ha explicado es ser su abogado defensor: *infra*, cap. XII, § 7.2, “Explicar al otro.”

⁷⁶ Comp. DANA MONTAÑO, SALVADOR M., “La obligatoriedad del asesoramiento técnico en general y del jurídico en particular en el régimen democrático,” en *RAP*, 7: 30, 39, Buenos Aires, 1962, que lo llama “veto técnico” lo que es tal vez darle demasiada trascendencia. Ver también LUQUI, JUAN CARLOS, “El dictamen jurídico,” *Lecciones y Ensayos*, 30: 47, Buenos Aires, 1965; CATALDI, GIUSEPPE, “Las informaciones como materia de actividad administrativa,” *Revista de Administración Pública*, 9-10: 9, Buenos Aires, 1963.

legítimos.” La cuestión tiene pues una clara solución normativa y debe aplicarse la consecuencia de la nulidad absoluta toda vez que el dictamen falte enteramente. La debilidad de un dictamen, en cambio, o su desacierto o insuficiente análisis de la cuestión, no dará ya lugar a este tipo de vicio, sin perjuicio de que pueda afectar al acto tornándolo arbitrario, desconectado de los hechos, violatorio del derecho aplicable a su objeto, etc. Sin perjuicio de ello, se ha considerado que cuando un acto administrativo carece de motivación o fundamentación, pero en los considerandos tiene en cuenta un dictamen anterior y en la parte resolutive se ponderan los argumentos legales vertidos en éste, puede considerarse salvada la irregularidad. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado, en tal sentido, que la falta de tales elementos del acto puede considerarse suplida por la referencia a dictámenes o conclusiones que consten en las mismas actuaciones donde aquél se dicte.⁷⁷

4.6. *Otros vicios de procedimiento*

En los casos que hemos estado analizando se trata siempre de determinados actos procesales que la administración debió haber cumplido pero en cambio omitió: Traslados para defensa del interesado, informes o dictámenes sustanciales, procedimientos de oposición para la selección del contratista estatal o de un agente público, o para el otorgamiento de un premio o beca, etc. Ahora bien, ¿qué decir del caso en que el defecto no ha estado en la omisión sino en el exceso?

Este problema lo plantea agudamente VIDAL PERDOMO cuando, al tratar de los vicios de forma, expresa que cuando se omiten trámites “Es una nulidad fácil de apreciar, porque basta hacer una comparación entre la forma como el acto tuvo vida y los trámites legales.”⁷⁸ En cambio, señala este autor, “Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”⁷⁹

La solución de fondo del problema puede encararse por vía de los diversos intentos de reforma administrativa⁸⁰ pero ello no quita que en realidad un procedimiento así desviado, por excesiva e injustificada complejidad, deba reputarse inválido. Pero no puede legítimamente oponerse a la pretensión del particular una malla tal de obstáculos y dificultades como para que pueda considerarse que, de hecho, se le ha impedido —para esto sí eficazmente— obtener un pronunciamiento razonable y válido de la administración. En estos casos, deberían funcionar eficazmente los mecanismos tendientes a instar prontas decisiones, así

⁷⁷ PTN, *Dictámenes*: 132: 133, punto VI.

⁷⁸ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438; 1977, 5ª ed., p. 400; Temis, 1997, 11ª ed., p. 345.

⁷⁹ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

⁸⁰ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

como la aplicación de sanciones a los funcionarios responsables de la ineficiencia o morosidad administrativa, p. ej., las multas conminatorias personales.⁸¹

4.7. Efecto sinérgico de los vicios

De lo expuesto surge que infrecuentemente uno sólo de los vicios de procedimiento o de formación de la voluntad previos a la emisión del acto puede dar lugar a la nulidad, o en otra terminología absoluta e insanable. Lo habitual es que se considere que el vicio es subsanable.

Cuando hay varios vicios, en cambio, ellos tienden a ser potenciados recíprocamente y es más frecuente entonces que se disponga la nulidad del acto, sin posibilidad de saneamiento.⁸² Si hay varios vicios y su conjunto convence al tribunal, puede ocurrir que el fallo despliegue esa multiplicidad de vicios como para demostrar que no puede haber lugar a dudas en cuanto a la nulidad que impone.⁸³ En otra variante de política jurisdiccional, el tribunal puede, por el contrario, elegir alguno emotivamente neutro y anular el acto sin una enérgica condena de la administración.⁸⁴ Si la segunda política jurisprudencial permite anular más actos administrativos ilegales, como parece probable, tiene entonces el mérito de la eficacia. Nuestros tribunales, por ahora, parecen preferir la primera.

En *Maruba S.C.A.*⁸⁵ se consideraron nulas actas dictadas a) por “funcionarios incompetentes,” pues la autoridad competente era el Poder Ejecutivo y las suscribió “el Director Nacional de Transporte Fluvial y otros funcionarios de menor jerarquía,” el Poder Ejecutivo podía delegar “La competencia respectiva al Ministro de Economía” pero en todo caso no lo hizo; b) “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara; hecho que no aconteció en la presente causa;” c) “las actas carecen de causa fáctica puesto que se tomó como ciertos hechos que no son verdaderos (al determinar la inexistencia de deuda [...]).” d) También se destacó que en el caso era de aplicación el criterio de la PTN en el sentido que “cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se vinculen y se basa tan solo en la pura y simple voluntad del funcionario que lo dictó, es arbitrario y por ende ilegítimo.” e) En el caso el tribunal entiende

⁸¹ Ver nuestra nota “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”

⁸² PTN, *Dictámenes*, 1-X-1973, t. 127: falta de informe previo, de dictamen jurídico y audiencia previa, de motivación adecuada; 5-I-1968, t. 104: falta de publicidad previa, requerida por la norma y consiguiente posibilidad de oír a los contrainterésados, informe técnico adverso y otras irregularidades. Otros ejemplos *supra*, “Introducción,” nota 82; *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

⁸³ Los casos mentados en la nota 82 de la “Introducción,” también *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros.”

⁸⁴ Así el Consejo de Estado de Grecia: PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, “Note sur la motivation des actes administratifs en droit hélienique,” en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1.

⁸⁵ CNFed. Civil y Com., Sala III, *Maruba S.C.A.*, *LL*, 1998-A, 151, año 1997.

que hubo también error esencial, ya que la administración “no hubiera emitido tales actas al comprobar la existencia de un saldo deudor.” *f*) Por si fuera poco, el tribunal añadió la inexistencia de circunstancias mitigantes.⁸⁶

Es más categórica la Sala IV de la CNFed. CA, que no sólo declaró la nulidad del acto en *Uromar S.A.*:⁸⁷ *a*) Por haber resuelto el rechazo *in limine* del recurso sin valorar sus argumentos, *b*) denegar la producción de la prueba ofrecida, *c*) invocar un acto inexistente y *d*) prescindir de pedir dictamen jurídico previo: El fallo puntualiza, además, que *cada* vicio determinaba la nulidad del acto.

4.8. *Circunstancias mitigantes*

En algún caso se estimó que el vicio de falta de concurso no era subsanable, pero que la persona debía continuar en el cargo mientras tramitaba el concurso; en cambio no se le aplicaría una norma que permitía regularizar interinatos sin concurso;⁸⁸ muy parecida es la solución de la CSJN en *Rosza*, 23-V-2007, que declaró la inconstitucionalidad de las designaciones de jueces subrogantes, pero no invalidó sus actos y otorgó un plazo para que los jueces fueran designados normalmente. Es mitigante la importancia del vicio: A menor gravedad de la sanción, menor exigencia de cumplir todos los recaudos de validez. Se aprecia qué efectos ha tenido el vicio sobre el contenido del acto, para concluir que si no lo ha afectado mucho, el agravio no tiene gravedad. En la valoración judicial de la indefensión la CSJN ha puntualizado en algún caso, *a contrario*, la existencia de “error esencial, [...] incompetencia en razón del tiempo, o con un objeto ilegítimo por violación de la ley aplicable; la mácula del acto emitido en esas condiciones es tal, que configura su nulidad absoluta e insanable, [...] máxime si la intervención de las partes interesadas en el procedimiento o la emisión de dictámenes, *no resultaren suficientes*⁸⁹ para cohonestar el pronunciamiento administrativo o disminuir la gravedad del vicio.”⁹⁰ Otro supuesto es la doctrina francesa de los “vicios inoperantes” según la cual la obligación de la administración de actuar de una determinada manera –en general, cuando se trata del ejercicio de una facultad reglada– quita relevancia jurídica a los eventuales vicios de procedimiento o forma. Se entiende que, como el resultado del acto (su objeto) sería el mismo –habiéndose dictado viciado o no–, resulta indiferente revocarlo o anularlo.⁹¹ Pero eso contradice el esquema lógico de la desviación de poder, en que la carencia de vicios externos en el objeto del acto y su conformidad en todo lo demás al orden jurídico no suple el vicio de la voluntad en su emisión.

⁸⁶ Ver *infra*, § 4.8, “Circunstancias mitigantes.”

⁸⁷ *Uromar S.A.*, CNFed. CA, Sala IV, *DJ*, 2000-3, 257, cons. IV a VII.

⁸⁸ PTN, *Dictámenes*, 123: 487.

⁸⁹ El destacado es nuestro. *A contrario*, admite que sí pueda cohonestarlo.

⁹⁰ CSJN, *Bodegas y Viñedos Giol*, *E.E.I.*, 1987, *ED*, 126: 247.

⁹¹ DEBBASCH, CHARLES, *Institutions et droit administratifs. L'action et le contrôle de l'administration*, París, Thémis, 1978, p. 220.

Estos argumentos han sido rebatidos pero son utilizados para “salvar” las nulidades en las que incurre la administración. Pero no se debe cesar en la lucha por obtener garantías del cumplimiento de recaudos previos a la emisión del acto. A propósito de uno de ellos el comisario de Gobierno JACOMET señalaba en 1955, en el Consejo de Estado de Francia, que es inútil verificar si la omisión de cumplir aquellos recaudos ha tenido o no repercusiones sobre el objeto del acto.⁹² “Es en particular inútil probar que la omisión de una forma no ha podido cambiar en nada la decisión final, que ella ha sido sin influencia sobre el contenido normativo del acto atacado.” Es que no se puede suponer que el legislador haya establecido una forma o regla “gratuita,”⁹³ “superflua.”⁹⁴

5. Vicios en la emisión de la voluntad

Esta hipótesis trata de los vicios durante el proceso de emanación de la voluntad, producción o formulación de la voluntad administrativa.

5.1. Actos simples dictados por órganos colegiados⁹⁵

En los órganos colegiados, sean ellos legislativos, judiciales o administrativos, e incluso arbitrales, en buenos principios la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos y son por ende requisitos de su formación válida:

a) Que haya *sesión*, en cuanto reunión formal, lo que por de pronto incumplen en nuestro país los órganos judiciales colegiados, empezando por la CSJN, donde es común que cada magistrado expida su voto sin discutirlo en sesión con sus colegas;

b) *quorum* o sea, número legal para que el órgano pueda considerarse reunido; en el caso de muchos órganos colegiados judiciales el quórum se computa *en abstracto*, cuando se consigue la cantidad de votos necesaria para una decisión; y

⁹² Citado por HOSTIOU, *op. cit.*, p. 241 y nota 16, donde también recuerda, en igual sentido, la nota de VIRALLY a la decisión del Consejo de Estado.

⁹³ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 240.

⁹⁴ HOSTIOU, *op. loc. cit.*: esta percepción proviene del siglo XIX en LAFERRIÈRE, ÉDOUARD, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, Berger-Levrault, 1896, p. 522.

⁹⁵ Ampliar en DAGTOGLOU, PRODROMOS, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960; HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 262-73. La misma temática ha comenzado a plantearse respecto al funcionamiento de los órganos colegiados que funcionan en el ámbito del Poder Judicial, p. ej. en casos que la constancia de emisión del voto es obligatoria, cuando se trata de un órgano “colegiado que plantea como necesario atender a la postura de cada uno sus miembros, [...] a fin de poder oír los fundamentos de todos los representantes del tribunal, máxime teniendo en cuenta la integración colectiva y plurisectorial, que establecida constitucionalmente, tiene por objetivo el poder observar por medio del tamiz de cada uno de los jueces la conducta del magistrado imputado.” CISERCHIA, GUILLERMO A., “Sobre el Jurado de Enjuiciamiento y la necesidad de un pronunciamiento integral,” en preparación, que comenta lo resuelto diversamente por la CSJN, *Torres Nieto*, 13-III-2007. Volvemos sobre el tema en el cap. X, § 6.2., p. X-17, texto y notas 96 y 97, al referirnos a la motivación o fundamentación del acto del órgano colegiado y de los votos individuales.

c) *deliberación*, es decir, oportunidad de los miembros para hablar. Esto es un requisito de validez de cualquier órgano colegiado, en cualquier época y ámbito: la razón de ser de la colegialidad es el debate, la discusión, el intercambio de ideas. Lo triste es que esto no sólo no se cumple siempre en la administración, sino que tampoco se cumple siempre ni siquiera en los órganos judiciales colegiados, donde es común que falte la sesión y por ende el quórum y la deliberación, salvo en los pasillos pero no en el tribunal pleno y sin embargo el acto se repute válido. El hecho de que nadie quiera hacer uso de la palabra, desde luego, no vicia el acto, si existió la oportunidad comentada; pero en cambio, si no se abre el tema al debate y se vota directamente, habría un vicio en el acto. No es en cambio necesario fundar el voto y ni siquiera que cada miembro participe en el debate, a menos que esto se transforme en una burla al procedimiento colegiado.

Si los miembros son consultados simplemente por carta y se recolectan sus votos a domicilio, no ha existido deliberación ni sesión y el acto es en consecuencia nulo;⁹⁶ pero si ha existido sesión y las firmas se colectan después, o el Presidente y Secretario dan fe de su voluntad, el acto es válido.

Hay también una lenta tendencia hacia:

d) *La publicidad* de las sesiones,⁹⁷ que puede llegar a ser también recaudo de validez.

Del mismo modo, en doctrina se postula que los órganos colegiados de representación multisectorial requieren el voto de todos sus estamentos, aunque aún la jurisprudencia no ha recogido este criterio.

Y por supuesto, una vez cumplidos todos los requisitos que hacen al funcionamiento del órgano colegiado, sigue siendo necesario cumplimentar también con los demás requisitos del acto administrativo, entre ellos la adecuada motivación, audiencia previa, dictamen jurídico, etc.

La ausencia o irregularidad de algunos de los requisitos mencionados en los tres primeros supuestos vicia el acto; la consecuencia a aplicar depende de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto, de acuerdo al sistema general de vicios y nulidades del acto administrativo.

Así, la falta de *quorum* determina la nulidad del acto, pero no siempre es claro si existe o no *quorum*. La doctrina suele distinguir entre el *quorum* para la cons-

⁹⁶ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 262 y fallos que cita del Consejo de Estado de Francia.

⁹⁷ MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público*, Valencia, Marfil, 1976, pp. 104-6. Por cierto, una cosa es la publicidad y otra la participación en la deliberación misma de personas ajenas al cuerpo: FLOGAÏTIS, *Administrative Law et droit Administratif, op. cit.*, p. 185 y jurisprudencia inglesa citada en su nota 12. Ver también las normas del decreto 1172/03 que se inclinan en el mismo sentido, tal como el anexo VIII relativo al llamado reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos, que no parece tener una generalizada aplicación, al igual que otras normas igualmente bien intencionadas del mismo cuerpo normativo. Es que todo el tema de los órganos colegiados funciona mal, empezando por las cámaras del Congreso de la Nación, donde se han dado casos de votos emitidos, registrados y computados a quienes ni siquiera integran la cámara.

titución del órgano y el *quorum* para la decisión; se pregunta si puede votarse por teléfono;⁹⁸ si el abandono de parte de los miembros, sin haberse levantado la sesión, perjudica o no el *quorum*, etc. En este último punto, DAGTOGLOU⁹⁹ sostiene que el *quorum* anteriormente constituido subsiste.¹⁰⁰ De todas maneras, coincidimos con BOQUERA OLIVER,¹⁰¹ que la falta indubitable de *quorum* constituye un caso de inexistencia de acto, por más que la jurisprudencia se incline por la nulidad absoluta.

Lo mismo puede decirse para el caso de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia.¹⁰² La falta de deliberación en cambio lo haría solo anulable. Los vicios en la votación, por computarse votos inexistentes, llevan a la inexistencia cuando el voto faltante o inválido —por tratarse de un usurpador— es determinante de la decisión que se adopta.¹⁰³ La participación en la sesión y votación de un miembro que tenía obligación legal de abstenerse, no empaña la validez del acto¹⁰⁴ pero si fue un voto esencial,¹⁰⁵ decisivo,¹⁰⁶ determinante en la votación, el acto será nulo.¹⁰⁷

5.2. Actos complejos

Estos actos, que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos,¹⁰⁸ constituyen un acto único: la ausencia o vicio de una de las voluntades que concurren al acto lo vicia, como regla, en su totalidad.¹⁰⁹

5.2.1. Si el acto es de aquellos que tienen una voluntad preponderante y una voluntad subordinada, p. ej. los decretos del Poder Ejecutivo, tienen menos importancia los vicios que afectan a la voluntad subordinada (la del ministro) y viceversa. En consecuencia, los vicios de la primera voluntad se trasladan en un todo al acto complejo: si la voluntad presidencial está viciada de nulidad, el

⁹⁸ La respuesta es claramente negativa: DAGTOGLOU, *op. cit.*, p. 103. Ya dijimos que tampoco puede votarse por correo o a domicilio: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 262. En igual sentido, es inaplicable al derecho público la regla de los consorcios privados en que puede otorgarse carta poder a otro integrante del cuerpo.

