

CAPÍTULO IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

SUMARIO

I. <i>Elementos y vicios del acto administrativo</i>	295
1. Elementos del acto administrativo	295
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación.....	296
3. Vicios y nulidades	297
II. <i>Vicios del objeto</i>	298
4. Objeto prohibido.....	298
5. Objeto violatorio de facultades regladas	299
6. Imprecisión u oscuridad	300
7. Imposibilidad de hecho.....	301
8. Irrazonabilidad	302
8.1. La contradicción del acto.....	302
8.2. La falta de proporcionalidad	303
8.3. La absurdidad del objeto	304
9. Inmoralidad.....	306
9.1. La ley inmoral.....	307
9.2. El acto inmoral.....	308
10. Cuadro comparativo de los vicios del objeto.....	309
III. <i>Competencia</i>	310
11. Competencia en razón del grado.....	310
11.1. Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano	310
11.2. Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.....	312
12. Competencia en razón de la materia	312

12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales.....	312
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas	313
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos.....	313
13. Competencia en razón del territorio.....	313
14. Competencia en razón del tiempo.....	314
15. Cuadro comparativo de los vicios de la competencia	315
IV. <i>Vicios de la voluntad</i>	315
A) Vicios de tipo objetivo	315
16. Concepto de voluntad	315
17. Enumeración de los vicios de la voluntad	316
18. Vicios en el origen de la voluntad	317
18.1. Funcionario de hecho.....	317
18.2. Usurpador	318
19. Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.....	319
19.1. Defensa en juicio.....	319
19.2. Licitación pública.....	320
19.3. Concurso u oposición	320
19.4. Dictamen o trámite sustancial.....	320
19.5. Otros vicios de procedimiento	322
20. Vicios en la emisión de la voluntad	322
20.1. Actos simples dictados por órganos colegiados	323
20.2. Actos que requieren autorización	323
20.3. Actos que requieren aprobación.....	324
21. Gráfico comparativo de los vicios objetivos	326
B) Vicios de tipo subjetivo	327
22. Desviación de poder.....	327
22.1. Noción y fundamento conceptual.....	327
22.2. Fundamento legal y antecedentes	327
22.3. Casos de desviación de poder.....	328
22.3.1. El funcionario actúa con una finalidad personal	328
22.3.2. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.....	328
22.3.3. El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración	329
22.4. Aspectos probatorios.....	329
23. Arbitrariedad	329
24. Distintos casos de arbitrariedad.....	331
24.1. Actos que omiten decidir	332
24.2. Decisiones que prescinden de los hechos.....	333

24.3. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria o cometen un total e inexcusable error de derecho	334
24.4. Actos ilógicamente motivados	336
24.4.1. “Falacias no formales”	336
24.4.2. “Falacias formales”	338
24.5. Otras hipótesis	340
25. Diferencia entre “arbitrariedad” y el vicio tradicional de “violación de la ley”	340
26. Error	341
26.1. El error como causal de nulidad	341
26.2. Errores de menor gravedad	342
26.3. Acerca del llamado “error de derecho”	342
27. Dolo, violencia, simulación	343
27.1. Dolo	343
27.1.1. Dolo del administrado	343
27.1.2. Dolo del funcionario	343
27.1.3. Dolo del administrado y del funcionario	344
27.2. Violencia o intimidación	344
27.2.1. Violencia sobre el administrado	344
27.2.2. Violencia sobre el funcionario	344
27.2.3. Observaciones comunes	344
27.3. Simulación	345
27.3.1. Ejemplos	345
27.3.2. Aspectos probatorios. Relación con otros vicios	346
27.3.3. La simulación de los actos administrativos y su pretendido carácter de instrumentos públicos	346
28. Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad	347
V. <i>Vicios de forma</i>	348
A) Formas de instrumentación y publicidad	348
29. Concepto	348
30. La forma escrita	349
31. La fecha	349
32. El número	350
33. El órgano y entidad de que emana el acto	350
34. La motivación	351
34.1. Concepto	351
34.2. Fundamentos	352
34.3. Consecuencias de su omisión	352
34.4. Requisitos de una motivación suficiente	352
34.5. La motivación previa, concomitante y ulterior	353