⁹⁹ DAGTOGLOU, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁰ El *quorum* no se ve afectado por cambios en la forma de integración del cuerpo durante la sesión: HOSTIOU, *op. cit.*, pp. 263-4.

¹⁰¹ BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 7ª ed., pp. 192-3.

¹⁰² P. ej., una decisión de los miembros de un Consejo Directivo en una cena de camaradería.

¹⁰³ Desde luego, no estamos siguiendo aquí la tradicional doctrina *de facto*, que nuestra Constitución de 1994 condena inequívoca y severamente desde sus arts. 29 y 36. Es la solución de Rosza.

¹⁰⁴ Así la LPA española, art. 20.3.

¹⁰⁵ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 235 y la doctrina alemana.

¹⁰⁶ VITTA, CINO, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920, pp. 88-9; MONTORO PUERTO, *op. cit.*, p. 98; VALENTINI, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁷ MONTORO PUERTO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁸ A diferencia de los actos simples, que emanan de un sólo órgano, sea éste individual o colegiado. Acto complejo es p. ej. un decreto del Poder Ejecutivo, que se forma por el concurso de la voluntad del Presidente de la Nación y el ministro del ramo.

¹⁰⁹ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 124 y ss.

decreto es nulo; si está viciada de anulabilidad, el decreto será anulable y si se da el caso de inexistencia, también inexistente será el decreto de que se trate.¹¹⁰

5.2.2. Los vicios de la voluntad subordinada no se trasladan con igual fuerza al acto complejo: Si es anulable, el acto complejo es válido; si es nula el decreto será anulable; si no existe el decreto será nulo pero no inexistente. Un decreto firmado por el ministro pero no el Presidente no existe como decreto; pero si está firmado por el Presidente y no por el ministro, si se publica adquiere existencia (o sea, no estamos ante una inexistencia de acto administrativo, a pesar de que falte una de las firmas) aunque estará viciado de nulidad.¹¹¹

5.2.3. Por último, si las voluntades son iguales, el vicio de cualquiera de ellas se traslada enteramente al acto.

5.3. *Actos que requieren autorización*

Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización o conformidad de otro órgano (p. ej., el dictamen de la Comisión Bicameral de seguimiento de las privatizaciones para determinados aspectos de las concesiones y licencias, el informe técnico del ente regulador a cargo del control del servicio), el acto dictado sin esa conformidad previa es nulo¹¹² y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.¹¹³ Admitir la posibilidad de confirmación del acto mediante una autorización tardía implica desvirtuar el sentido de la exigencia legal, transformándola indebidamente en una especie de aprobación. Sin embargo, en ocasiones el ordenamiento jurídico no exige autorización previa sino aprobación posterior, como es el caso de los decretos de necesidad y urgencia.

Si lo que la ley exige es la *autorización previa al acto*, ese vicio no puede *subsanarse si el acto ha sido ya dictado*. Para corregirlo debe darse una autorización para dictar el acto y con posterioridad, producirlo. En consecuencia, deberá

¹¹⁰ Comp. CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 574.

¹¹¹ Cabe recordar que hay supuestos en que se admite una suerte de “refrendo” por el Secretario General de la Presidencia de la Nación, cuando se designa al Jefe de Gabinete y no hay ningún ministro que pueda refrendar la firma. El Secretario general, primer funcionario político que nombra el nuevo Presidente, es también designado por un Decreto presidencial sin refrendo.

¹¹² El principio estuvo claro para otra clase de supuestos, p. ej. cuando un ente autárquico necesitaba autorización del P.E. para vender un inmueble. Ver PTN, *Dictámenes*, 69: 221. ZELAYA, SIMÓN S., “Forma del acto administrativo,” publicado en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 60 y ss., p. 71. La lógica sugeriría igual solución en el caso del texto, pero sabido es que las fuerzas en juego son distintas. En Italia la tendencia ha sido siempre por la anulabilidad, como señala VIGNOCCHI, GUSTAVO, *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*, Padua, CEDAM, 1944, p. 131; para él es un supuesto de nulidad absoluta, p. 130.

¹¹³ Conf. BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 209. En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D’ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; conf. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, pero admite que en la práctica ocurre lo contrario; coincide en ambos aspectos VIGNOCCHI, *op. loc. cit.*

dictarse un acto nuevo; el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable. La solución contraria —frecuente en la práctica— nos parece por ello inconveniente y antijurídica.

5.4. *Actos que requieren aprobación*

5.4.1. *En general*

El acto que con posterioridad a su emisión debe ser aprobado por otra autoridad no nace al mundo jurídico, aún estando firmado, mientras dicha aprobación no se produce; es decir, no puede mientras tanto producir efectos jurídicos. Si dicho acto no aprobado es ejecutado a pesar de ello, los actos de ejecución son nulos.

El criterio general es así que “faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria”¹¹⁴ y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,¹¹⁵ ni tampoco, desde luego, obligaciones. La misma solución se aplica cuando se trata de un acto del Poder Ejecutivo que debe ser aprobado por el Congreso.¹¹⁶ La aprobación es posterior al acto que debe producir los efectos y por ello no puede darse respecto de actos futuros.¹¹⁷

5.4.2. *Acto y proyecto de acto*

Esta es la solución de principio; sin embargo, creemos que no constituye necesariamente una regla absoluta. Lo que el instituto de la aprobación persigue es una consideración específica del acto dictado, teniendo presentes todos sus elementos y particularidades.

Si, por lo tanto, se somete a la aprobación de la autoridad correspondiente un proyecto de acto no suscripto bajo forma de acto y recibe la conformidad del superior a través de una aprobación y luego el proyecto sometido se transforma en acto efectivo y repite en todos sus aspectos el acto proyectado y aprobado con anterioridad, parecería un rigorismo inútil e inconducente sostener que el acto carece de ejecutividad, por falta de una aprobación posterior. Es evidente, en efecto, que ésta carecería de sentido, por cuanto la autoridad que debe hacer la aprobación *se ha manifestado concreta y específicamente sobre todo lo que constituye la materia del acto*.

¹¹⁴ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; 52: 521; 75: 243. No nos parece acertado, con todo, el empleo del término “acto administrativo,” según se verá más abajo.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

¹¹⁶ CSJN, *Fallos*, 31: 307, *Honoré y Bowen*, 1887; 120: 57, *Anselmo Gómez*, 1914; *Mallet*, 1922, *JA*, 8: 8; Superior Tribunal de Santa Fe, *Codó Rubíes*, año 1940, *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA, ALBERTO ANTONIO, “La «aprobación» y la «autorización» en materia de contratos administrativos. Nulidad de adjudicación por alteración de las bases de licitación. Las costas en los recursos contencioso administrativos.” PTN, *Dictámenes*, 47: 1.

¹¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; D’ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Turín, 1943, p. 169; FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, vol. II, Nápoles, 1937, pp. 149-50. Comp. HEREDIA HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 76.

La solución, de este modo, no sería paralela a la que damos en el caso de la autorización. De ésta no se concibe a nuestro modo de ver que sea tardía, posterior al acto, en contra de su naturaleza previa al mismo; a la inversa, de la aprobación, que por su naturaleza es posterior, puede en cambio concebirse que sea por excepción previa al acto, con las particularidades señaladas y con carácter restrictivo.

El acto sujeto a aprobación ha sido equiparado en un caso, en segunda instancia, al acto dictado *ad referendum*,¹¹⁸ pero la CSJN en el mismo caso¹¹⁹ dijo que un acto *ad referendum* o sujeto a aprobación de una autoridad superior carece de aptitud para “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto.”¹²⁰ Esta es también la solución de la CNFed. Civ. y Com.:¹²¹ “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara; hecho que no aconteció en la presente causa [...] Sus efectos únicamente se producen a partir del momento en que la aprobación se presta.”¹²²

5.4.3. *Atribuciones del órgano de control*

Se ha postulado, sin base normativa cierta, que la autoridad que tiene competencia para conferir aprobación no tiene facultades discrecionales para hacerlo. Para sostenerlo se han ensayado distintos argumentos. Se ha dicho, p. ej., que la aprobación es un mero acto de constatación, un *accertamento*,¹²³ que verifica, no que el acto sea legítimo y oportuno, sino que no haya excedido los límites de la discrecionalidad.¹²⁴ En otros fallos la CSJN ha considerado que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el refrendo y que puede tratarse de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.”¹²⁵ Sin embargo, no parece una conclusión convincente.

5.4.4. *Efectos de la aprobación*

Según la doctrina dominante, la aprobación es declarativa y por ello los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto origina-

¹¹⁸ CNFed. CA, Sala I, *Herpazana SRL.*, ED, 168: 414; HUTCHINSON, *op. cit.*, 4ª ed., p. 84.

¹¹⁹ *Herpazana*, Fallos, 320-3: 2808, 1997, cons. 9-10; REJTMAN FARAH, MARIO, “Los contratos administrativos sujetos a aprobación: un supuesto de escisión competencial,” LL, 1997-C, p. 304.

¹²⁰ Doctrina de Fallos, 314: 491.

¹²¹ *Maruba SCA*, LL, 1998-A, 151, 152.

¹²² *Op. cit.*, p. 153.

¹²³ FORTI, *Diritto amministrativo generale*, t. II, Nápoles, 1945, p. 118.

¹²⁴ O más aún, que no es una manifestación de voluntad sino prácticamente algo similar a un dictamen. En este sentido comparar OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 55 y nota 61 *in fine*.

¹²⁵ CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, año 1984, Fallos, 306: 126; ED, 108: 460, cons. 7°. La solución era en el caso justa, aunque la fundamentación sea opinable.

rio y no desde la fecha del acto de aprobación.¹²⁶ No compartimos esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que “de suyo” produce efectos jurídicos: El acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos y por ello no es acto administrativo. La aprobación perfecciona el acto y no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades u otro tipo de actos en el que intervengan más de una voluntad. Entendemos por ello que la aprobación es constitutiva y que los efectos deben producirse sólo a partir de ella. No estamos ante un acto complejo: se trata de que la ley exige la intervención consecutiva de dos voluntades con el fin de que se produzca un efecto jurídico; no hay acto complejo porque las voluntades no se funden en un mismo fin, sino que tienen distintas orientaciones y finalidades;¹²⁷ el efecto jurídico se produce por el concurso de las dos voluntades, por lo que dicho efecto nace cuando ese evento se produce y sólo para el futuro. Por lo demás, la *publicidad* de un acto no produce efectos retroactivos sino constitutivos; el principio debe ser el mismo en el acto sujeto a aprobación: *eadem ratio, idem jus*. En ambos casos hay un requisito faltante para la existencia del acto y por ello el efecto jurídico nace recién cuando dicho requisito se cumple.

5.4.5. *Revocación*

El acto que ha sido aprobado u homologado por la autoridad superior no puede ser revocado por el inferior; en virtud del principio del paralelismo de las formas y de las competencias, el primer acto sólo podría ser dejado sin efecto por un segundo acto también aprobado y ello a partir de la fecha de aprobación. Si, a la inversa, se admitiera que la aprobación puede producir efectos retroactivos, la situación sería la opuesta, pues la homologación implicaría que el acto anterior quedó revocado a partir de la resolución del funcionario inferior; sin embargo, no consideramos que esa sea la solución correcta.

5.4.6. *Competencia originaria*

Para que la aprobación exista se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación tenga competencia propia para dictarlo; si éste carece de tal competencia y dicta un mero acto preparatorio *ad referendum* del órgano competente, cuando el segundo acto se produce no hay en verdad una aprobación del acto anterior, sino un acto nuevo: por ello, en este caso el acto no produce efectos retroactivos.¹²⁸

¹²⁶ PTN, *Dictámenes*, 52: 521; SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230 y 241; BODDA, PIETRO, *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; DIEZ, *op. cit.*, 1ª ed., p. 136.

¹²⁷ El acto aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba: SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Padua, 1930, p. 193; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 41.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

Si el acto dictado por un órgano incompetente no era *ad referendum* sino que tendía a producir un efecto jurídico inmediato, puede haber un acto administrativo anulable y la aprobación posterior del órgano competente es en realidad una convalidación que, entonces sí, puede operar como una ratificación retroactiva del vicio.

5.5. *Actos que requieren registro, inscripción, etc.*

La distinción entre validez (respecto a las partes) y eficacia (para terceros) se aplica a los actos entre particulares que para tener efectos frente a terceros requieren su inscripción en un registro público. El acto es eficaz entre las partes desde su celebración, pero sólo oponible frente a terceros después su registro.¹²⁹ En ocasiones hacen falta dos actos instrumentales, uno ante el notario (compraventa de inmuebles, hipotecas) y otro ante la administración (Registro de la Propiedad Inmueble). En el derecho administrativo se analiza la faz registral del negocio jurídico privado. No conocemos, en cambio, actos administrativos sujetos a un ulterior acto de registro o inscripción, salvo cuando el negocio jurídico es comparable a los del derecho privado, *v.gr.* la venta de un inmueble del Estado, de un bien registrable (automóviles), etc. En las inscripciones o registros suele¹³⁰ haber una facultad reglada: si se dan los presupuestos, la administración *debe* efectuar la inscripción, careciendo de discrecionalidad alguna al efecto: padrón electoral, registros profesionales,¹³¹ habilitaciones de farmacias, etc. Hay otro tipo de inscripciones, llamadas admisiones, en que sí existe un margen de discrecionalidad. Allí el control es del ejercicio no discriminatorio ni abusivo, desviado, irrazonable, etc., de tal discrecionalidad, pues no suele haber facultad reglada. En el derecho privado es el caso de las asociaciones civiles de clubes de campo.

I. *Vicios de tipo subjetivo*

6. *Desviación de poder*

6.1. *Noción y fundamento*

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (*ergo*, psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo) distinta de la perseguida por la ley.¹³²

¹²⁹ O desde la publicación de la inscripción: *supra*, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6.2, “Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones.”

¹³⁰ Las soluciones no son homogéneas, como señala OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, *op. cit.*, p. 56, § 19.

¹³¹ OTTAVIANO, *op. loc. cit.* Cuando esta atribución la ejerce un Colegio Profesional, público pero no estatal, sigue siendo una facultad reglada y no discrecional.

¹³² Costa Rica, art. 131.3; Perú, 3.3; México, 3.III; Venezuela, 12.

El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico.¹³³ Todos los vicios que aquí encabeizamos bajo el título de “vicios de tipo subjetivo,” pues, deben interpretarse en el mismo sentido. De lo contrario podría llegar a pensarse que la falta de fundamentación fáctica o normativa, o las falacias del razonamiento, que más abajo explicamos, han de considerarse desde el punto de vista psicológico del agente que dicta el acto, cuando en verdad se aprecian, como es obvio, de acuerdo a las constancias objetivas que indican que el acto no responde a los parámetros exigidos por el orden jurídico.

Lo mismo ocurre con la desviación de poder: puede o no ser una tortuosa finalidad personal y subjetiva del agente que expresa la voluntad administrativa, un vicio estrictamente subjetivo de su voluntad, o puede ser un acto que, sean cuales fueren las reales intenciones del agente, resulta objetivamente en un apartamiento de las finalidades tenidas en cuenta por la ley al atribuir al órgano la facultad de dictar determinado acto.

Quizás por este motivo algunos prefieren clasificar a estos vicios como vicios de tipo objetivo, pero es ello no advertir, en primer lugar, que las clasificaciones son útiles o inútiles, no verdaderas o falsas, como explicamos en el cap. I del tomo 1. En segundo lugar, es de notar que aunque el vicio sea totalmente subjetivo, incluso en el caso del mismo dolo, su apreciación siempre requiere una prueba objetiva que lo demuestre, al menos por presunciones. Bajo ese enfoque probatorio, todos los vicios serían objetivos, porque siempre hace falta una prueba objetiva que permite inferir su existencia.

Pero ello es confundir la cuestión de la prueba del vicio con la cuestión de la verdadera intención del agente, que nunca se sabrá con valor de verdad como tampoco nunca se la sabe con valor de verdad en el ámbito del derecho penal o del derecho civil en general.

Se condena a alguien por un delito doloso, no por haber penetrado su psiquismo, sino porque las pruebas aportadas al juicio permiten concluir que es culpable más allá de toda duda razonable, lo cual no es exactamente certeza ni valor de verdad. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario o el órgano satisfagan la finalidad expresa o implícita¹³⁴ del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él la administración o el funcionario le plazca, con el fin que le plazca. El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas jurídicas le determinan, por lo cual la facultad que ellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema nor-

¹³³ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder,” *LL*, 2002-D, 1408: “la desviación de poder no tiene carácter subsidiario [...] no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad perseguida con su dictado.”