35. Parte dispositiva o resolutive	354
36. La firma del acto.....	355
37. Otras formas de instrumentación.....	356
37.1. Forma oral.....	356
37.2. Signos.....	357
37.3. Actos tácitos.....	358
37.4. El silencio.....	358
38. Formas de publicidad	359
39. Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación	360
40. Gráfico comparativo de los vicios de forma	362
B) Otros criterios relativos a la forma. Crítica.....	363
41. La forma y la expresión de la voluntad	363
42. Crítica de la distinción entre formas “ad substantiam” y “ad probationem”	364
43. Crítica de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales”.....	365
43.1. El criterio doctrinario y legal	365
43.2. Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales.....	367
43.3. Casos de nulidad por violación de formas no esenciales	367
44. Crítica de la distinción entre forma y formalidad.....	368
45. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo... ..	369

Capítulo IX

VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA

I. Elementos y vicios del acto administrativo

1. Elementos del acto administrativo

El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad, y con ellos los posibles vicios que los pueden afectar; por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos, simultáneamente, los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán.

¿Cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo? En el fallo ya tan comentado de la Corte Suprema en materia de nulidades,¹ ésta dijo que eran tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio del error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema pueden señalarse cuatro elementos esenciales del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.² Esa es, a nuestro juicio, la formulación más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores —particularmente en la voluntad del acto administrativo.³

El desacuerdo doctrinario respecto a las hipótesis que habrán de incluirse dentro de uno y otro elemento es grande; pero en el fondo es un mero problema de denominación: Una misma irregularidad del acto será para algunos vicios de voluntad, para otros vicios de forma, para un tercer vicio en el objeto... pero el vicio y la calificación del mismo en cuanto a las consecuencias jurídicas que comporta se mantiene análogo, en lo fundamental, a través de las distintas denominaciones. O, lo que es lo mismo, las discrepancias que puedan existir no están determinadas por la denominación que se haga del elemento respectivo.

¹ *Los Lagos, S. A. Ganadera c/Gobierno Nacional*, 1941, *Fallos*, 190: 142.

² En igual sentido, DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 159.

³ Confr. ZANOBINI, t. I, *op. cit.*, 8ª ed., p. 247 y ss.

Por ello, la cuestión no tiene, en definitiva, sino una importancia didáctica y metodológica, y la bondad del sistema que se exponga dependerá en buena medida de su claridad.

El criterio didáctico elegido por los autores del decreto-ley 19.549/72 fue el siguiente: Enumerar en el art. 7° como “requisitos esenciales” (sin entrar, pues, en la discusión de cuáles son o no los “elementos” del acto) la *competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, fin*; en el art. 8° se hace referencia a la forma (también en el 11° y concordantes); por último, en el art. 14, al referirse a las nulidades del acto administrativo, se mencionan las derivadas de los típicos y tradicionales vicios de la *voluntad* (error, dolo, violencia, simulación), haciéndose por lo demás mención expresa a la carencia de “voluntad” como vicio del acto. En la metodología un poco deshilvanada del decreto-ley, pues, aparecen mencionados sucesivamente: 1°) competencia, 2°) causa, 3°) objeto, 4°) procedimiento, 5°) motivación, 6°) fin, 7°) forma, 8°) voluntad.

Si el decreto-ley hubiera adoptado esta posible clasificación de elementos del acto administrativo en forma sistemática no habría inconveniente de orden lógico en utilizarla también a los efectos de su explicación metodológica; pero ocurre que, como se advierte, el orden y la hilación de tales elementos no es en realidad demasiado feliz, pecando en primer lugar por una demasiada extensa enumeración de requisitos. El fin, por ejemplo, puede claramente subsumirse en la voluntad, y el procedimiento en la forma. A su vez, la motivación del acto puede incluirse tanto dentro de la forma como de la voluntad, sin que ninguna razón de orden explicativo justifique su mención autónoma. En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general se han formulado a su corrección conceptual⁴ y no parece oportuno insistir en ella.

Todo esto no quiere decir, por supuesto, que los mentados requisitos que la ley contiene dejen de ser aplicados o explicados: Significa tan sólo que su tratamiento se hará en el lugar estimado por nosotros metodológicamente oportuno. En este sentido, adelantamos desde ya que lo atinente a la causa y al fin del acto lo analizaremos en parte dentro del tema referente a la voluntad, sin perjuicio de mencionarla nuevamente al tratar de la forma del acto.