¹³⁴ Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 309.

mativo.¹³⁵ Cuando el administrador al emitir el acto se aparta de la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas.¹³⁶

6.2. *Fundamento legal y antecedentes*

Así lo consagra el decreto-ley 19.549/72, al expresar en su art. 7º, inc. f), que no podrá el administrador “perseguir encubiertamente¹³⁷ otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.” Entre los antecedentes nacionales acerca de la aplicación de este principio,¹³⁸ cabe recordar el fallo de la vieja Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De la Torre, José Alejandro*,¹³⁹ en el que se dijo que las circunstancias del caso producían “el convencimiento de que, bajo la apariencia de una separación por la vía del art. 13 de la ley 14.794, se ha encubierto una verdadera cesantía,” lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, llevó a que se lo anulara. La CSJN siguió la misma orientación.¹⁴⁰ Los actos viciados se siguen repitiendo, pero la jurisprudencia se mantiene.¹⁴¹ Recientemente se ha puesto de moda ejercer una atribución normativa discutible en su base, con el aditamento adicional de emplearla con una finalidad pública en modo alguno prevista en el ordenamiento jurídico, como es el caso de los controles de precios y vías de hecho para presionar a los productores para vender por debajo del costo, a veces subsidiándolos, para contener el dato oficial de la inflación y evitar que aumente el pago de la deuda pública ajustada por índices; con lo cual hay un nuevo *default* de hecho.

¹³⁵ Confr. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 81 y ss.; BIDART CAMPOS, “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 343, La Plata, 1961; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 405; BOSCH, *¿Tribunales judiciales...*, *op. cit.*, p. 150 y ss; MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 535 y ss.; CAIO TACITO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 76, reproducido en *Temas de derecho público*, Río de Janeiro, Renovar, 1º vol., 1997, p. 39.

¹³⁶ Ver los autores citados en la nota anterior y también CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Do desvío de poder*, San Pablo, 1964, p. 125, § 3.

¹³⁷ Claro está, mucho menos puede hacerlo desembozadamente.

¹³⁸ El vicio de desviación de poder lo construye en Francia el Consejo de Estado: LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11 ed., París, Dalloz, 1996, p. 26; SÁNCHEZ ISAC, JAIME, *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Madrid, Map, 1973.

¹³⁹ LL, 105: 713, año 1961, también publicado en la RAP, 2: 96-7, Buenos Aires, 1961, con nuestra nota, que recuerda MARIENHOFF, *op. loc. cit.* Ha dicho en un caso la CSJN que “los elementos de convicción arrimados al proceso [...] no modifican la conclusión del *a quo* en el sentido de que no existió una [...] declaración de prescindibilidad y sí, por el contrario indebido ejercicio de las facultades de la ley 17.287 con una evidente finalidad disciplinaria.” Fallos, 284: 183, 188, *Plaza de Imérito*, 1972. En igual sentido *Abancéns*, Cám. Fed. Cap., Sala CA, LL, 113: 479, año 1963.

¹⁴⁰ Fallos, 284: 183, *Plaza de Imérito*, 1972; 278: 49, *Onaíndia*.

¹⁴¹ *Turri*, 1ª instancia firme; CNFed. CA, Sala V, ED, 29-VIII-2000; Sala I, *Juárez*, 6-X-1998.

La PTN ha dicho frecuentemente que “es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad.” “El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *subtractum* de arbitrariedad [...], desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”¹⁴²

La CSJN en un reiterado *obiter dictum* afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos “cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *fines* del art. 23. Tal lo que sucedería, p. ej., si hoy y con invocación de la ley 14.785 se impidiera a un extranjero el ejercicio del derecho a testar o casarse conforme a las leyes, reconocido por el art. 20 de la Constitución Nacional.”¹⁴³

Sin embargo, los casos que han merecido reproche jurisdiccional sumaban muchas veces otros vicios que suelen acompañar a la desviación de poder¹⁴⁴ y en el caso de las más recientes violaciones y vías de hecho no se han producido planteamientos judiciales que se conozcan en tiempo oportuno contra esos avances del poder administrador, p.ej. en materia de precios “sugeridos” por papel sin membrete ni firma, que los particulares no cuestionan como las vías de hecho administrativas que son. Una vez más es la sociedad misma, en el caso a través de sus dirigentes empresarios, la que falla primero, al no dar el ejemplo de luchar por la vigencia de sus derechos conforme al ordenamiento jurídico, sino contentarse con pelear por subsidios, compensaciones u otras formas indirectas de reparación que les parecen más eficaces aunque sean muchísimo menos justas. En el caso puntual tienen razón, pero el sistema que así constituyen a fortalecer es el que permite que estas cosas ocurran. Es un círculo vicioso alimentado por quienes resultan perjudicados por el acto ilegítimo.

6.3. Casos de desviación de poder

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad¹⁴⁵ del acto, encuentra teóricamente aplicación en al menos tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.¹⁴⁶

6.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal. Se trata de las hipótesis en que actuara con un fin de persecución u hostigamiento al enemigo

¹⁴² PTN, *Dictámenes*, 51: 91; 64: 114.

¹⁴³ CSJN, *Fallos*, 243: 504, *Sofía*, 1959. La bastardilla es nuestra. La ley 14.785 citada en el fallo había declarado el estado de sitio en el país.

¹⁴⁴ Ver *supra*, § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo” e *infra*, cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

¹⁴⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 426. En cambio GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., p. 436, se pronuncia por la anulabilidad.

¹⁴⁶ Para otros aspectos, ver DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 719 a 732, pp. 579-84; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, 9ª ed., París, 1963, p. 444 y ss.

o meramente adversario político, venganza, pura y simple maldad,¹⁴⁷ lucro, etc.

En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado en la voluntad, o algunos dicen en la moralidad, al contravenir la finalidad prevista explícita o implícitamente en la norma.¹⁴⁸ Aquí se ve, según la doctrina generalizada, una aplicación más del principio de legalidad que permite la concreción del estado de derecho pues gobierna la ley y no los hombres.¹⁴⁹

6.3.2. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.*¹⁵⁰ Ello ocurre cuando, también aquí sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros: “para mis amigos la justicia, para mis enemigos la ley.” P. ej., si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc. Peor aún si a todo ello se suma el vicio político de nepotismo nombrando o contratando a sus familiares. En este supuesto ya estamos entrando en el ámbito de la CICC,¹⁵¹ con eventual carácter *erga omnes* como derecho de gentes sometido a jurisdicción extranjera.

¹⁴⁷La maldad, la perversidad, el tortuoso y enfermo deseo de perjudicar a otro, de hacer el mal por el puro placer de infligir daño, tiene en lo desviado estrecho parentesco con las agravantes penales en delitos mayores: la alevosía, el sadismo, la premeditación. Por supuesto, es uno de los enigmas tan complejos como lo es su opuesto, el espíritu que trata de ser guiado por lo bueno, lo noble, lo bello. El funcionario no está puesto por la ley para satisfacer los desviados y enfermos vericuetos que puedan anidar en su alma, sino para obrar sana, recta, lealmente, como ya lo hemos visto bajo otra faceta en el § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

¹⁴⁸Ya hemos explicado al comienzo de este capítulo que los vicios se aprecian fundamentalmente de modo objetivo, no subjetivo, criterio que sustentamos ininterrumpidamente desde la primera edición de 1963; Supremo Tribunal español: “no se exige un claro deseo premeditado [del funcionario], bastando un resultado que se aparte de los fines propios de los actos o disposiciones que puedan implicar *objetivamente* la desviación de poder,” 26-V-1995. Comp. SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 169.

¹⁴⁹Con criterio general, es lo afirmado por LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 113. En igual sentido BOTASSI, CARLOS ALFREDO, “Legalidad y control judicial de la administración pública en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 1987-B, 1118, nota 3, p. 1119. Sin embargo, cabe formularse algunas dudas al respecto. Nos remitimos para ello a NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 6, “¿Cuál «legalidad»? ¿Cuál «realidad?»” pp. 78-80.

¹⁵⁰Se puede subsumir en el anterior: SCJ Mendoza, *Guarnieri*, *JA*, 1977-III, 143, cons. 7°.

¹⁵¹PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Constitución y economía*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 82. Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10;

También hay desviación de poder cuando se expropia un bien a una persona para dárselo a otra, en el ejemplo más clásico. Ocurre igual si la expropiación para incorporar un bien al dominio público como camino se hace para posibilitar el acceso directo de una finca particular *muuy* determinada a una ruta asfaltada.¹⁵² No son pocos los caminos rurales que toman inexplicables *détours*.

En ocasiones el acto tiene al mismo tiempo vicios objetivos y desviación de poder, p. ej. el decreto de necesidad y urgencia n° 260/97, que invadiendo competencia legislativa pretendió llevar alivio a un sector de la comunidad (transportistas urbanos), postergando el derecho de las víctimas de accidentes a cobrar la indemnización. La inconstitucionalidad es así múltiple, manifiesta e insanable.¹⁵³

6.3.3. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común.*¹⁵⁴ Este es un caso bastante común y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista¹⁵⁵ o de autopreservación, pretende ejercer el poder en indebido beneficio de la administración, del gobierno o del Estado; hasta de la sociedad.

Puede pues incluso haber desviación de poder con respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico.¹⁵⁶ Un ejemplo es pretender beneficiar el interés de un grupo social determinado, que si bien puede ser calificado como colectivo no puede serlo como interés general de la comunidad, máxime cuando se pretende que el peso de la crisis de un sector empresarial sea soportado por las víctimas de su negligente accionar.¹⁵⁷

En otra variante, trata de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para el presupuesto público; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; no actualiza las sumas de las bases impositivas para producir un aumento de hecho de la carga tributaria, etc.

Es también frecuente el uso de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios; p. ej. suprimir un cargo para en verdad dejar cesante al funcionario, y luego crear nuevamente el mismo cargo u otro equivalente; disponer un traslado no por cuestiones de organización administrativa sino como sanción disciplinaria encubierta,¹⁵⁸ o

¹⁵² CCivil y Com. Pergamino, *Picamp S.A. c. Municipalidad de Pergamino, LLBA*, 2000: 636.

¹⁵³ CSJN, *Risolía de Ocampo, LL*, 2000-D, 591; *DJ*, 2000-2, 1230.

¹⁵⁴ O a un interés general o público distinto del previsto por la ley: RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1962, 2ª ed., p. 223; mantiene el criterio en posteriores ediciones; AUBY, JEAN M. y DRAGO, ROLAND, *Traité de contentieux administratif*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 84.

¹⁵⁵ O partidario, etc.

¹⁵⁶ FLOGAÏTIS, *Administrative Law...*, *op. cit.*, p. 194, nota 53, recuerda el precedente inglés de un consejo municipal autorizado a expropiar para construir calles, pero no para realizar un emprendimiento inmobiliario.

¹⁵⁷ CNCiv., Sala A, *Gutiérrez Cortez de Pérez*, 1998, *LL*, 2000-A, 574, 42.352.S.

¹⁵⁸ CNFed. CA, Sala IV, *Ambros, LL*, 1995-B, 219 y casos citados *supra*, notas 139 a 141.

una prescindibilidad.¹⁵⁹ Es un supuesto que también se presenta en la escuela secundaria, cuando se utilizan desviadamente facultades de calificación para excluir un alumno que se entiende merece sanción expulsiva.¹⁶⁰ En todos aquellos casos referidos más arriba¹⁶¹ es posible también, en algunas ocasiones, encontrar la voluntad deliberada de engañar al individuo¹⁶² no aplicándole el procedimiento debido. Con todo, si se suprime una materia en un programa de estudios, el lector suspicaz puede en algún caso aventurar hipótesis, pero el juez no anulará.

6.4. Aspectos probatorios

Una de las principales dificultades que presenta la desviación de poder es la probatoria, pues a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse.¹⁶³

Pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable: requiere ingenio y habilidad. En efecto, muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por las normas deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria¹⁶⁴ y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria, de favoritismo, intereses o finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, incluso no hallándose en el ejercicio o en ocasión de funciones públicas, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder.

Además este vicio suele presentarse acompañado de otros que lo descubren y potencian. Así, deficiente sustento fáctico; insuficiente, inexistente o falsa motivación, falta de audiencia previa, desviación de procedimiento, fecha falsa, etc.¹⁶⁵ De tal modo, son muchos los indicios que pueden llevar al ánimo del juzgador la

¹⁵⁹ Ver *supra*, § 6.2, “Fundamento legal y antecedentes.” Es éste un clásico del derecho administrativo. En el caso *Richard*, de 1948, el Consejo de Estado de Francia anuló una decisión que pasaba a retiro a un funcionario invocando una norma general que lo autoriza discrecionalmente si los agentes tienen más de quince años de actividad, cuando en realidad la intención era utilizar una norma que facultaba a castigar los empleados públicos colaboracionistas durante la ocupación: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 318.

¹⁶⁰ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 319, caso *Brunne*, 1968, para una *grande école*.

¹⁶¹ No, por supuesto, en los relativos a la disciplina escolar que acabamos de comentar.

¹⁶² HOSTIOU, *op. cit.*, p. 321.

¹⁶³ En igual sentido TAWIL, GUIDO S., “La desviación de poder: ¿noción en crisis?,” *LL*, 1989-E, 831, admite también que resulta admisible todo tipo de prueba, incluso presunciones fuertes o indicios serios, conforme a la doctrina clásica que explicamos.

¹⁶⁴ RIVERO, *op. cit.*, p. 224; como dice LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 268, pp. 309-10, “La existencia de desviación de poder se determina [...] por una indagación de los motivos psicológicos o subjetivos del autor del acto, que se exterioricen según las reglas de la prueba. Así, se recurre a la exteriorización que aparece en los considerandos, en las constancias anteriores al acto, que obran en el expediente, en actos similares anteriores respecto del mismo particular afectado, en la inexistencia o nimiedad de los hechos invocados por el agente y acaso previstos con excesiva latitud por la norma como circunstancia del caso operativa y otros elementos de juicio.”

¹⁶⁵ HOSTIOU, *op. cit.*, p. 316, notas 67 y 68; *supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios.”

convicción de que ha existido desviación de poder. Queda a la agudeza a desplegar por la actividad probatoria de las partes lograr la demostración.¹⁶⁶

7. Arbitrariedad

La arbitrariedad como vicio (o la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es un principio aplicable a todos los actos del Estado, *v. gr.* las sentencias judiciales,¹⁶⁷ pero muy especialmente a los actos administrativos.¹⁶⁸

Los actos son arbitrarios y con ello constitucionalmente nulos por violación de la garantía de razonabilidad, entre otros casos, cuando:

a) deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas,

b) prescinden de los hechos probados, se fundan en hechos no probados,¹⁶⁹ aprecian mal o ni siquiera ven los hechos, toman determinaciones no proporcionadas o no adecuadas a tales hechos, se apartan de una única solución justa cuando ella existe, etc.

c) prescinden de fundar seria y suficientemente en derecho la decisión adoptada, etc.¹⁷⁰

Si ninguno de estos supuestos se da, cabe desechar este aspecto de la arbitrariedad.¹⁷¹ La Corte Suprema señala que esos principios son de índole constitucional y forman parte de la garantía de la defensa en juicio; y puesto que la garantía de la defensa en juicio es aplicable enteramente al procedimiento administrativo, se sigue que corresponde extender esos principios al acto administrativo. Por lo demás es sabido que también las leyes deben ser razonables para ser constitucionales; y dado que es una “ley *razonable* [...] lo que debe servir de

¹⁶⁶ Es necesario trabajar sobre los hechos (*supra*, t. 1, cap. I) y la prueba (t. 2, cap. I). Pero debe atenderse también a los medios de producción de la prueba, que pueden ser, y frecuentemente necesitan ser, privados. Lo explicamos *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., 2006.

¹⁶⁷ El principio de la razonabilidad es primigeniamente aplicable a las leyes, pero interesa también lo referente a las sentencias, por su similar naturaleza formal—acto concreto de creación o aplicación del derecho: *supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.” Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. II y V, entre otros; *infra*, nota 240.

¹⁶⁸ Existen tan numerosos pronunciamientos como para hacer casi ociosa su cita. Mientras que algunos, con todo, mantienen la muletilla de que la arbitrariedad sea manifiesta, CSJN, *D’Argenio*, LL, 1986-D, 123, año 1986, no es una constante: CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, 1984, *Fallos*, 306: 126; ED, 108: 460; SC Buenos Aires, *P. de Q., M. S. c. Municipalidad de Morón*, 1999, LL, 2000-A, 110, 120-1, con cita de CSJN, *Ferrer*, 1986, LL, 1987-A, 569, DJ, 987-I, 1370: “el control de su legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades.”

¹⁶⁹ CSJN, *Cabrera*, *Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6º, si “la afirmación respectiva [está] privada de respaldo en pruebas obrantes en la causa,” es “insuficiente para acordar legitimidad al acto administrativo ejercido en virtud de una facultad reglada;” *Verrocchi*, *Fallos*, 322: 1726, año 1999.

¹⁷⁰ La obra clásica es CARRÍO, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, que cabe comparar con la restricción producida a partir de 2007.

¹⁷¹ SCJ Mendoza, *Guarnieri*, JA, 1977-III, 143, cons. 6º, año 1977.

fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la Administración,¹⁷² se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.¹⁷³

En el caso *Reyes*, del año 1959,¹⁷⁴ la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en efecto que “sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 1º de esta sentencia¹⁷⁵ los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio*. La mera existencia de *esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo*.”¹⁷⁶

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,¹⁷⁷ en el que se afirmó que “no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación.”¹⁷⁸ El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano puede apreciar los hechos, ello “no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad pueda quedar exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, aún la discrecional, para producir efectos jurídicos válidos.” “Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible.”¹⁷⁹

El principio consagrado por la Corte en su aplicación tiene recepción normativa; el decreto-ley que regula ya admite su procedencia contra el acto “arbitrario;” el art. 45 del Código Civil expresa que las decisiones en materia de otorgamiento

¹⁷² LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. LINARES es el principal orientador de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo, a partir de su obra “*El debido proceso*” como garantía innominada en la *Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1944; luego *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2ª ed.