2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación

En virtud de lo dicho, hemos tratado de subsumir todos los posibles tipos de vicios del acto administrativo en uno u otro de los elementos citados —competencia, voluntad, objeto, forma—, porque hemos creído que agregar nuevos elementos, aunque pueda parecer lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la retención de los distintos elementos y vicios.

⁴ Por ejemplo, LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 263-265.

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que podrían con soltura constituir casos autónomos de vicios; y que los elementos del acto, así considerados, son tal vez algo elásticos. Sin embargo, es de hacer notar que no por ello variará el régimen jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no de *una confrontación teórica con los elementos que deba tener* el acto (para afirmar entonces que si falta alguno es jurídicamente posible decir que está viciado), *sino con los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico*; en otros términos, el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un *elemento* que teóricamente pueda considerarse pertinente, *sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico* que signifique el requisito concretamente violado. La doctrina, pues, no habrá de dar opinión acerca de si el acto es “nulo,” “anulable,” o “inexistente,” porque falte o esté viciado un “elemento esencial” del acto (aunque muchos autores hacen esta argumentación), sino en base a la importancia que concretamente tenga en el caso el vicio de que se trata.

Si bien ya expresamos que la consecuencia jurídica que corresponde asignar al acto no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso concreto tenga el vicio cometido,⁵ existe con todo, por lo general, una mayor importancia en los vicios relacionados al *objeto* y a la *competencia* del acto, en ese orden, y en segundo lugar los vicios de la *voluntad* y de *forma*. Es interesante destacar que los vicios que usualmente son de menos trascendencia, tales como los vicios de forma y los vicios de tipo subjetivo de la voluntad (desviación de poder, mala fe), son sin embargo los que a veces reciben más énfasis de los recurrentes, en detrimento de la mejor fundamentación de sus recursos; normalmente, pues, debe atribuirse más importancia a los vicios de tipo objetivo de la voluntad, luego por los de tipo subjetivo y finalmente por los de forma. Esto en muchos casos; en cada situación concreta deberá analizarse cuáles son los vicios realmente cometidos, y dentro de ellos cuáles los que revisten mayor trascendencia.

3. Vicios y nulidades

Existen tres categorías fundamentales de consecuencias que puede corresponder aplicar a los actos, según el vicio de que padezcan. Tales consecuencias las denominaremos “anulabilidad” (en igual terminología, los arts. 15 y 19 del decreto-ley; se trata de la llamada “nulidad relativa” en la terminología de la Corte Suprema), “nulidad” (“nulidad absoluta” en las palabras de la Corte)⁶ e “inexistencia,” caracterizadas sumariamente como insanables e imprescriptibles la segunda y

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 528. Confr. VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 85. Siguen este criterio DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 311, y otros. Por aplicación del mismo criterio, existen irregularidades no invalidantes: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 548.

⁶ La terminología que propusimos en la anterior edición, y que aquí reiteramos, ha sido también seguida por la Corte de Justicia de Salta, Sala II, *LL*, 120: 559 y ss., 561, *Batule*, 1965.

tercera, a diferencia de la primera (subsana el vicio y prescriptible la acción para impugnar el acto), y como dotada de presunción de legitimidad la primera. (No así la segunda y la tercera.)⁷

Pues bien, según la gravedad del vicio corresponderá aplicar uno u otro tipo de consecuencias, pero dado que la legislación administrativa no ha podido sistemáticamente enunciar todos los vicios de que puede adolecer un acto, ni cuáles son las consecuencias que corresponderá aplicar en cada caso, la distinción entre uno y otro tipo de vicios y la determinación de su gravedad es un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.⁸ Sólo se pueden enunciar aquí criterios generales, emanados en parte de la práctica jurisprudencial, en parte de principios expresos o implícitos del ordenamiento jurídico vigente, y orientados en general por un criterio de política jurídica,⁹ pero no se pueden sentar reglas absolutas,¹⁰ ni siquiera en los casos en que la legislación ha querido intentarlo.

II. Vicios del objeto

4. Objeto prohibido

El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina. Puede estar viciado: *a)* Por ser prohibido por la ley; *b)* por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquel en que ha sido dictado (apartamiento de las facultades regladas); *c)* por ser impreciso u obscuro; *d)* por ser imposible de hecho; *e)* por ser irrazonable (contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico); *f)* por ser inmoral o no ético.

La prohibición del objeto la tomamos en el sentido de objeto ilícito, es decir, jurídicamente imposible; la orden de cometer un delito¹¹ es así el ejemplo más claro de acto nulo por ilicitud del objeto; pero también se comprenden aquí todos los casos en que el objeto del acto resulta lesivo de los derechos individuales de los habitantes.

La ilegitimidad del objeto puede resultar no sólo de la violación de la ley o la Constitución, sino también de la violación de un reglamento,¹² de una circular

Por lo demás, ha de observarse que es la terminología usual en derecho administrativo, en la doctrina comparada. El decreto-ley, por su parte, habla en el art. 14 del acto "nulo, de nulidad absoluta e insanable;" en el art. 16 de su "nulidad;" en el art. 17 de su "nulidad absoluta;" en el 20, del acto "nulo." En general, como se advierte, los términos son análogos.

⁷ Ampliar en el *Tratado*, t. 3, cap. XI.

⁸ En igual sentido FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 314; Corte de Justicia de Salta, caso *Batule* (1965), *cit.*, p. 561.

⁹ Ver las referencias en la nota anterior.

¹⁰ Confr. VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 85.

¹¹ Ampliar y comparar en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 522-3.

¹² Según lo explicamos en el *Tratado*, t. 1, cap. V, n°17.

“interna,”¹³ de una disposición contractual vigente,¹⁴ de un acto administrativo anterior que gozaba de estabilidad,¹⁵ etc. Todos estos diversos supuestos están subsumidos en el decreto-ley 19.549/72 bajo una expresión común: “violación de la ley aplicable.” (Art. 14, inc. b).

El vicio de violación de la ley —*lato sensu*— en el objeto del acto, es normalmente causal de nulidad,¹⁶ por cuanto se trata de una transgresión usualmente clara y manifiesta al ordenamiento jurídico. De cualquier manera, se trata de un vicio cuya enunciación genérica puede resultar demasiado amplia, por lo cual preferimos distinguir, como lo hacemos en los acápites siguientes, distintos supuestos de objeto ilegal del acto administrativo.

5. Objeto violatorio de facultades regladas¹⁷

Si la ley (en sentido lato) dispone que un objeto determinado habrá de dictarse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto si a) se dicta ese objeto del acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley, como b) si ante la situación de hecho prevista por la ley, se dicta un distinto objeto del determinado por ella.¹⁸

a) El objeto del acto puede estar autorizado, *pero para circunstancias de hecho diversas*; y así una declaración de estado de sitio hecha por el Poder Ejecutivo por conmoción interna, *estando reunido el Congreso*, es nula; una declaración de estado de sitio dispuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, *cuando no hay ataque exterior*, es nula; la cesantía de un funcionario público, no dándose las causales previstas por la ley, es nula;

b) el objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido o autorizado por la ley*; y será nulo, por lo tanto, el acto que aplique una multa, o la obligación de trabajar horas extras, a un agente que ha sido negligente en sus tareas, pues no son ésas las sanciones previstas en la ley; o el profesor que castiga la indisciplina con una nota baja, pues no es ésa la sanción para castigar la indisciplina, etc.

En consecuencia, toda vez que el orden jurídico exija determinadas condiciones de hecho (ejemplo: Irregular cumplimiento de la función) para que un acto pueda ser dictado (en el ejemplo: Para la aplicación de sanciones disciplinarias al funcionario público), estará viciado el acto que aplique, en el caso, la sanción

¹³ Lo hemos desarrollado en el *Tratado*, t. 2, cap. XXI, punto 9.2, por aplicación del art. 1112 del Código Civil; en ausencia de norma, la doctrina se suele manifestar en contra de este criterio, ZANOBINI, *op. cit.*, p. 317.

¹⁴ CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1963, 6ª ed., p. 258.

¹⁵ *Tratado*, t. 3, cap. VI.

¹⁶ SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, t. I, México, 1974, 6ª ed., p. 351.