¹⁷³ En otro aspecto, LINARES funda también el principio de la razonabilidad del acto administrativo en el mismo criterio por él dado para la desviación de poder: que la competencia es conferida al órgano sólo para que la ejerza de acuerdo a un principio rector de razonabilidad: *Poder discrecional administrativo*, op. cit., p. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss. En sentido similar, FIORINI, BARTOLOMÉ A., *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 28: “ser justo en el derecho es aplicar la norma jurídica con juicio razonable.”

¹⁷⁴ *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, año 1959.

¹⁷⁵ La “denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de la defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece *prima facie*, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias.”

¹⁷⁶ *Fallos*, 244: 554, *López de Reyes*. La bastardilla es nuestra.

¹⁷⁷ *Fallos*, 248: 625, *Aldamiz*, 1960.

¹⁷⁸ *Fallos*, 248: 627.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 625.

de personalidad jurídica son “revocables judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o *arbitrariedad*.” El decreto-ley 19.549/72 consagra el principio en su art. 7º, inc. *f*), al establecer la necesaria proporcionalidad que debe guardar el acto con el fin de la ley. El principio tiene hoy carácter supranacional.¹⁸⁰

8. *Distintos casos de arbitrariedad*

Ya enunciamos a la arbitrariedad dentro de los vicios del objeto: actos contradictorios, desproporcionados, absurdos o ilógicos. Ahora nos referimos a la arbitrariedad dentro de los vicios de la voluntad: se trata de un vicio de tipo subjetivo, en atención a que el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho o veleidad personal.¹⁸¹ Por más que el funcionario tenga en ciertos casos un margen de discrecionalidad, ello no significa que pueda actuar caprichosamente o arbitrariamente:¹⁸² debe pues decidir las cuestiones propuestas, atenerse a los hechos acreditados en las actuaciones, no fundarse en pruebas inexistentes ni desconocer las existentes, tener una fundamentación normativa seria, no estar motivado en forma ilógica, etc. Pero si bien el vicio es de tipo subjetivo —en cuanto el agente actúa por veleidad personal, por capricho— su apreciación es definitivamente objetiva, pues surge de que el funcionario se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho. Se aparta de la razón objetiva, de los hechos comprobados, no expresa fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos concretos de la decisión, etc.

8.1. *Actos que omiten decidir*

El primer caso a analizar es aquel que se produce cuando el acto no resuelve puntos comprendidos en el expediente, oportunamente propuestos por el recurrente o interesado y que eran conducentes a la solución del caso.¹⁸³ Sabido es que el individuo tiene el derecho constitucional, por aplicación del criterio jurisprudencial respecto a las sentencias arbitrarias, a obtener una “consideración explícita”¹⁸⁴ de lo aducido y, por lo tanto, el acto administrativo que no cumpla con este requisito de adecuada motivación será en nuestro concepto nulo de nulidad absoluta e insanable. Esto ha sido consagrado en el decreto-ley 19549/72, cuyo art. 1º, inc. *f*) ap. 3º), según el cual los particulares tienen derecho a que “El acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las

¹⁸⁰ *Supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

¹⁸¹ La CSJN descalifica por arbitrarios los actos que se dictan “sin más base que la afirmación dogmática de quienes los suscriben,” *Fallos*: 298: 317; 306: 1850; entre muchos otros.

¹⁸² FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2005, p. 101. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 106.

¹⁸³ *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.

¹⁸⁴ *Fallos*, 241: 405, *Acosta*, 1958.

cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.” Así, la Corte Suprema ha invocado los vicios en la motivación como fundamento de la ilegitimidad de una circular dictada en un procedimiento de selección.¹⁸⁵

Por aplicación del art. 14 inc. b) la transgresión a esta norma da lugar a la nulidad del acto. Sin embargo no faltan los fallos que lo consideran, lo mismo que la indefensión previa, un vicio subsanable con la debida intervención y debate jurisdiccional. Ello, por supuesto, viola en primer lugar el texto expreso del decreto-ley que establece la nulidad absoluta, ergo insanable, para este tipo de violaciones fundamentales al ordenamiento.

Pero hay algo más grave aún que no aplicar el derecho y es que este efecto pretendidamente saneador de la ulterior discusión judicial tiene un efecto perverso. En efecto, de hecho y contra derecho permite de tal modo, a quien tiene poder, *abusar más de él: continuar dictando impunemente actos sin audiencia ni motivación.*

Pues resulta harto obvio que sólo una parte minúscula de los actos administrativos así viciados alcanzan el saneamiento judicial. El resto, de este modo y gracias a esa jurisprudencia, continúan en plena vigencia no obstante su violación frontal de garantías legales y constitucionales. Esta omisión de decidir puede presentarse a veces también como un vicio en el objeto del acto, pero más habitualmente ella surge de la motivación del mismo y se vincula entonces directamente a los vicios de la voluntad que aquí tratamos. En otra terminología, nada impide considerarlo una violación de las formalidades esenciales del acto administrativo, siempre que se entienda que no por ello habrá de variar la consecuencia de nulidad total y absoluta con que el acto debe ser sancionado conforme al ordenamiento. Por ello, si bien no será indispensable un análisis de cada uno de los argumentos del interesado, sino sólo de los principales, ese análisis debe ser explícito, razonado y suficiente. *A fortiori*, la total ausencia de análisis de la argumentación del individuo, vicia de nulidad al acto, pues allí la arbitrariedad es en este aspecto total.

8.2. Decisiones que prescinden de los hechos

Algo parecido ocurre con los actos que prescinden de los hechos del caso, o de efectuar su motivación o fundamentación en los hechos del caso. Cuando el acto desconoce hechos acreditados en el expediente, o se funda en hechos o pruebas inexistentes,¹⁸⁶ o carece de todos modos de una situación de hecho que los

¹⁸⁵ CSJN, *Cadipsa S.A.*, año 2000, *Fallos*, 323: 1146; *ED*, 28-VII-2000.

¹⁸⁶ *Fallos*, 235: 654, *Lombardi*, 1956; *Lischin*, *JA*, 1962-II, 273, año 1957, con nota de JULIO DASSEN, “Algunas consideraciones sobre la sentencia arbitraria,” *Torraba*, *Fallos*, 239: 35 (1957); *Lischin*, 239: 445; *Storascheno*, 236: 27, año 1956; BIELSA, *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1951, 2ª ed., p. 539; PTN, *Dictámenes*, 86: 337 (un informe “lacónico” no da suficiente base de hecho para el dictado del acto), 93: 41; 92: 34; 102: 226. Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 526; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 409.

justifique,¹⁸⁷ o de la necesaria explicitación o fundamentación de cuáles son esos hechos,¹⁸⁸ o invoca hechos que son absurdos o irrelevantes, etc.¹⁸⁹ La existencia de hechos que objetivamente justifiquen el dictado de un acto es pues fundamental. Esos hechos deben además estar probados en el expediente y no suponerse o imaginarse arbitrariamente. Fundarse en ellos no debe tampoco importar el desconocimiento de otros hechos u otras pruebas en sentido contrario que también obren o puedan obrar en las actuaciones.¹⁹⁰

Este principio era aplicable al acto administrativo antes de que se dictara el decreto-ley, por la índole constitucional de la prohibición de obrar arbitrariamente; el decreto-ley lo consagra nuevamente, esta vez a nivel legislativo, pero incurre en el disvalor, a nuestro juicio, de encuadrarlo dentro de la tradicional teoría civilista de la causa.¹⁹¹ Dice en efecto el art. 7º, inc. b) que el acto “deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa;” el art. 14 inc. a) sanciona con la nulidad “absoluta e insanable” a los actos en que “se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos” y en el inc. b) a los actos en que hubiere “falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado.” Como prueba adicional de esa imprecisión conceptual baste advertir que la primera mención a los “hechos o antecedentes inexistentes o falsos” se la encuadra junto con el vicio de dolo ya que la norma completa se lee “*dolo*, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos;” mención que implica una superposición de vicios que el intérprete debe desentrañar. En suma, sea por el inc. a) o el b) del art. 14, o por el mismo inc. b) del art. 7º y tanto si se elige la denominación de falta de causa o falsa causa, o si se opta por llamarlo dolo como el inc. a) del art. 14; o, por fin, si se elige una denominación acorde con las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico,

¹⁸⁷ En esta hipótesis PTN, *Dictámenes*, 51: 91, en que se declaró nulo un acto de disminución del sueldo de un empleado público dictado sin situación de hecho alguna que lo justificara, p. ej., razones económicas o disciplinarias.

¹⁸⁸ Lo cual equivale, en acertados pronunciamientos, a carencia “de causa puesto que no constan sus fundamentos,” “no se conocen las concretas razones por las cuales” se dicta el acto: CNFed. CA, Sala I, *Castro, LL*, 2000-B, 305, 310, año 1999.

¹⁸⁹ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 6/ 7; *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.” En el caso la administración confecciona un formulario que manda llenar con los datos que ella misma requiere, pero después decide archivar la petición *porque en el cuerpo del escrito con el cual se acompaña el formulario no se repiten los datos del formulario*. Un verdadero absurdo, del cual sólo la administración en el mundo del “realismo mágico” podría ser autora.

¹⁹⁰ Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 526; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 409; PTN, *Dictámenes*, 93: 41; 92: 34; 102: 226.

¹⁹¹ Teoría esa que ha superado hace ya tiempo la teoría general del derecho; sin embargo existen discusiones, en algunos autores, sobre la causa en el derecho administrativo: COMADIRA, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento,” nota a CSJN, *OCA S.A. c. SIDE, ED*, 177: 749, año 1998; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pp. 75-6. En todo caso, independientemente de la denominación, la falta de causa o sustento fáctico determina la nulidad del acto: CSJN, *Solá, ED*, 178: 224, año 1997, con nota de CASSAGNE: “Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo,” *ED*, 178: 687.

es clara la consagración de la necesidad de que todo acto administrativo tenga hechos que lo precedan y justifiquen razonablemente. Si se funda en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos probados o de público conocimiento, es nulo. Se comprenden aquí los casos en que el administrador actúa sin que exista situación objetiva alguna que justifique la decisión; o sea, cuando prescinde de que nada en la realidad sustenta razonablemente su decisión, trátase de facultad reglada o discrecional. Quedan así englobados dentro del concepto de arbitrariedad en lo que hace al desconocimiento de los hechos reales, las hipótesis que la doctrina del derecho administrativo menciona como: a) ausencia de causa, b) ausencia de motivos, c) falsa causa y similares.¹⁹²

1º) Ausencia de causa: Se produce cuando no hay una situación objetiva de hecho que sustente el acto.¹⁹³ Conviene advertir *ab initio* que no se trata de que deba existir alguna norma que establezca reglamentariamente cuáles son los supuestos en que debe dictarse un acto; lo diga o no, por imperio constitucional *siempre* debe existir un sustento fáctico suficiente y adecuado de la decisión que se adopta, para no caer en la irracionalidad absoluta. Aunque el ordenamiento no exija puntualmente alguna situación de hecho como requisito previo de un acto,¹⁹⁴ no por ello desaparece la necesidad de que ella exista: siempre debe haber algún sustento fáctico de la decisión que se adopta. Si el acto se funda en una aserción dogmática carente de sustento, es inconstitucional.¹⁹⁵ Y más aún, como explica la doctrina española, puede darse el caso de que los hechos lleven a una hipótesis de discrecionalidad cero, que lleva a la sustitución del acto si la administración no ha actuado en tal supuesto conforme a tales hechos. En ese sentido también cabe recordar el excelente caso en que la Cámara Federal de Mar del Plata encontró acertadamente dicha hipótesis y ordenó designar un profesor que había ganado un concurso, luego anulado por la Universidad.¹⁹⁶

Son casos en que los hechos, a criterio del tribunal, imponen o determinan una única solución justa, que es entonces la que el tribunal ordena a la administración, sustituyendo la voluntad administrativa.¹⁹⁷

¹⁹² Siempre teniendo presente que ya no es admisible invocar la teoría de la causa.

¹⁹³ HARIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.

¹⁹⁴ Haya o no facultad reglada, debe haber sustento fáctico suficiente: t. 1, cap. X, § 10, "Introducción" y ss. No debe cometerse el antiguo error de remitir toda distinción y toda fundamentación al origen reglado o discrecional de la potestad ejercida en una parte del acto.

¹⁹⁵ Conf. CSJN, *Trueba, DJ*, 2000-2, 723: se encuadró como autónomos, para una mejor recaudación fiscal, a los trabajadores embarcados.

¹⁹⁶ CFed. Mar del Plata, *Cipriano, LL*, 1999-A, 395, con nota "Control de razonabilidad," *LL*, 1998-F, 356; *infra*, cap. XII, § 12, "Sustitución y reforma." Ver *supra*, "Introducción" y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; *infra*, § 8.4, "Actos ilógicamente motivados," *in fine*.

¹⁹⁷ Un caso análogo al citado en la nota 196, aunque fundado en la inaplicabilidad retroactiva de normas generales a situaciones particulares configuradas, pero aún no reconocidas, al amparo de la norma anterior: CSJN, 296: 723, *de Martín*, 1976; recordado, con igual solución, en CNFed. CA, Sala III, *Gaubeca, LL*, 1997-B, 384, con nota de BURICCA DE DITLOFF, "Interesante fallo sobre la discrecionalidad administrativa."

2º) Ausencia de motivos (*défaut de motif legal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión, que la provocan o justifican, que son su razón de ser; en definitiva, se trata también de la ausencia de causa, en la antigua terminología civilista.

3º) Falsa causa, o sea cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa en el sentido de inexistencia de sustento fáctico del acto;¹⁹⁸ al igual que en el caso anterior, se prescinde de los hechos reales, para fundar la decisión en hechos falsos, o que carecen de relevancia para el caso. En estos supuestos es posible que exista asimismo desviación de poder, lo cual suma otra causal más de invalidez a la conducta de que se trata. Se produce así el fenómeno de repotenciación de los vicios, al que nos hemos referido en otros lugares.¹⁹⁹ Desgraciadamente, la mentira en los actos públicos ha tenido gran desarrollo entre nosotros, a veces bajo la apariencia de engañosas estadísticas, de modo que tan acostumbrados estamos a ellas que pueden llegar a no sorprendernos en un caso concreto y no advertir que no es sólo una mentira política más, sino una concreta ilegitimidad del acto administrativo o judicial. A veces la mentira del acto público, tanto legislativo como administrativo o judicial, corresponde a una simple negación de hechos públicos y notorios que pueden comprobarse con sólo la lectura de los diarios.

En conclusión, es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, aquí denominado razonabilidad, que éste repose sobre una justificación que lo fundamente racionalmente.

Ello es así tanto si estamos ante facultades regladas como discrecionales. El acto es irrazonable y con ello insanablemente antijurídico cuando desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe. Se puede denominar a esto control de los hechos o motivos determinantes, o teoría de la causa;²⁰⁰ pero cualquiera sea la terminología, es unánime la conclusión de que el acto se encuentra viciado de nulidad. En nuestra elección terminológica es el requisito de la razonabilidad, tal como él ha sido aplicado por la Corte Suprema desde los precedentes mencionados, *Reyes y Aldamiz*.

8.3. La fundamentación normativa seria y su sustento fáctico

El decreto-ley 19.549/72 exige en el art. 7º, inc. e) que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,

¹⁹⁸ VEDEL, *op. cit.*, p. 428 y ss.

¹⁹⁹ *Supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios;” *infra*, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;” cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

²⁰⁰ La filosofía del derecho desechó la causa por carente de base científica, pero son muchas las obras de derecho administrativo que persisten en su utilización, p. ej., BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Civitas, p. 347. Ello lleva el tema a falta de claridad.

consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b)” —que el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable.—²⁰¹ Estamos así en presencia de la indispensable fundamentación suficiente, en cuanto explicación de los *hechos* y el *derecho* aplicable; una cosa es que el acto tenga hechos externos que lo sustenten y otra que los explique satisfactoriamente. *Ambos* son requisitos de validez.

La fundamentación o motivación, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan, a juicio de quien resuelve, el contenido dispositivo que se le da al acto en el mismo instrumento, es para nosotros un recaudo inexcusable que el acto debe satisfacer.²⁰² La jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales es también uniforme en este punto.

En nada difiere este doble requisito del que se da para la validez de las sentencias judiciales. Ello tiene que ver con el respeto a los precedentes administrativos,²⁰³ que por la doctrina de los actos propios obliga a la necesaria congruencia en su comportamiento no solamente a los sujetos privados de derecho sino también, y más fundamentalmente, a todos los órganos públicos. Lo contrario es la autocontradicción, las contramarchas, *voltefaces*, que el derecho por doquier condena desde el viejo principio romano: *Venire contra factum proprium non valet*.

Lo mismo que con la motivación fáctica ocurre con la fundamentación *normativa*. El acto puede tener sustento en el ordenamiento jurídico en cuanto al objeto que decide, pero no explicitar en su motivación las razones por las cuales dicho objeto está en efecto en concordancia con el orden jurídico; ello constituye igualmente falta de fundamentación. La mera mención de normas jurídicas no establece su conexión con los hechos de la causa; eso debe demostrarlo el funcionario.