¹⁷ Sobre este concepto ver *Tratado*, t. 1, cap. VIII, n° 10-13.

¹⁸ En sentido similar, HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 745, quien agrega una tercera variante, en que el administrador valora equivocadamente una situación de hecho realmente existente; pero pensamos que ese caso se subsume en el primero.

disciplinaria *no habiendo irregular cumplimiento de la función, o aplique otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley.* (Por ejemplo, que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le dé trabajo para que lo haga en su casa, etc.: Dado que esas sanciones no son las previstas por la ley para la situación de hecho contemplada, el acto es nulo.)¹⁹

Desde luego, para que este tipo de vicio en el objeto del acto se produzca, es necesario que exista una facultad reglada de la administración: Una norma que haya predeterminado concretamente qué era lo que debía hacer el administrador. En ausencia de esa norma concreta, la facultad será discrecional y el posible vicio habrá de buscarse en otro aspecto o elemento del acto.

Así, por ejemplo, en la prórroga de sesiones extraordinarias, la Constitución exige que ella sea dictada “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.” Formulación ésta demasiado amplia como para poder sostenerse que es un requisito de hecho que la Constitución exige regladamente al Poder Ejecutivo; en tal caso sólo podrá hablarse de un límite a las facultades discrecionales.

Sin embargo, la conclusión de que se ha ejercido una facultad discrecional no debe ser dada sino después de una detenida meditación, pues hasta en la norma más pequeña y aparentemente vacua puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el presidente de la Nación “por sí sólo en el campo de batalla” (art. 88, inc. 16) será nulo si no ha habido *batalla* alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

6. Imprecisión u oscuridad

La imprecisión u oscuridad del objeto hace también defectuoso al acto: El objeto del acto debe, pues, ser “cierto,” como expresa el art. 7º, inc. c) del decreto-ley; el acto será inválido si resulta incierto, ambiguo o indeterminable en cuanto a qué especie de acto es, o a en qué tiempo o lugar habrá de producir sus efectos.²⁰

Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad importante y que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan sólo un aspecto secundario del acto, entonces éste no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resultará válido.²¹

¹⁹Ver Suprema Corte de Buenos Aires, *Acuña*, 1965, *LL*, 118: 250: Nulidad del acto por aplicación de sanción no prevista en la ley respectiva.

²⁰GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522; CAETANO, *op. cit.*, p. 247; CRETTELLA, JUNIOR, *op. cit.*, t. II, p. 158; WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731; OBERMAYER, *op. cit.*, p. 75; Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, 1967, *JA*, 1968-1, p. 765 y ss., punto B y p. 772

²¹Sabido es, en efecto, que por aplicación del art. 1039 del C.C. la nulidad parcial de un acto no perjudica a las otras disposiciones válidas del mismo, siempre que sean separables. Comp. PTN, *Dictámenes*, 71: 297.

En el derecho administrativo la misma regla ha resultado consagrada en el art. 16 del decreto-ley 19.549/72, donde se determina que “la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido.” Lo mismo es aplicable cuando, no tratándose de una cláusula “accidental o accesorio,” de todos modos se trata de una cláusula separable.

Además, la oscuridad debe ser insanable o insuperable. En consecuencia, si con un poco de buena voluntad, relejendo el acto, relacionándolo con sus fundamentos o sus antecedentes, y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación, es posible encontrar el sentido del mismo a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer, entendemos que el acto es igualmente *válido*; sólo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable²² permita superar la oscuridad o imprecisión del acto, podrá considerarse que el mismo es inválido, y en tal caso el acto será inexistente.

No podrá decirse que el acto tenga, a pesar de su oscuridad, presunción de legitimidad y, consecuentemente, exista la obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende: El acto simplemente no es de ejecución posible;²³ por lo tanto, aun si se asignara a la nulidad absoluta el carácter de presuntamente legítima y obligatoria, no queda otro camino que considerar a este tipo de acto como inexistente. A su vez, si el acto deja margen a dudas sin ser totalmente incomprensible, esa duda juega en favor del administrado por el principio del error excusable.²⁴

7. Imposibilidad de hecho

El art. 7º, inc. c) del decreto-ley 19.549/72 dispone que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible;” siguiendo a WOLFF²⁵ creemos que en materia de posibilidad o imposibilidad de hecho, cabe distinguir tres hipótesis, dos de las cuales se refieren a la imposibilidad de hecho de tipo material; y una tercera a una eventual imposibilidad por falta de sustrato jurídico.²⁶

7.1. *Por falta de sustrato personal*: El nombramiento como magistrado judicial, o como empleado administrativo, de una persona fallecida;²⁷ un acto estableciendo una obligación de tipo personal (por ejemplo: Sanciones administrativas de inhabilitación, suspensión, etc.), es imposible de hecho si se dicta después del fallecimiento de la persona obligada por el acto.²⁸

²² No, pues, “un verdadero esfuerzo dialéctico,” como expresa acertadamente la Corte Suprema de Mendoza, *JA*, 1968-1, p. 768, *op. cit.*

²³ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 304; WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

²⁴ FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

²⁵ WOLFF, *op. cit.*, p. 338; en igual sentido GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 324 y 373; comparar OBERMAYER, *op. loc. cit.*; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

²⁶ En todos los casos, debe tratarse de una imposibilidad originaria, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522.

²⁷ Con todo, a veces se presentan casos en que aparentemente el acto se refiere válidamente a una persona fallecida, como en los ascensos *post mortem* que se dan en las fuerzas de seguridad a aquellos agentes muertos en actos de servicio; pero allí el significado del acto es en verdad el de conceder válidamente una pensión superior a los deudos y reconocer moralmente ante la comunidad el sacrificio del agente. Estrictamente, como es obvio, no hay en verdad un ascenso.

²⁸ HUBER, *op. cit.*, pp. 732-3.

7.2. *Por falta de sustrato material*: Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, o ha desaparecido; o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

7.3. *Por falta de sustrato jurídico*: Revocación de un acto administrativo ya anulado; nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados; aplicación de una sanción disciplinaria a quien ya no es funcionario público;²⁹ actos referidos a personas jurídicas ya extinguidas como tales, o a actos privados absolutamente nulos.³⁰

En todos los casos de imposibilidad de hecho el acto es, a nuestro juicio, inexistente.³¹

8. Irrazonabilidad

La irrazonabilidad también es un vicio del acto, aunque bajo este concepto se incluyen muy diversas hipótesis, varias de las cuales corresponden, a su vez, a los *vicios de la voluntad* del acto, que más adelante explicaremos. Con todo, podemos indicar aquí los siguientes supuestos:

8.1. La contradicción del acto

La contradicción del acto,³² en cuanto resuelva cosas que son antitéticas, o disponga en la parte resolutive lo contrario de lo que en los considerandos expresaba.³³

La contradicción es, a nuestro modo de ver, un caso típico e insanable de irrazonabilidad, como que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción. Tan irrazonable, por contradictorio consigo mismo, es el acto que explica y fundamenta una solución en los considerandos, y adopta la contraria en la parte resolutive, como el acto que en su propio articulado enuncia proposiciones o decisiones contradictorias. Por ello, no nos parecen sostenibles las conclusiones de RIGAUD en el caso de *Sieurs Blanc et Truchet* (1965), del Consejo de Estado de Francia, en que se sostuvo que una contradicción en un decreto no lo vicia a menos que lo haga absolutamente inaplicable, pues un artículo puede derogar al otro;³⁴ por el contrario, y aun tomando ese argumento, en caso de contradicción

²⁹ Este caso se ha dado varias veces, considerándose en tales situaciones que el acto era nulo. Corte Suprema, *Magallanes*, 1961, *Fallos*, 251: 368 y 374; *Paz*, 1962, 254: 88; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 1963-VI, p. 72; 1966-IV, p. 41, *Pascali*, 1966.

³⁰ HUBER, *op. cit.*, pp. 732 y 736.

³¹ "Normalmente, la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno." GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 522.

³² WOLFF, *op. cit.*, p. 340; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 10; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

³³ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 313; DE VALLES, *op. cit.*, p. 171; CAMMEO, *op. cit.*, p. 606; LANDI POTENZA, *op. cit.*, p. 265; DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 409.