También puede explicitar, pero mal, el fundamento de derecho: a menos que se trate de minúsculos errores de cita errónea de normas, que sin embargo se explican y aplican correctamente, el defecto en la fundamentación legal también vicia el acto. De este modo, si la administración revoca una designación con fundamento en que la persona no tiene título profesional, el acto es nulo si la ley no exigía tal título. Habría allí una nulidad que puede fundamentarse de diversos modos, todos coincidentes: Sea arbitrariedad por error manifiesto de derecho, sea irrazonabilidad por conclusión inatinerente, sea vicio en la motivación.²⁰⁴

²⁰¹ Art. 7º, inc. b) del decreto-ley 19.549/72; Honduras, art. 25; Venezuela, arts. 9º y 18.5.

²⁰² Ampliar *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

²⁰³ Hay quienes sostienen, a nuestro juicio con poco acierto jurídico y especialmente axiológico, que la administración puede apartarse de sus propios precedentes, por razones motivadas y justificadas de interés público: FERNANDO PABLO, MARCOS M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 205. La doctrina y jurisprudencia que estimamos correcta la hemos expuesto *supra*, cap. VIII, § 4.2, ap. g), p. VIII-9 y notas 46 y 47; § 4.4, “Precedentes. La doctrina de los actos propios.” Ver CAPUTI, CLAUDIA, “La coherencia del obrar administrativo,” *RDA*, 16: 879 a 907, LexisNexis, 2004.

²⁰⁴ CNFed. CA, Sala IV, *Russo, LL*, 1988-A, 96, año 1987.

Son arbitrarios los actos que prescinden de fundamentación normativa seria²⁰⁵ o cometen un inexcusable error de derecho.²⁰⁶ “La necesidad legal de fundar el acto administrativo no constituye una exigencia vacía de contenido, ya que el propósito de la norma [...] radica en garantizar el derecho de los administrados haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto.”²⁰⁷ “Ello es así por cuanto los principios republicanos imponen la obligación a la administración de dar cuenta de sus actos cumpliendo los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes vean afectados sus derechos; y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad.” La fundamentación hace al Estado de derecho; es precondition de la defensa del interesado y de su control judicial;²⁰⁸ el acto inmotivado es irremediamente nulo, porque un acto basado en el mero capricho del funcionario es ilegítimo por arbitrario.²⁰⁹

Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes:

- a) Falta de sustento fáctico,
- b) falta de sustento jurídico,
- c) falta de explicitación suficiente del sustento fáctico,
- d) falta de explicitación suficiente del sustento jurídico.

El primer supuesto es la arbitrariedad que ya hemos comentado;²¹⁰ el segundo aspecto es la violación de la ley en el objeto, o violación de facultades regladas;²¹¹ el tercero es la insuficiencia de fundamentación en general;²¹² el cuarto, la insuficiencia de existencia tanto de motivo como de motivación en derecho, es el que comentamos específicamente aquí.

La razón del distinto tratamiento reside en que consideramos que se debe apreciar diversamente la importancia del requisito y consecuentemente de la transgresión. Más importante es la existencia tanto de motivo como de motivación

²⁰⁵ Ver YMAZ, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *op. cit.*, p. 750. CARRIÓ, *op. loc. cit.*, clasifica así estos vicios: a) casos en que el juez prescinde conscientemente del orden jurídico y se basa en consideraciones extrajurídicas; b) decisiones apoyadas en afirmaciones dogmáticas carentes a su vez de fundamento; c) decisiones que sin dar razones plausibles, prescinden del texto de la ley; d) decisiones que aplican un texto derogado, e) decisiones que dan como fundamento preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso.

²⁰⁶ *Fallos*, 244: 523, *Jacobson c. Canaro*, año 1959.

²⁰⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 8°, 2° y 3° párrafos y Sala III, 7/4/83, *Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiofusión*.

²⁰⁸ Cám. Fed. Mendoza, Sala A, *Collado Cattani, LL*, 1997-D, 733, año 1996.

²⁰⁹ CNCiv, Sala I, 18/5/88, *Ramuni*, sostuvo que se requiere motivación y que de su cumplimiento depende que el individuo pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Hace por lo tanto a su garantía de defensa en juicio.

²¹⁰ Ver *supra*, § 8.2, “Decisiones que prescinden de los hechos.”

²¹¹ *Supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido” y § 5, “Objeto violatorio de facultades regladas.”

²¹² Ver *infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

suficiente en los hechos, que la motivación suficiente en derecho. Esta última es más fácilmente suplible por el intérprete o el destinatario del acto. Quizás es por ello que erróneamente se piensa que el defecto de motivación es subsanable, lo cual por cierto no lo es. En todo caso, el defecto de motivación de *los hechos* no es materialmente corregible, a nuestro modo de ver; a lo sumo se puede postular, equivocadamente con todo, que su explicitación jurídica *puede* serlo.

El control fundamental del acto, para evitar la entronización de la arbitrariedad como sistema, es el control *de los hechos* o motivos determinantes que llevan a la administración a dictarlo, lo cual requiere el sustento fáctico real y su adecuada explicitación en la expresión de tales motivos de hecho. Omitir ese doble control con el alcance de permitir su saneamiento ulterior es una grave lesión al Estado de Derecho.

Pensamos que no ocurre lo mismo con la carencia o insuficiencia de motivación *jurídica*: allí entendemos que debe tratarse de una carencia más o menos calificada para que invalide el acto. Entendemos aplicable la jurisprudencia en materia de sentencias arbitrarias, si el vicio consiste en falta de fundamentación *normativa* seria, aunque no la comisión de un total e inexcusable error de derecho. El simple error de derecho, por lo tanto, no constituye necesariamente arbitrariedad,²¹³ sin perjuicio de que la inadecuación del acto al ordenamiento debe ser igualmente penalizada con la invalidez, pero no ya por defecto de fundamentación sino por falta de adecuación objetiva al orden jurídico.

A su vez la pobreza extrema, generalidad o superficialidad de la argumentación jurídica, el recurso a los juicios apodícticos, abstractos y totalmente teóricos²¹⁴ que la motivación eventualmente contenga, constituyen ya hipótesis de insanable nulidad.

8.4. Actos ilógicamente motivados

Ya hemos indicado que el *objeto* del acto no puede ser absurdo ni contrario a las reglas de la lógica; lo mismo cabe decir de la *fundamentación* por la que se llega al dictado del acto. Un acto fundado en razonamientos falsos, es entonces un acto *arbitrario* y con ello nulo.²¹⁵ Normalmente los autores enuncian el principio indicado pero no lo desarrollan, suponiendo tal vez que por tratarse de principios lógicos no requieren mayor explicación; pensamos, sin embargo, que una somera referencia a los principales casos de razonamientos lógicamente falsos o inválidos

²¹³ *Fallos*, 237: 74, *Pérez Montenegro*, año 1957; 237: 142, *Zamboni*, año 1957 y otros.

²¹⁴ Es la mención de que se funda "en el interés público," tal como explicamos *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, pero llevada al paroxismo de no intentar siquiera demostrar *por qué* es ello así *en los hechos*.

²¹⁵ DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di dirivitto amministrativo*, Padua, 1956, p. 171; CAMMEO, *op cit.*, p. 606; OSSENBUHL, *op. cit.*, p. 71; HUBER, *op. cit.*, p. 731; LANDI, GUIDO y POTENZA GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, p. 265; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 316-7; también pueden darse fallas lógicas en el objeto: *infra*, cap. XI, § 8, "Actos nulos y anulables."

es conveniente e incluso indispensable, por cuanto es muy frecuente su aparición en la práctica. Es lo que vamos a hacer en las páginas que siguen.

Desde este punto de vista, podemos entonces recordar la distinción que en lógica se efectúa tradicionalmente entre las falacias no formales y las falacias formales, a fin de indicar su aplicación en cuanto vicio de la fundamentación del acto administrativo.

8.4.1. *Falacias no formales*

Son razonamientos incorrectos que *aparentan* ser correctos, pero que resultan no serlo cuando se los analiza cuidadosamente.²¹⁶

8.4.1.1. *El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.*²¹⁷

La falacia fundamental de los autores y los operadores del derecho administrativo es recurrir a un argumento que se pretende dispensado de explicación o justificación, mucho menos sustento fáctico: Es como si fuera una advocación religiosa, mágica, exenta de contralor humano y por supuesto jurisdiccional, en que la única fuente es el voluntarismo del operador.

Ya hemos recordado la falacia que significa la frecuente invocación desnuda al interés público o al bien común como superiores al interés individual o el derecho individual, sin más argumento, razonamiento o explicación de naturaleza alguna.

Esa gruesa falacia equivale a decir que los funcionarios públicos siempre tienen razón, máxime en el caso concreto y que los particulares siempre estar equivocados y son lo opuesto al interés público que expresa la pura voluntad del agente público; o que los agentes del Estado siempre están movidos por el altruismo, la generosidad y el bienestar general y no por mezquinos motivos personales, en tanto que los particulares solamente tienen motivos mezquinos, inconfesables, egoístas, indignos de protección jurídica.

En realidad son a veces los que están trabajando en las bambalinas y pasillos del poder, ejercitando con asombrosos e invisibles hilos de marioneta potestades públicas, obteniendo beneficios ocultos del poder político, construyendo fortunas a su sombra, los que resultan maestros en la generación de actos administrativos disfrazados de interés público, bien común, buen orden de la comunidad, cualquier fórmula que se quiera elegir. Cada vez que veamos la invocación del interés público, haríamos bien en indagar a fondo los hechos del caso: Sólo la desconfianza es la reacción racional frente a quien invoca lo mágico e inexplicado como "explicación" de su conducta.

²¹⁶ COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 59.

²¹⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, *op. cit.*, p. 1263.

8.4.1.2. *La falacia de conclusión inatinerente*²¹⁸

Es decir, obtener una conclusión que nada tiene que ver con el argumento que se utiliza: argumentar que el particular debe cumplir con todas sus obligaciones y que por lo tanto debe sancionárselo con una multa; en este ejemplo nadie discutirá la primera afirmación, pero de ella no se sigue la segunda. El ejemplo que damos puede parecer un poco primitivo, pero desgraciadamente el estilo administrativo suele incurrir en él.²¹⁹ Hay otro peor, negar la matriculación en un curso de profesorado de matemáticas y astronomía por no tener la estatura requerida:²²⁰ Como ya lo hemos señalado en su lugar, la conclusión inatinerente o absurda puede también contener discriminación²²¹ y desviación de poder.²²² Ahora bien, algunos casos de conclusión inatinerente y desviación de poder son más complejos. Una cosa suelen ser, p. ej., las soluciones a un problema que resultan del juego normativo desprovisto de connotación axiológica crítica. Allí la lógica puede ser suficiente. Otra muy distinta es considerar los efectos benéficos o perjudiciales que tienen, para la sociedad, una u otra solución. El primer análisis, valorativamente neutro, es propio de la dogmática jurídica. El segundo toma en cuenta los efectos para la sociedad, el mérito de la decisión y se aproxima por ello a la jurisprudencia de intereses.²²³ Un razonamiento expreso, formal y público, del segundo tipo, podría parecer irrazonable, inatinerente, desviado. Pero si el razonamiento no se explicita y queda oculto entre los vericuetos internos de la administración, ¿qué otra cosa puede hacerse, más que verificar que los hechos sean ciertos y las normas estén bien citadas?

8.4.1.3. *El argumento ad hominem*

Tal es si se dijera que el recurso por el cual un funcionario pide que le paguen sueldos atrasados debe ser desestimado, porque se sabe que el recurrente es un hombre que tiene malos antecedentes en la función. Tal razonamiento es falaz “porque el carácter personal de un hombre carece de importancia lógica para

²¹⁸ COPI, *op. cit.*, p. 60; CNCiv., Sala E, *Hernández, JA*, 1984-III, 596, 598-9, cons. 4º: Se había invocado como excusa para no presentar planos en término, que no se habían girado al organismo los fondos para la construcción de la obra. Es una forma menos evidente de ilogicidad *la contradicción* entre el objeto del acto y sus considerandos, que ya mencionamos al referirnos al objeto, *supra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad.” Lo mismo se aplica, desde luego, a la contradicción en el objeto mismo, *supra*, cap. VIII, § 8.1, “La contradicción del acto.”

²¹⁹ Ver los ejemplos que da COPI, *op. cit.*, pp. 60-1. En el mismo sentido HEMPEL, CARL G. y OPPENHEIM, PAÚL, “La lógica de la explicación,” en Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, *Cuadernos de Epistemología*, n° 4, Buenos Aires, 1961, p. 4. Otros ejemplos en CNCiv., Sala E, *Hernández, JA*, 1984-III, 595, 598-9, § 4.

²²⁰ CSJN, *Fallos*, 306: 400, *Arenzón*, año 1984, cons. 5º, p. 406: “la estatura del actor [...] no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía.”

²²¹ *Supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido.”

²²² *Supra*, § 6, “Desviación de poder.”

²²³ Ver p. ej. CUETO RÚA, JULIO C., *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

determinar la verdad o falsedad de lo que dice o la corrección o incorrección de su argumento.”²²⁴ La administración incurre a veces en esta falacia, argumentando en contra de la procedencia de los recursos sobre la base de supuestas virtudes negativas de los recurrentes.

8.4.1.4. Otras falacias no formales

Del mismo modo, será ilegítimo todo acto que incurra en las demás falacias no formales del razonamiento:²²⁵ argumentos *ad baculum* (apelación a la fuerza),²²⁶ *ad populum* (apelando al asentimiento popular: “Es un recurso favorito del propagandista, el demagogo y el que pasa avisos”).²²⁷ En el mismo plano está el argumento por la ignorancia, *ad ignorantiam*.²²⁸

De todas estas falacias no formales en la irrazonabilidad del derecho administrativo usual, la más desembozada y frecuente es la invocación de la fuerza, el poder o la autoridad, el argumento *ad baculum*. Se invoca así, como si fundara algo, la autoridad de los autores,²²⁹ del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, de quien sea útil para dar color de razonamiento a lo que es más que la apelación a la fuerza propia, o reverencia a la ajena. Es la versión que en derecho encontramos de la reverencia irracional hacia el poder por el poder mismo, por serlo y tiene algún lejano emparentamiento con la desviación de poder de la cobardía, la sumisión al poderoso, el elixir del ejercicio del poder, etc. Sus defensores no se privan de sostener, a la inversa, que quien piensa lo contrario es un destructor

²²⁴ COPI, *op. cit.*, p. 63: “La manera en que puede persuadir a veces este razonamiento falaz es a través del proceso psicológico de la transferencia. Si puede provocarse una actitud de desaprobación hacia una persona, ella puede desbordar el campo estrictamente emocional y convertirse en desacuerdo con lo que esa persona dice. Pero esta conexión es sólo psicológica, no lógica. Aún el más perverso de los hombres puede a veces decir la verdad.”

²²⁵ Ampliar en COPI, *op. cit.*, pp. 62-70. Ver otros ejemplos en LÓPEZ RUIZ, MIGUEL, *Redacción Legislativa*, México, Senado de la República, 2002, pp. 45-6.

²²⁶ “Tengo razón porque soy el que manda;” “Tenemos razón porque somos la mayoría,” etc.

²²⁷ COPI, *op. cit.*, p. 68. De este corte son también, por lo general, los argumentos que invocan sin más detalle —apodícticamente— el interés público, la necesidad general, el interés de la colectividad, el bien común, etc. Ampliar *supra*, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro;” *infra*, t. 2, cap. VI, § 5; conf. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 468, p. 829; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, donde resume su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

²²⁸ El argumento por la ignorancia consiste en decir que algo no es cierto porque no se ha probado su verdad. Este argumento es válido, por excepción, en dos casos: a) cuando se trata de argumentar la *inocencia* de una persona: si no se prueba que es culpable, entonces está probado que es inocente, o mejor dicho, se supone que es inocente hasta que se pruebe lo contrario; b) cuando se han efectuado diligencias probatorias serias y técnicas y ellas dan un resultado negativo, puede también sostenerse que no se ha probado lo pretendido y debe por lo tanto rechazárselo. Sin embargo, en tanto esas diligencias probatorias serias no sean realizadas, constituiría un típico argumento *ad ignorantiam* rechazar una pretensión por falta de pruebas, pues la carga de la prueba le corresponde precisamente a la administración. Comparar COPI, *op. cit.*, pp. 65-6.

²²⁹ Los cuales también argumentan *ad baculum* cuando apelan al fundamento desnudo del bien común, el interés público, el interés superior del Estado, etc. Finalmente lo hacen las propias autoridades públicas. Es insuficiente: CSJN, *Fallos*, 322: 1726, *Verrocchi*, año 1999.

de las instituciones, un intelectual gramsciano (tomamos la frase de una disputa entre dos colegas y amigos, ambos intelectuales pero en los polos opuestos), o directamente un terrorista subversivo (concepto que sus creadores jamás pensaron les resultara aplicable a ellos mismos, partir de la convención contra el terrorismo y la toma de rehenes, discutida en el siempre citado *Regina v. Evans*).²³⁰ En versión más modesta, que se trata de la “jactancia de los intelectuales,” aplicada por algún político local a la duda como método. Sí, es posible que la racionalidad sea la jactancia de los verdaderos intelectuales, los que simplemente piensan y no meramente idolatran al poder o se fascinan o deliran al ejercerlo; en ese caso, más que una crítica, es un elogio.