³⁴ Ver revista *L'Actualité Juridique*, "Droit Administratif," n° 10, París, 1965, p. 529 y ss., donde se publica el *affaire* mencionado.

sólo puede razonablemente entenderse que los artículos contrapuestos *se derogán mutuamente*.³⁵ Siendo ambos artículos simultáneos en el tiempo (pues no se pensará, ciertamente, que los últimos artículos son posteriores en el tiempo a los primeros...: Todo el acto se dicta junto, se firma junto y se da a publicidad junto), y pensando en un posible efecto derogatorio de uno sobre otro, su igual jerarquía y coincidencia temporal llevan necesariamente a la conclusión de que ambos se derogán recíprocamente y el acto es inexistente en esa parte.

Lo expuesto, desde luego, se refiere a los actos administrativos en sentido estricto (unilaterales e individuales), ya que si un mismo acto contiene una disposición general en determinado sentido, y una disposición particular en sentido contrario, no existe en verdad contradicción alguna, sino que hay una norma general y una excepción, para el caso particular, a la norma general: Allí el acto es válido en ambos aspectos, y no se produce tampoco el vicio de apartamiento de una norma general,³⁶ pues la norma general nace ya con la excepción de referencia.

8.2. *La falta de proporcionalidad*

La falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta, etc., tornan nulo el acto.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido “que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.”³⁷ También el Código Civil, en su nuevo art. 954, permite obtener la anulación de los actos jurídicos en los cuales una de las partes tuviera “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada,” lo cual muestra la vigencia de un principio general contrario a los actos carentes de proporcionalidad.³⁸

La consagración legal expresa en el derecho administrativo del principio enunciado la encontramos en el art. 7º, inc. f), del decreto-ley 19.549/72, donde se expresa que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. En esta disposición la proporcionalidad se analiza relacionando el fin que tiene la *norma* que otorga la atribución al órgano, con las medidas adoptadas por éste; pero también puede haber falta

³⁵ En tal sentido el Consejo de Estado español: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 522.

³⁶ *Tratado*, t. 1, cap. V, punto 17.

³⁷ Corte Suprema, *Fallos*, 248: 800, 815, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960 y sus precedentes, 171: 348, 362; 199: 483, 530 y otros. Esta doctrina ha sido expuesta por la Corte en particular con relación a actos dictados en virtud del estado de sitio, pero desde luego es aplicable a todo tipo de actos administrativos.

³⁸ Comparar MARIENHOFF, “La lesión” en el derecho administrativo,” *JA*, 1975, Doctrina, p. 468 y ss., y MOISSET DE ESPANES, “La lesión y el derecho administrativo,” *JA*, 1976-II, Sección Doctrina, p. 686 y ss.

de proporcionalidad entre los *hechos* que determinan el acto (su causa) y lo que éste dispone.

La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad. En el caso que consideramos, no se trata de un vicio de desviación de poder, pues el funcionario actúa con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados: Sería, por ejemplo, el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación de un diario o revista durante el estado de sitio, dispusiera no sólo la clausura del periódico, sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión o circulación. (Linotipistas, obreros, choferes, repartidores, canillitas, etc.) o que para preservar el orden en la Capital Federal, durante el estado de sitio, ordenara la detención de todos los habitantes de aquélla, etc. La Procuración del Tesoro de la Nación tiene también admitido que la falta de proporcionalidad entre el objeto del acto y los fines previstos en la ley vicia el acto.³⁹

La desproporcionalidad, según dijimos, también lo vicia cuando existe un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan: Por ejemplo, la administración puede decretar la cesantía de un funcionario público por falta de respeto a los superiores, pero es evidente que no saludar un día intencionadamente a un superior es una falta de respeto que en modo alguno justificaría sanción máxima como la cesantía; una sanción adoptada sería nula por desproporcionada, sin perjuicio de que sean procedentes sanciones menores.⁴⁰

Este principio puede aplicarse a una gran cantidad de supuestos, y así, por ejemplo, se ha dicho que la fijación de las tarifas por la prestación de los servicios públicos debe guardar “una razonable equivalencia entre ambas prestaciones (servicio realizado y retribuciones debida), pues donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad.”⁴¹

8.3. *La absurdidad del objeto*

La absurdidad del objeto vicia el acto,⁴² al igual que la imposibilidad de hecho.⁴³ Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, aunque no

³⁹ En tal sentido, *Dictámenes*, 102: 226.