Otro tipo de razonamiento frecuente en derecho administrativo, aunque muchas veces oculto o implícito, es el que toma en cuenta la bondad o conveniencia de los resultados de la norma o precedente que se crea. Obviamente, se trata de la fundamentación por la jurisprudencia de intereses, que a pesar de ser una opción utilizada por los juristas, no siempre es reconocida como alternativa filosófica válida. Si no reconocemos esta opción de filosofía jurídica, encontraremos que un tipo de razonamiento falso es así el que considera las consecuencias de la decisión como su verdadera fundamentación: “Si se hiciera lugar a esta reclamación, como hay muchos que están en la misma situación, entonces el Estado tendría que pagar mucho dinero; por ello, se resuelve que este reclamo es infundado.” Este tipo de argumento es frecuente en administradores y jueces, sin que se lo introduzca en la fundamentación explícita del acto, por lo que su contralor es difícil en la práctica. Su recurrencia es mayor en épocas de déficit fiscal permanente, como una forma de evitar su agravamiento ya que no se puede impedir su existencia.²³¹

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses sería no sólo válido sino también necesario analizar los intereses sociales en juego cuando las normas legales no fueren claras o no existieren y entonces adoptar la decisión que el órgano adoptaría si fuera legislador. Como dice MAIRAL,²³² “De esta manera se evita centrar la discusión en conceptos abstractos y se traen a luz los verdaderos argumentos que pueden inclinar al intérprete hacia una u otra solución.” Desde luego, una cosa es que el órgano manifieste “que no se siente ligado por el orden jurídico”²³³ y otra que ante evaluaciones legislativas contradictorias o inexistentes²³⁴ considere tales aspectos y les de solución. Que en este último caso el órgano fundamente su solución también en consideraciones utilitarias es sin duda correcto; lo peligroso sería que el funcionario público, en tren de hacer

²³⁰ Aquí publicado como *La Reina c. Evans, LL*, 1999-A, 432; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.

²³¹ Su aplicación más notoria es en materia de responsabilidad del Estado, en materia previsional, tributaria, etc. Ver el cap. XX de nuestro t. 2.

²³² MAIRAL, *Licitación pública, op. cit.*, p. 86.

²³³ CARRIÓ, GENARO, *Recurso...*, *op. cit.*, 1967, pp. 148, 154 y ss., 160, 161.

²³⁴ HECK, citado por MAIRAL, *op. loc. cit.*

este tipo de análisis, generalmente se inclinara por la autoridad o el poder y no por el individuo o la libertad, con lo cual la introducción de razonamientos de esta índole tendrá siempre una cargazón a favor de uno de los términos de la relación y no servirá pues, normalmente, para realizar un fin superior de justicia. Con todo, nuestra jurisprudencia tiene considerado que es una hipótesis de arbitrariedad de la sentencia el caso en que al dictarla los jueces “se arrogaron el papel de legisladores sin sentirse limitados por el orden jurídico.”²³⁵ De todos modos, debe insistirse en que él también constituye un modo falaz de razonar, si con ese procedimiento se quiere dar el *principal* fundamento a un acto. Una cosa es que “si las controversias y decisiones *jurídicas acerca de cuestiones de la penumbra* han de ser racionales, su racionalidad tiene que sustentarse en algo distinto de una relación lógica con las premisas”²³⁶ y otra muy distinta llevar ese tipo de razonamiento a todo el derecho y a todo caso, transformándolo en una gran zona de penumbra en que pueda prescindirse de utilizar proposiciones lógicamente válidas.²³⁷

Aquel razonamiento ha sido atacado desde un punto de vista lógico por HEMPEL y OPPENHEIM en los siguientes términos:

“Otro aspecto que hace atractivas las consideraciones teleológicas lo constituye su carácter [...] La aplicación teleológica hace sentir que verdaderamente «comprendemos» el fenómeno en cuestión porque se lo explica en términos de propósitos, con los cuales estamos familiarizados por nuestra propia experiencia de comportamiento finalista. Pero es importante diferenciar aquí la comprensión en el sentido psicológico de una sensación de familiaridad [...] de la comprensión en el sentido teórico o cognoscitivo.” “Por lo demás, el grado en que una idea es considerada como familiar varía de una persona a otra y de una oportunidad a otra y un factor psicológico de este tipo no puede por cierto servir de canon para valorar una explicación propuesta. Queda, pues, como requisito decisivo para toda explicación sólida, el que subsuma el *explanandum* bajo reglas generales.”²³⁸

Por nuestra parte creemos que el razonamiento que utiliza la jurisprudencia de intereses no es en sí mismo falaz.²³⁹ Incluso reconocemos cuánto lo utilizamos.²⁴⁰ El problema está en cómo se lleva a la práctica, ya que el ejemplo más frecuente de este tipo de razonamiento es la constante afirmación de que el bien común o el interés público preceden o son superiores al interés individual o privado, lo

²³⁵ CARRIÓ, GENARO, *Recurso...*, op. cit., pp. 148, 154 y ss., 160 y ss.

²³⁶ HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 27.

²³⁷ Ver CARRIÓ, op. cit., pp. 51 y 55.

²³⁸ HEMPEL y OPPENHEIM, op. cit., pp. 15-6 y 18. No se nos oculta que esta expresión tan terminante no es estrictamente aplicable al campo jurídico, pero sí nos parece que no puede en modo alguno pretenderse que un comportamiento ilógico pueda ser un comportamiento racional.

²³⁹ JOSEFINA PAZOS nos ha señalado y se lo agradecemos, que hemos cometido el error de omitir esta aclaración en las ediciones anteriores de este vol.

²⁴⁰ NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, comentario nº 5, “La imperfección humana,” pp. 74-5.

que en la práctica es exactamente equivalente a decir que el funcionario público generalmente tiene razón y se mueve en el campo de la licitud en tanto que a la inversa el particular generalmente está equivocado y viola la ley; o que el contratista nunca tiene razón en sus reclamos contra la administración, porque ésta representa el interés de la colectividad (¿o el negocio de los corruptos?) y él en cambio persigue una finalidad de lucro (¿o no quiere pagar lo que le piden?); que el funcionario público es siempre probo y honesto y el ciudadano a la inversa es siempre deshonesto y corrupto, etc.²⁴¹

En realidad somos todos parte de la misma sociedad y todos podemos ser dignos de sospecha. Cuando ejercemos el poder público la sospecha se torna indispensable para la preservación del ordenamiento jurídico, y debemos sospechas cuando ante la insuficiencia de argumentos serios para fundar una solución, o ante la existencia de fundamentos serios en contra de la solución que se *quiere* o *se desea* dictar, se recurre al fácil argumento de las *consecuencias* supuestamente negativas o nefastas que tendría la solución contraria, agregando así un segundo razonamiento falaz (*ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.);²⁴² que, para colmo, frecuentemente es además inexacto en cuanto carente de supuesto fáctico. O sea, desde el poder se miente impunemente en los actos administrativos, a veces hasta en los judiciales, y la carga de que esto no ocurra está en la sociedad y no en ninguna otra parte.

Este tipo de pensamiento lógicamente insostenible es, con todo, uno de los argumentos más frecuentes con que se trata de fundar expresa o implícitamente las soluciones de derecho administrativo, sea que ellas aparezcan bajo la forma de actos, dictámenes, libros o sentencias. Por eso es mucho más difícil erradicar o atacar su aplicación; pero no por ello es el acto lógicamente correcto, ni jurídicamente legítimo.²⁴³ Así como la lucha contra de la corrupción es eterna y el precio de la libertad es la eterna vigilancia, así también el privilegio de utilizar la razón exige la permanente denuncia de la sinrazón. La libertad no viene gratis, hay que luchar por ella día a día, al menos en las sociedades a que pertenecemos.

8.4.2. *Falacias formales*

Son las que se producen cuando se hace un razonamiento silogístico inválido, independientemente de su contenido o de la verdad de las premisas de que parte.²⁴⁴

²⁴¹ Lo hemos señalado *supra*, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.” y allí nos remitimos.

²⁴² Una caricatura de esta línea “argumental” podría exponerse como sigue: “Puesto que él no practica bien nuestra religión y es casado en segundas nupcias (dos veces *ad hominem*), es un elemento peligroso y subversivo al orden establecido, es decir al gobierno (dos veces *ad baculum*), por ello la mayoría de la doctrina más calificada (*ad populum* elitista) está en contra de sus ideas.” “En consecuencia la doctrina correcta y verdadera es la nuestra.”

²⁴³ Conf. CSJN, *Verrocchi, Fallos*, 322: 1726, año 1999; *Club Universitario de Buenos Aires c. Municipalidad de Malvinas Argentinas, Fallos*, 322: 1416, año 1999.

²⁴⁴ Ver COPI, *op. cit.*, p. 165.

Ello ocurre p. ej. cuando el razonamiento llega en la conclusión más allá de lo que dicen las premisas, como en el antiguo ejemplo que da COPI:

“Todos los comunistas son elementos subversivos.

Todos los comunistas son adversos al actual gobierno

.....

Por lo tanto, todos los que son adversos al actual gobierno son elementos subversivos.”²⁴⁵

El avance de los estudios de la lógica permite augurar para el *futuro mediato* una creciente aplicación de sus métodos para el análisis crítico de la legitimidad del acto administrativo, pero no existe todavía una aplicación sistemática de la lógica simbólica a sus proposiciones.²⁴⁶

Sin embargo, también se puede encontrar un razonamiento falso en meras proposiciones lógicas mal aplicadas: p. ej. la implicación intensiva (solamente si X, entonces Y; pero no siempre que X luego Y), la implicación extensiva (siempre que X, luego Y, pero no a la inversa), etc.²⁴⁷

En el primer supuesto podemos recordar el ejemplo de que solamente si el organismo científico competente da su dictamen favorable, puede otorgarse a un funcionario licencia con goce de sueldo para que siga estudios en el exterior, pero que la administración no está obligada a ello (implicación intensiva). En el segundo caso (implicación extensiva), si una obra pública se suspende por lluvia, debe prorrogársele el plazo contractual al empresario en ese lapso; pero la lluvia no es la única causa por la que puede prorrogarse el plazo, pues desde luego también puede serlo por dificultades materiales, huelgas, etc. En estos dos ejemplos, si se dijera que necesariamente el dictamen o informe técnico implica que debe concederse la beca, o que no puede otorgarse prórroga contractual sino por días de lluvia, se incurre en un razonamiento formalmente falso y también en una incorrecta aplicación de la ley.

Finalmente, conviene destacar que no afirmamos aquí que sólo un argumento lógico de índole formal pueda dar pie a un acto administrativo válido, pues entonces se caería en las críticas al formalismo,²⁴⁸ sino que no puede válidamente

²⁴⁵ COPI, *op. cit.*, p. 183: “La conclusión hace aquí una afirmación acerca de *todas* las personas adversas al actual gobierno. Pero las premisas no hacen ninguna afirmación acerca de todas esas personas; por lo tanto, la conclusión va ilícitamente más allá de lo que garantizan las premisas.” Las reglas lógicas que debe cumplir un razonamiento silogístico para ser válido son seis en total y las explica COPI, *op. cit.*, pp. 179-85, a quien nos remitimos. Ver también BLANCHÉ, PIERRE, *Introducción à la logique contemporaine*, París, 1957, p. 9 y ss., donde explica el paso del silogismo tradicional de la lógica formal, a la lógica simbólica: es esta última la que permite con mayor certeza determinar el grado de verdad o de falsedad de una proposición.

²⁴⁶ Tampoco existe esa aplicación sistemática de la lógica simbólica al derecho en general. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 331 y 333, se muestra escéptico sobre la utilidad que la lógica moderna pueda proporcionar al derecho. Ver los trabajos contenidos en el vol. XXVIII, n° 1, de la revista *Law and Contemporary Problems*, Duke University, Durham, Carolina del Norte, EE.UU., 1963, dedicado al tema de *Jurimetrics*.

²⁴⁷ Ampliar en KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 48 y ss.

²⁴⁸ Ver p. ej. CARRIÓ, *op. cit.*, p. 52 y ss.

fundarse un acto en un razonamiento *falso*. Comprobado que un razonamiento es ilógico, el acto dictado en su consecuencia es irrazonable y con ello ilegítimo; pero probado que el razonamiento que fundamenta un acto es lógico, resta todavía por ver si además de la corrección formal, tiene acierto sustancial: si las premisas de que parte son correctas, si los enunciados que formula son reales y si ha interpretado bien los términos de la ley, etc.

Como dice HART, “La lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamente que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces, se sigue una conclusión determinada.”²⁴⁹ El control de razonabilidad del acto, en cuanto control de su consistencia lógica, es generalmente un test negativo: La falta de lógica del acto prueba irrefutablemente su irrazonabilidad, pero su validez lógica no demuestra *per se* su razonabilidad ni la legitimidad del acto.²⁵⁰ Ello solamente ocurre si en el caso existe una única solución razonable o justa.²⁵¹

8.5. Otras hipótesis

La razonabilidad del acto administrativo puede tener otras múltiples manifestaciones. Ya hemos visto que ella se aplica al *objeto* del acto, que será ilegítimo si es desproporcionado, contradictorio, o absurdo;²⁵² además, en cuanto defecto de fundamentación, aparece también bajo el nombre de motivación o justificación del acto. Si bien la irrazonabilidad no deja lugar a dudas de que el acto es nulo, es frecuente ver a la justicia cometer ella misma el defecto de razonamiento de considerar meramente anulable a un acto que carece de fundamentación suficiente y adecuada y admitir el saneamiento ulterior de la irrazonabilidad originaria.

El vicio de irrazonabilidad resultante de la desproporción entre el objeto del acto y sus fines, no puede generar sino la nulidad del acto.²⁵³ También la desviación de poder, que nosotros consideramos un vicio autónomo, es vista por algunos autores como un caso de irrazonabilidad.²⁵⁴ Posiblemente este principio de la

²⁴⁹ HART, *op. cit.*, p. 31.

²⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 332: “La lógica es la ciencia de las leyes y de las formas del pensamiento correcto. No se trata en la Lógica del hallazgo de la verdad material, sino del descubrimiento de las leyes que aseguran un pensamiento coherente, o sea, correcto; en otras palabras, de la verdad formal;” COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 242.

²⁵¹ Así en *Cipriano*, Cám. Fed. de Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y LL, 1999-A, 395. Son estos los casos llamados de *discrecionalidad cero*: ver lo explicado *supra*, nota 8.11 y sus otras remisiones.

²⁵² Dentro de tal hipótesis cabe recordar también la irrazonabilidad del objeto por violar las reglas de la técnica; o la irrazonabilidad técnica de la argumentación que fundamenta el acto, etc.

²⁵³ Conf. HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada, anotada y concordada*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 163.

²⁵⁴ LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, § 248, pp. 293-4; *Poder discrecional...*, *op. cit.*, p. 111. Puede a su vez estar encubierta en la falta de fundamentación: Cám. Fed. Mendoza, Sala A, *Collado Cattani*, 1996, LL, 1997-D, 733, 734; puede también el tribunal que anula el acto preferir esta última como fundamentación de su propia sentencia: PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, “Note sur la motivation des actes administratifs en droit hellénique,” en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1 *in fine*.

arbitrariedad, que tan fructífero ha sido en el derecho público argentino, pueda todavía tener mayores desarrollos en el futuro.

*9. Diferencia entre la arbitrariedad
y el vicio tradicional de violación de la ley*

Debe anotarse especialmente que en todos estos casos el vicio del acto habrá de encontrarse en el razonamiento que ha llevado al administrador a dictar el acto; en igual sentido que en materia de desviación de poder, *se prescinde de si su objeto es o no, en sí, violatorio de norma expresa alguna*; el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa²⁵⁵ del orden jurídico, sino de que ha llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe. Ha llegado a esa decisión por su pura voluntad, por capricho; no ha hecho un análisis razonado y razonable de los hechos y el derecho. Por ello, aunque la decisión no parezca contravenir normas expresas, es de todos modos ilegítima. Relacionando el vicio que comentamos con los principios generales del derecho administrativo, corresponde decir que constituye tanto un límite a la actividad discrecional de la administración²⁵⁶ como un control de las normas en que ella se funda. Este es el camino que está tomando el derecho contemporáneo,²⁵⁷ el de controlar judicialmente la razonabilidad tanto de las normas que la administración dice ejecutar en el ejercicio de sus facultades regladas (pero que muchas veces ha reglado ella misma en forma discrecional, invocando un poder reglamentario), como de las decisiones que toma no habiendo ninguna prescripción normativa que la obligue a actuar en determinado sentido. La arbitrariedad puede tanto mostrarse ostentosa en el ejercicio de la omnipotente discrecionalidad, como pretender esconderse bajo el manto caprichoso de la sumisa facultad reglada... a la propia norma, o a la norma que laboriosamente se gestó y obtuvo de los poderes de turno. En ambos casos es irrazonabilidad, inconstitucionalidad, antijuridicidad. Nada puede estar exento del necesario sello de razonabilidad. Si es la norma la que resulta irrazonable o produce resultados irrazonables ante los hechos del caso, incluso por ella predeterminados, el acto resultante es antijurídico. Ya hemos advertido que la gran tendencia de la administración contemporánea ha sido refugiar su arbitrariedad en la norma que ella misma emite.²⁵⁸

Estos límites a las facultades discrecionales y a las normas regladas, que originan la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, son de aplicación con

²⁵⁵O implícita: ver LINARES, "Competencia administrativa y prohibiciones implícitas," en *RADA*, 8: 15, Buenos Aires, 1975.

²⁵⁶Ampliar *supra*, t. 1, cap. X, § 15, "Los límites a la actividad discrecional."

²⁵⁷Ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed.

²⁵⁸*Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 8, "El principio de razonabilidad. Introducción," a § 16, "Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo;" cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo," § 10.3, "La exacerbación reglamentaria."

respecto a todos los actos dictados por órganos administrativos y por los otros poderes estatales o no estatales cuando actúan en ejercicio de función administrativa; incluso para el Poder Ejecutivo en sus actividades anteriormente llamadas de gobierno o no justiciables y que desde luego forman parte de la simple actividad administrativa, subordinada al principio constitucional y supranacional, incluso de justicia natural, de la razonabilidad.²⁵⁹

10. Error

10.1. *El error como causal de nulidad*

El decreto-ley 19.549/72 menciona al error en el art. 14, inc. a),²⁶⁰ diciendo que es causal de nulidad cuando fuere esencial y hubiere significado en el caso que “la voluntad de la administración resultare excluida.” La frase es poco afortunada y sin efectos prácticos, pues parece claro que “En ningún caso podría considerarse como no manifestación de voluntad, es decir, como inexistencia de acto.”²⁶¹ Debe versar entonces sobre un aspecto importante del acto²⁶² y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar tal acto. Si la administración lo hubiere conocido no habría dictado el acto, o lo habría dictado con un contenido esencialmente diverso.²⁶³ Sería parecido a lo que algunos autores gustan llamar la preeminencia de la voluntad real por sobre la declarada.²⁶⁴ Ejemplos de este tipo de actos viciados por error esencial serían entonces: un indulto que se refiere a una persona distinta de la que el Poder Ejecutivo tuvo voluntad de indultar; una declaración de estado de sitio que por error material en la confección del decreto se refiere a un lugar distinto del contemplado; el veto de una ley distinta de la que se tuvo en cuenta, por un error en la mención del número; el nombramiento en la función pública de una persona distinta de la que se deseaba nombrar, por homonimia, etc. También resulta viciado por error esencial la parte pertinente de una lista de ascensos o designaciones en la que, previo a su firma, se intercalaron nombres y apellidos no incluidos en la propuesta original, que el firmante no tenía intención ni conocimiento de cambiar.²⁶⁵ En este caso se consideró que el acto era nulo de nulidad absoluta y la extinción de sus efectos, retroactiva. Sin embargo, los efectos prácticos fueron materialmente *ex nunc*, porque se lo consideró funcionario de

²⁵⁹ Ampliar *supra*, t. 1, cap. VI, § 8 a § 16.

²⁶⁰ México, arts. 3º y 95.

²⁶¹ Como puntualiza URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 44.

²⁶² BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, pp. 24-5.

²⁶³ PTN, *Dictámenes*, 160: 224: 227.

²⁶⁴ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1954, p. 434; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 245.

²⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 71.

hecho por el tiempo de desempeño del cargo y por ende no se formularon cargos por los haberes percibidos,²⁶⁶ ni quedó tampoco afectada la validez de sus actos.

10.2. Errores de menor gravedad

Si el error no reviste tales características, el acto puede ser anulable,²⁶⁷ o válido.²⁶⁸ En un caso que se inscribió a una entidad de seguro en la creencia errónea, provocada por el dolo de la empresa, que tenía el capital mínimo requerido, se consideró que el error no recayó sobre la naturaleza ni el objeto del acto, no siendo pues excluyente de la voluntad. El acto fue considerado anulable y prescripto el plazo de dos años del art. 4030 del Código Civil y que el vicio se encontraba saneado por cuanto la sociedad tenía entonces un capital superior al mínimo.²⁶⁹

10.3. Acerca del llamado error de derecho

No corresponde considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho y dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar. P. ej., no hay vicio de *error*, sino violación de la ley en el objeto o apartamiento de facultades regladas de la administración, o también arbitrariedad, si el Poder Ejecutivo, considerando que una persona tiene los requisitos exigidos por la ley para ocupar un cargo, lo designa en él y resulta luego que no los reunía; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta y luego se concluye que el orden jurídico la prohibía.²⁷⁰ En tales casos *no hay vicio de la voluntad con relación al acto*, pues el administrador ha dictado el acto que quería dictar: el error se refiere a la apreciación de los hechos²⁷¹ o del derecho aplicable para dictar el acto y constituye por lo tanto un vicio *en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), o un vicio de arbitrariedad (por no tomar debidamente en cuenta los hechos existentes), pero no un vicio de error en cuanto vicio de la voluntad.²⁷² Es inapropiada, pues, la denominación que la CSJN da a los casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban, como “error de derecho” y “error de hecho;”²⁷³ el error

²⁶⁶ PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 73 y citas de 94: 216; 105: 272; 115: 387; 116: 343.

²⁶⁷ BIELSA, *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 125; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 513; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 507-8, admite también la nulidad.

²⁶⁸ SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.* En otras palabras, para su apreciación se sigue la regla general de la mayor o menor gravedad del vicio.

²⁶⁹ PTN, *Dictámenes*, 113: 120, 121, 124-7.

²⁷⁰ OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 78. Comp. *infra*, nota 278 y texto.

²⁷¹ Ver *infra*, § 10.4, “El error no invalidante.”

²⁷² OSSENBUHL, *op. loc. cit.*; OBERMAYER, *op. loc. cit.*

²⁷³ Ver BOSCH, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de justicia,” en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, marzo de 1946; comp. CASSAGNE, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 274 y *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 190, nota 91.

en cuanto vicio de la voluntad sólo existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar:²⁷⁴ quería hacer una cosa y firmó otra.²⁷⁵ En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario; pero no en el error.²⁷⁶ La importancia de la distinción radica en que mientras el vicio de error generalmente sólo determina la *anulabilidad o nulidad* del acto, un vicio en el objeto o en la voluntad puede llevar a su *inexistencia*.²⁷⁷ Cabe en cambio admitir que un error en los fundamentos pueda ser considerado como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *crea que está obligado* a hacer algo y por eso dicta el acto.²⁷⁸ Aquí la voluntad estaría viciada en cuanto el funcionario no resolvió por libre decisión, sino por obedecer a lo que creía era su obligación. No hizo lo que quería, sino lo que entendió que *debía*. Si hay error, se trataría de un caso de anulabilidad o nulidad dependiendo del caso concreto.

10.4. *El error no invalidante*

Se ha dicho que la autoridad administrativa no puede invocar en contra del contribuyente el error que hubiere cometido al practicar la tasación de un inmueble. No puede admitirse la introducción del error en la tasación fiscal una vez exigido y satisfecho el tributo. Razones de seguridad jurídica así lo determinan.²⁷⁹

11. *Dolo, violencia, simulación*

En estos casos el acto es anulable como lo ha dicho la CSJN en *Carman de Cantón*,²⁸⁰ pero puede distinguirse según el tipo de vicio y su gravedad.

11.1. *Dolo*

El principio milenario de la buena fe, de validez universal, importa tanto en el derecho público como privado la ilicitud de las conductas engañosas, maliciosas,

²⁷⁴ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁵ Así el caso resuelto en *Dictámenes*, 141: 68.

²⁷⁶ En sentido similar URZÚA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁷ Este argumento nuestro ha sido razonado de otro modo por la PTN, *Dictámenes*, 113: 120. Sería entonces al revés, para favorecer la no anulación del acto, el vicio se cataloga como *error* y por ende el acto sería solamente *anulable*. En *Dictámenes* 155: 565 se consideró como error en tanto que vicio de la voluntad, al error en el cálculo de costos financieros, por no tener en cuenta el elemento “tiempo de pago” y se propició la nulidad.

²⁷⁸ O cree que los hechos son unos, cuando en verdad son otros: según OBERMAYER, *op. loc. cit.*, el acto es entonces de por sí anulable, sin necesidad de que haya además otra violación del derecho vigente. Agrega que esto es de particular aplicación en los casos de facultades discrecionales, en que el acto estará viciado, aunque no contradiga normas expresas, si se dicta por error sobre los hechos. Sin embargo, ya dijimos que en nuestro derecho este caso es tradicional considerar que el acto está viciado principalmente de arbitrariedad. Comp. FIORINI, *op. cit.*, p. 377. PTN, *Dictámenes*, 113: 120, lo encuadró como error subsanable para evitar la mayor sanción que sería reputarlo viciado por arbitrariedad, lo que excluiría su saneamiento por el transcurso del tiempo, que fue lo que allí resolvió.

²⁷⁹ CNApel. Civil, *Molejón*, 28-IX-99.

²⁸⁰ *Fallos*, 175: 368, *Carman de Cantón*, 1936.

sorpresivas, contradictorias.²⁸¹ El dolo es un supuesto contra el que el derecho romano sostenía que no cabía la indulgencia. El decreto-ley 19.549/72 considera uno de los casos de dolo, en cuanto se “tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos” y lo sanciona con la nulidad.²⁸² Esta norma tiene el mérito de abandonar seculares prejuicios que una vez encontraron su camino en un vallo de la CSJN por la cual se pretendía que era, imposible, que el Poder Ejecutivo hubiera actuado con dolo. Semejante presunción absoluta, *iuris et de iure*, de necesaria carencia de dolo en el funcionario, parece imposible de ser sustentada en derecho administrativo. Supondría demasiada ingenuidad o demasiada mala fe del juzgador o del intérprete. En todo caso es correcto, de toda evidencia, fulminar de nulidad al acto viciado de dolo por afirmar como ciertos hechos que son falsos, ya que el dolo es la antítesis del principio de la buena fe y así como se tutela ésta²⁸³ debe castigarse aquél. No creemos que corresponda restringir el dolo al sólo supuesto mencionado por el decreto-ley, ni tampoco postular apodícticamente la supuesta regla contraria de que todos los casos de vicio de dolo no solamente vician el acto sino que específicamente acarrear su nulidad o nulidad absoluta.²⁸⁴

11.1.1. *Dolo del individuo*

Es necesario que no se trate de un mero error culposo del individuo, sino de *dolo*; debe ser *previo* a la emisión del acto y haber sido *determinante* para la decisión: si no ha influido para el dictado del acto no afecta su validez. Algunos precedentes consideran que el acto resulta viciado por error, no por dolo del particular.²⁸⁵ No cabe atribuir consecuencia alguna al mero *conocimiento* del vicio del acto por el individuo, a pesar de la literalidad del art. 18 del decreto-ley 19.549/72,²⁸⁶ salvo que existiera evidentes muestras de carencia de buena fe.²⁸⁷

²⁸¹ *Supra*, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

²⁸² Así MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 510. La solución no varía si el funcionario actuara de buena fe. Pues si el acto tiene como existentes hechos inexistentes o falsos, ello sólo es arbitrariedad suficiente para determinar la nulidad del acto. El dolo, claro está, refuerza la sanción de nulidad. Es otro de los supuestos que adelantamos *supra*, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios.”

²⁸³ Ver ESGUERRA PORTOCARRERO, JUAN CARLOS, “La presunción de buena fe,” en el libro de la Universidad Externado de Colombia y el Consejo Superior de la Judicatura, *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, 1996, p. 677 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.

²⁸⁴ Conf. COMADIRA, con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.1.2, p. 296. Comp. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, 6ª ed., pp. 192 y 200. Se basa en “el fundamento de moralidad que persigue la sanción de dolo,” sin considerar los diversos supuestos; considera que la inmoralidad conlleva la nulidad absoluta porque su “gravedad afecta el orden público administrativo.”

²⁸⁵ Ver también los comentarios efectuados *supra*, nota 11.2.

²⁸⁶ PTN, *Dictámenes*, 179: 35; 172: 424; 175: 143; 175: 145, con cita de esta obra.

²⁸⁷ PTN, *Dictámenes*, 153: 213; 179: 35; 180: 125; 195: 49.

11.1.2. *Dolo del funcionario*

En este supuesto el acto es anulable;²⁸⁸ este caso merece algunas consideraciones especiales, merced a que la jurisprudencia en alguna oportunidad pareció considerar que no puede admitirse, en ningún caso, la alegación de que p. ej. el Poder Ejecutivo habría actuado dolosamente.²⁸⁹ Sin duda que esta afirmación nadie la haría extensiva a cualquier funcionario de la administración, suponiendo entonces que todo funcionario obra siempre y por definición de buena fe...; pero en el caso mismo del Poder Ejecutivo, ella carece de fundamento y de razonabilidad. La invocación del supuesto dolo en que se habría incurrido en la emisión del acto administrativo, no es suficiente para obtener la anulación del acto: es necesario probar que efectivamente dicho dolo ha existido. Consideramos que son aplicables a este supuesto las mismas reglas probatorias que enunciamos respecto de la desviación de poder,²⁹⁰ admitiéndose en consecuencia cualquier tipo de prueba, incluso la indiciaria, para demostrar la existencia del vicio alegado.

11.1.3. *Dolo del individuo y del funcionario*

Al existir connivencia dolosa del funcionario y el individuo el acto es nulo,²⁹¹ y no anulable, pues la trascendencia del dolo es mucho mayor. Para ello no hace falta que el dolo sea producto del soborno o cohecho, basta que exista el deliberado propósito común de violar los preceptos y medidas preventivas de la ley o de las convenciones interamericana e internacional contra la corrupción.

Siguiendo esta línea de razonamiento, podría sostenerse que violar de común acuerdo, los funcionarios y el particular, estos preceptos de la Convención supondría una conducta de consciente y deliberada violación de la Convención, viciada por ende de nulidad absoluta. Vienen fácil a la mente ejemplos recientes de la renegociación directa de una concesión o licencia de servicios públicos, hecha sin la debida audiencia pública y sin equidad, en perjuicio de los usuarios, cambiando el plazo, el precio y el objeto del contrato con ganancias irrazonables para el concesionario o licenciatario.

²⁸⁸ OBERMAYER lo considera nulo, *op. cit.*, p. 79. Sin embargo, nuestra jurisprudencia es extremadamente reticente para considerar el dolo del funcionario, al punto que ha llegado a negar en principio que pueda existir dolo en un acto del Poder Ejecutivo: CSJN, *Fallos*, 195: 339, *Rodríguez Guichou*, año 943. Eran tiempos de más ingenuidad formal, en que no se sabía públicamente de corrupción, sobornos, compra de votos con fondos reservados, etc.

²⁸⁹ Se trata, como es obvio, de una afirmación sin fundamento fáctico alguno. Importa atribuir al Presidente, por el sólo hecho de serlo, una suerte de infalibilidad religiosa. El origen de estas afirmaciones de fe cuasi religiosa dentro del derecho positivo puede rastrearse históricamente al llamado origen religioso del derecho público. Ver *supra*, "Introducción," § 3, "La prevalencia de un interés o bien sobre el otro," nota 47.

²⁹⁰ También se lo compara al fraude a la ley: URZÚA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 50, § 22.

²⁹¹ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78. Aquí cabría incluir los supuestos previstos en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como medidas preventivas de ésta: publicidad, equidad, etc. Ver nuestros arts. citados *supra*, nota 151.

Puede haber en cambio actos dolosos que por el principio de insignificancia no reciban reproche penal ni administrativo: no se trata entonces de fulminar todo y cualquier acto doloso con la nulidad, sino aquellos que resultan trascendentes para la sociedad, los usuarios, etc. La excesiva punición es contraproducente. Como siempre, todo dependerá del caso.

11.2. *Violencia o intimidación*

11.2.1. *Violencia sobre el individuo*

Cuando el administrador fuerza un asentimiento expreso o implícito al acto, en los casos en que tal asentimiento es condición de la validez del mismo.²⁹² En este caso, como se advierte, el vicio de la voluntad no está específicamente en el acto administrativo sino en el acto del particular, pero dado que éste es condición de validez del primero —en el caso que analizamos— resulta también viciado el acto administrativo. OBERMAYER considera que el acto es nulo, criterio al que ahora adherimos.²⁹³

11.2.2. *Violencia sobre el funcionario*

La violencia sobre el agente cometida por el propio individuo a quien el acto va dirigido, o por terceros, hace que el acto sea nulo,²⁹⁴ aunque para algunos autores es anulable.²⁹⁵ En las ediciones aparecidas hasta el año 1969 dudamos si tal vez cupiera pronunciarse simplemente por la anulabilidad, pero creemos ahora que no, que la nulidad absoluta sigue siendo la solución correcta. Es que se trata de un país que todavía no se ha repuesto plenamente de la tremenda ola de intimidación pública que lo asoló en forma directa e inmediata hasta 1983 y que de algún modo todavía persiste en el Estado democrático, aunque bajo formas morigerada. Es que algo del clima de temor subsiste y no son mera fantasías

²⁹² OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁹³ OBERMAYER, *op. loc. cit.*; CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 194, quien en su nota 110 recuerda también a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 511-2. Ver el interesante planteo de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” *LL*, 2006-F, 897; en parecida orientación es también de interés BARBARÁN, JOSEFINA, “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120, quien concluye que el cansancio del individuo, provocado por la administración, constituye también un vicio de la voluntad. El trasfondo de nuestra realidad lo explicamos, entre otros lugares, en nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102, Buenos Aires, Rap, 2007, y sus referencias. Disponible gratuitamente en www.respublicaargentina.com

²⁹⁴ OBERMAYER, *op. loc. cit.* FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., pp. 171-3, analiza el supuesto del temor reverencial y concluye también en la nulidad si el vicio de la voluntad se demuestra.

²⁹⁵ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 125. En este punto, al igual que en el anterior, hemos revisado la opinión que sostuviéramos anteriormente y adherimos en consecuencia a la de OBERMAYER. Pensamos que actualmente es la que más se ajusta a una sociedad que tiene todavía un excesivo énfasis en la fuerza; el derecho, o al menos la doctrina, deben tomarlo en cuenta.

paranoicas, no solamente por el pasado sino también por el presente inmediato que nos toca vivir.

11.2.3. *Observaciones comunes*

La violencia o intimidación vicia la voluntad tanto si se ejerce sobre la persona o sobre los bienes, sea del mismo individuo o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. En todos los casos debe atenderse a la edad, sexo y condición de las personas, a fin de evaluar el temor que la amenaza haya podido producir en ellas.²⁹⁶

También es importante apreciar el clima general en el cual el acto particular de intimidación se produce. A mayor grado de seguridad general de los hombres y los bienes, mayor exigencia corresponde aplicar al juzgamiento de determinada amenaza sobre una persona, para poder resolver sobre la nulidad del acto. Inversamente, en un clima general de inseguridad, temor o incertidumbre, pueden realmente viciar la voluntad actos de intimidación que normalmente no producirían tal efecto. Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o en su caso de la caducidad. Pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación pero subsista el clima general de inseguridad. En este caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia; sujeto, por cierto, a que se acredite que efectivamente ha existido dicha intimidación. En los casos en que la intimidación es de público y notorio conocimiento, como lo ha sido el temor a perder vida y propiedades en un pasado reciente, se han dictado leyes dispensando la prescripción operada, en virtud de transacciones internacionales ante la Comisión IDH, caso *Birt*.²⁹⁷

11.3. *Simulación*

La simulación absoluta produce la nulidad del acto, según el art. 14, inc. a) del decreto-ley. Ahora bien, si por simulación absoluta ha de entenderse lo mismo que el art. 956 del Código Civil, se supondría no tanto que nos encontramos con algunos elementos simulados (la fecha o el lugar, para tomar los más típicos), sino que estamos ante la celebración de un acto jurídico que casi nada tiene de real.²⁹⁸ En esta línea de razonamiento, un autor sostiene que cabe aceptar “la licitud de ciertos actos administrativos disimulados, cuando razones de urgen-

²⁹⁶ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, p. 197.

²⁹⁷ El fallo local de aplicación es CSJN, *Birt*, LL, 1995-D, 294; *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 33-6, § 2; *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 108-110.

²⁹⁸ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 332.

cia e interés público tornan necesario acudir al expediente de la simulación,²⁹⁹ pero nos parece un poco extrema la aceptación formal de la simulación lícita en derecho público; más bien pareciera que la simulación, lo mismo que la inmaterialidad y la violencia o intimidación, debiera ser sancionada como regla con la nulidad del acto. La simulación puede en un extremo llegar al delito y acompañar otros vicios: sobre la base de facturas por prestaciones no realizadas, reconocer deudas o efectuar pagos que a su vez son simulados pues se comparten entre el funcionario y quien figura cobrando. El financiamiento político³⁰⁰ conoce algunas de estas estrategias que de tanto en tanto salen a la opinión pública: Hacer documentación falsa y sobre esa base reconocer gastos, erogaciones, reintegros aduaneros o cambiarios, etc. Muchas veces existen dudas sobre la realidad de la documentación y ante la posibilidad de que se trate de una operación inexistente, se prefiere denegar el pago donde antes se realizaba. La cuestión llega así a los estrados judiciales para dilucidar los hechos.

En otro extremo puede ocurrir que la simulación no tenga por objeto ni resultado vulnerar el ordenamiento jurídico ni por ende lesionar derechos de terceros, en cuyo caso puede llegar a ser intrascendente.³⁰¹ Una de las frecuentes simulaciones en este sentido, en la administración pública, es antedatar actos por simple demora burocrática en suscribirlos en tiempo conveniente u oportuno: Si con ello no se perjudican derechos de terceros ni se vulneran otras reglas jurídicas que la simple inexactitud material, quizás el defecto pueda ser objeto de dispensa. Pero debe tenerse mucho cuidado, pues se está desconociendo una norma expresa.³⁰² El criterio para admitir la simulación por fecha antedatada, suponiendo que se cumplió el plazo de validez de la notificación³⁰³ es allí el mismo de la retroactividad válida del acto.³⁰⁴ Se ha dicho en tales casos que “la voluntad individual tiene el fin de forzar la categoría del tiempo, de hacer [...] que un acto jurídico, además [o en lugar de] de producir sus propios efectos en el futuro, como normalmente sucede y debe suceder, produzca también efectos por el tiempo pasado, por el tiempo anterior a aquel en que el acto ha venido a la existencia, [como si] el acto

²⁹⁹ CASSAGNE, *El acto...*, op. cit., p. 279; *Derecho administrativo*, t. II, 1989, p. 195.

³⁰⁰ Ver nuestro art. “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004.

³⁰¹ Es la clásica solución del derecho civil francés, como lo recuerda RODRÍGUEZ PIÑERES, EDUARDO, “De la simulación en los contratos solemnes,” en el libro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, *Pensamiento jurídico colombiano. Libro del Centenario*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 215 y ss., 219. Un ejemplo de acto que se reputa por lo general válido a pesar de la simulación es la fecha, si ésta es la única simulación y no hay otro vicio en el acto: cap. X, § 3, “Lugar y fecha,” GARCÍA TREVILJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 343.

³⁰² Ver *infra*, cap. X, “Formalidades,” § 11.3.1.4, “Plazo para la notificación válida.” Ver también *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación,” cap. VIII, § 14, “Competencia en razón del tiempo.”

³⁰³ Diez días, según explicamos en el § 11.3.1.4 del cap. X.

³⁰⁴ Ver PERRONE CAPANO, RENATO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1963, 2ª ed., p. 2.

o negocio jurídico hubiese tenido nacimiento en un momento anterior;” “al cual son atribuidos efectos por un tiempo anterior al de su constitución.”³⁰⁵ Es “acción regresiva, en orden al tiempo; extensión de la operatividad jurídica al pasado, producción de consecuencias jurídicas por un tiempo transcurrido.”³⁰⁶ La similitud material de los efectos de la retroactividad y la ficción³⁰⁷ o la simulación de una fecha pasada ha dado lugar a muchas dudas en el derecho administrativo. En el derecho privado el antedatado³⁰⁸ se admite “al arbitrio de las partes sobre derechos disponibles salvo los derechos de terceros.”³⁰⁹ En el derecho administrativo su límite (lo cual es su admisión de principio) es que no pueden crearse *a posteriori* derechos u obligaciones que no hubieran podido hacerse a la fecha que el acto consigna,³¹⁰ ni superar “el obstáculo sustancial que en el pasado no era existente el hecho que produce las consecuencias jurídicas o [...] la condición objetiva para que ellas pudieran surgir.”³¹¹ Así una designación antedatada (o retroactiva) en la función pública o un contrato temporal antedatado (o retroactivo), no pueden suplir la real prestación de servicios ni crear una “simulada eficacia de la relación de empleo en el pasado.”³¹² Si bien se admite la simulación de la fecha o retroactividad, ello es a condición que exista un sustrato real a la fecha respecto de la cual se desea que se produzcan los efectos jurídicos; “una situación de hecho real, la cual debe tener [o haber tenido] efectiva existencia;” pues no está “en el poder de la voluntad superar el obstáculo derivado de la inexistencia en el pasado del hecho productor de consecuencias jurídicas.”³¹³

Hay tipologías muy complejas de simulación en serie que deben ser analizadas caso por caso. Se trata de los *ñoquis* en el *argot* administrativo local; se pagan salarios o se efectúan donaciones, subsidios, subvenciones, etc., a personas que no prestan las funciones de que se trata o no son los destinatarios reales del acto. En el último caso suele ser una forma de corrupción, de fácil categorización teórica si se logra establecer los hechos mediante prueba idónea.

Pero hay toda una gama de situaciones que llega hasta la simple exasperación por resolver un problema que debiera ser conceptualmente simple pero deviene de compleja solución frontal. En cualquier país del mundo existen previsiones presupuestarias para atender los gastos de oficina de los ex presidentes. En el nuestro, en cambio, se ha llegado a hacer figurar como empleada del Senado a la secretaria efectiva y actual de un ex-presidente que trabaja en las oficinas de

³⁰⁵ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁶ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁷ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, pp. 24-5, quien aclara que la ficción no tiene el fin de “instituir la simulación de la realidad, de crear una existencia aparente del hecho o del acto en el tiempo en el cual no existía” (p. 25).

³⁰⁸ *Retrodatazione; Rückdatierung.*

³⁰⁹ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 27.

³¹⁰ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 33, pero parece expresar la idea opuesta.

³¹¹ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 34.

³¹² PERRONE CAPANO, *op. cit.*, pp. 34-5.

³¹³ PERRONE CAPANO, *op. cit.*, p. 36.

éste. Otras veces ocurre que actividades públicas por su naturaleza se financian a través de aportes estatales a fundaciones que luego efectúan los pagos o prestan los servicios; típicamente, como oficinas en algún modo públicas de ex funcionarios destacados o figuras de la política en los interregnos en que no están en la función pública.

En esta riquísima variedad³¹⁴ se puede pasar de la simulación inocente y válida a los casos dudosos y por fin al delito. Uno de los que genera interrogantes de esta índole es integrar el sueldo más los gastos de un funcionario con la disponibilidad de un número de contratos o designaciones bajo su exclusivo control. El funcionario designa o contrata, dentro del límite presupuestario asignado, sea a asesores reales o a personas que solamente figuran en plantilla y cuyos emolumentos se pagan y luego se pierden en una zona de misterio. A veces, más que mecanismos corruptos, son mecanismos paralelos, que hace ya tanto tiempo señalamos.³¹⁵ Los ejemplos cambian, el parasistema queda. La simulación también debería provocar la nulidad cuando aparece en la práctica para desvirtuar u obviar alguna norma legal: si una ley autoriza a la administración a prescindir de agentes hasta determinada fecha, es posible que se dicten actos posteriores de prescindibilidad y aparezcan antedatados;³¹⁶ si se introduce una nueva norma restrictiva de contrataciones de algún tipo, se antedatan los contratos; si se necesita determinado tipo de agentes y no hay vacantes, etc., se los nombra en otras; se designan o contratan funcionarios para funciones que no van a ser cumplidas, etc.

11.3.1. *Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad*³¹⁷

La simulación de la fecha es también importante si va unida a una limitación temporal para el ejercicio de una competencia. En ese caso la simulación importa también incompetencia *ratione temporis* y el vicio se agrava. En ese ejemplo es un vicio muy frecuente en la práctica administrativa, aunque difícil de probar; por ello es que nos parece irreal interpretar que lo que importa es que el acto haya sido supuestamente firmado en la fecha en que debió haberlo sido, aunque haya sido notificado después, p. ej. después de haber perdido vigencia la norma que facultaba al órgano a emitirlo. En tales casos es claro que el acto no se firmó oportunamente y que la tardía notificación no es sino una forma de ocultar la igualmente tardía, pero simuladamente oportuna, suscripción del acto. Ayudan a esa jurisprudencia las doctrinas que insisten en distinguir entre validez

³¹⁴ Hay más, por cierto. Algunas son comportamientos que no se traducen en actos: *supra*, t. 2, cap. X, "El procedimiento administrativo en la práctica" y nota 10.2.

³¹⁵ Ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001.

³¹⁶ Ha sido muy frecuente y los tribunales no han considerado indicio suficiente que la notificación se realizara meses después de vencido el plazo legal.

³¹⁷ *Retrodatazione e retroattività; Rückdatierung und Rückwirkung.*

(existencia: el acto firmado pero no notificado) y eficacia del acto (a partir de su notificación), como si pudiera existir norma jurídica alguna que fuera válida pero no eficaz. La norma que no produce efectos jurídicos porque no ha nacido al mundo externo no es una norma jurídica. Esa doctrina ayuda a la simulación como práctica administrativa, lo que ciertamente no parece congruente con los principios que debiera tener la administración de un Estado de derecho.

El caso de la ley sancionada por el Congreso pero aún no promulgada y publicada, es claro. No se debería poder decir que esa ley existe, que es válida pero no es eficaz porque le falta la promulgación y publicación.³¹⁸ Es claro que la ley sale o nace al mundo jurídico recién luego de la publicación. No se advierte cómo puede adoptarse una solución tan radicalmente diferente para el acto administrativo individual, siendo por lo demás tan disvaliosas las consecuencias que así se producen.

Como la eventual simulación, muchas veces fácilmente adivinable, no puede ser probada, la supuesta fecha de emisión quedará en pie y con ella la pretendida validez del acto. Por ello ya indicamos en su lugar³¹⁹ que es preferible y más lógico considerar que el acto recién nace al mundo jurídico cuando es apto para producir efectos jurídicos directos, lo cual obviamente jamás ocurre antes de que el acto haya sido notificado.³²⁰ La prevalente tesitura contraria, de sostener que el acto existe pero no es eficaz cuando está “dictado” pero no está aún notificado, favorece así, a nuestro modo de ver, la práctica administrativa de simular las fechas de sus actos. Ahora bien, sin perjuicio de tratar de elaborar y sostener la tesis que objetivamente pueda mejor asegurar la legitimidad del acto administrativo, como hacemos en materia de fecha real o presunta de emisión y fecha real de notificación, de todos modos la prueba de que ha existido simulación debería igualmente ser sancionada con la nulidad del acto. Pero nuestro derecho administrativo no funciona así.³²¹

11.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios

La simulación se parece al dolo en que es conducta artera o maliciosa; a diferencia del error, no es producto de la negligencia o del descuido, sino de la perversidad o de la mal entendida *viveza*. Se emparentó así con la desviación de poder, la mala

³¹⁸No se debería, pero se dice hasta por sentencias de la CSJN. Ver nuestro art. “La promulgación y publicación de las leyes,” *Derecho del Trabajo*, año XXIX, n° 10, Buenos Aires, 1969, p. 595 y ss., cuyo razonamiento estimamos plenamente vigente.

³¹⁹*Infra*, cap. X, § 10, “Formas de publicidad” y sig., y nota 177.

³²⁰Reservar el nombre de acto administrativo *eficaz* para el que produce efectos jurídicos porque ha sido notificado y el de “válido pero no eficaz” para el que no ha sido notificado, nos parece impropio. Acto administrativo, si por esto damos una noción jurídica, sólo puede ser denominado aquel acto que precisamente es eficaz, es apto para producir efectos jurídicos directos por sí sólo; el acto no eficaz en derecho, el acto que por sí sólo no produce efectos jurídicos propios, no justifica denominarlo bajo un concepto que evoca necesariamente su calidad de acto que introduce una modificación a los derechos o deberes de sujetos de derecho.

³²¹Nos remitimos una vez más a la “Introducción” de este vol. y al t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.”

fe, la inmoralidad administrativa. Por estos motivos creemos que debe tenerse a su respecto un criterio amplio en cuanto a la admisión de medios probatorios, que deben serlo todos, incluso los indiciarios.³²²

11.3.3. *La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos*

La importancia de la simulación, en tanto enunciación de fechas falsas, personas interpuestas, apariencias engañosas, etc., debe también valorarse en relación al carácter de instrumento público que generalmente se reconoce a las actuaciones administrativas.³²³ Si el orden jurídico reconoce al instrumento administrativo el carácter de instrumento público, al menos con el alcance de dar fe pública de su fecha, firma y otorgamiento, pareciera que esa *fe pública* que la norma le atribuye debe estar respaldada por la sanción no sólo personal para el funcionario falaz, sino también para la administración, en la nulidad del acto. No creemos que sea coherente, en consecuencia, atribuir dicho carácter de instrumento público a los actos administrativos con el efecto de dar certeza en primer lugar a su fecha y simultáneamente permitir en forma lata la simulación precisamente de tal fecha sin sanción de nulidad.³²⁴ La administración, al simular cotidianamente la fecha de sus actos, porque se ha arraigado el hábito de antedatarlos, muestra con su propia conducta que carece de sustento fáctico considerar a sus actos como instrumentos públicos.

11.3.4. *Morosidad y simulación administrativa*

Un último supuesto a considerar es aquel en que la simulación tiene por objeto ocultar la demora en resolver. En vez de decidir algo en forma retroactiva se opta por poner una fecha anterior a la real, de modo tal que el efecto se produce de hecho retroactivamente,³²⁵ pero sin que quede constancia que el acto no se dictó oportunamente sino en una fecha ulterior. Es pues una forma de no dejar más huellas de la lentitud del trámite, que impidió hacer las cosas en el momento en que se supone debieran haberlo sido. Es bastante frecuente, por razones que sólo un sociólogo o psicólogo institucional sabría explicar. Su misma frecuencia y relativa “normalidad” hace que no se dicten nulidades por este motivo, en sede administrativa ni judicial y que nadie se pregunte siquiera por qué los actos se firman más tarde de lo que se suponía era lo debido.

Lo curioso es que la morosa administración es la más pronta a invocar la urgencia en sus procedimientos...³²⁶

³²² Ver *supra*, § 7, “Arbitrariedad.”

³²³ *Supra*, cap. VII, § 4, “La «plena fe» del instrumento público y el acto administrativo.” En contra, CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, cap. VI, § 15: “El acto administrativo y su condición instrumental.”

³²⁴ La contradicción, nos parece, es insuperable.

³²⁵ Es la solución del *Tartufo* de MOLIÈRE: *Le scandale du monde/ est ce que fait l'offense/ et ce n'est pas pêcher/ que pêcher en silence.*

³²⁶ Ver “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. VI.