⁴⁰ En sentido similar, *Dictámenes*, *op. cit.*, 102: 226.

⁴¹ Suprema Corte de Mendoza, *Andrés*, 1967, *LL*, 129: 833, 836, 837; *MARIENHOFF*, *op. cit.*, t. II, p. 142.

Sobre el tema de la justicia y razonabilidad en las tarifas de los servicios públicos ver MAIRAL, HÉCTOR A., “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 2, Buenos Aires, 1971, p. 53 y ss., quien desarrolla el tema en relación a las tasas de los servicios concedidos (pp. 54-70), considerando aplicables los mismos principios cuando se trata de servicios públicos prestados por la administración (p. 70), con algunas particularidades. (P. 71.)

⁴² WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731. También se puede hablar, en este supuesto, de una imposibilidad de carácter ideal o lógico: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*

⁴³ PTN, *Dictámenes*, 78: 362 y 363.

totalmente, ya que cabe concebir actos absurdos que no sean imposibles de hecho,⁴⁴ y actos imposibles de hecho que no sean absurdos,⁴⁵ pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente; previsión de empleos militares en el extinguido Ejército de la Confederación, orden de mantenerse suspendido en el aire, etc.

Si bien a primera vista puede parecer, a tenor de los ejemplos que damos aquí, que la absurdidad es una hipótesis excepcional como para que revista poco interés práctico, no es ello así: Lo que ocurre es que a veces la absurdidad, por repetida, parece revestir formas externas de racionalidad y por ello no se la advierte en su total magnitud. El funcionario que pretende que el administrado pueda impugnar el acto que lo afecta, sin darle vista de los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión, está realizando un comportamiento estrictamente absurdo: En efecto, creer que una persona se puede defender eficazmente de lo que desconoce, es como pretender que una persona pueda pelear con los ojos vendados. Sin embargo, si nadie dudara un instante de que sea absurdo e irracional pretender que una persona se defienda con los ojos vendados frente a otra que los tiene bien abiertos, muchos —sin tanta racionalidad— creen que puede ser admisible que una persona se defienda de alegaciones e imputaciones cuyo fundamento y probanzas desconoce.⁴⁶

Por lo tanto, debe tenerse presente que un acto absurdo no es necesariamente un acto *risible* o *ridículo* (aunque pueda serlo), y que la absurdidad también puede estar presente bajo las apariencias de mayor seriedad y dogmatismo: Ello no disminuye, sin duda, el vicio que el acto tiene.

Con sentido más general, todo acto contrario a las reglas de la lógica⁴⁷ o que resulta de razonamientos falsos,⁴⁸ es también absurdo o irrazonable, y por lo tanto nulo, o incluso inexistente en casos de *mucha* gravedad. A ello nos referiremos con mayor detalle al tratar del vicio de arbitrariedad o irrazonabilidad, en el cap. IX, § 8 a 10.

⁴⁴ Por ejemplo, un acto que obligue a caminar para atrás, o de costado; que obligue a usar una corbata anudada al brazo, etc.

⁴⁵ Por ejemplo, por ahora, la construcción de un vehículo para viajar fuera del sistema solar y volver a la Tierra; la provisión de materiales que se han dejado de fabricar; disposiciones que exigen requisitos técnicamente imposibles de satisfacer; “la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 488, etc.

⁴⁶ Y no se diga que el administrado a quien no se da vista del expediente conoce por lo menos el acto que lo afecta o sanciona, pues eso es como decir que si al individuo de los ojos vendados de nuestro ejemplo se le dijera: “Peleará usted con esta persona, la cual le pegará con un palo de medio metro de largo en la cabeza,” aquel señor, por conocer concretamente lo que le va a pasar o lo que quieren que le pase, no se defenderá por ello mejor en la oscuridad.

⁴⁷ HUBER, *op. cit.*, p. 731; OSSENBUHL, FRITZ, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, 1965, p. 8. Ver la nota siguiente y su remisión.

⁴⁸ “... esta resolución carece... de lógica en sus considerandos y aún hay inconsecuencia entre ellos en sí y respecto de parte dispositiva...” Corte Suprema de Mendoza, *JA*, 1968-I, p. 765 y ss., p. 768. En igual sentido HUBER, *op. loc. cit.*; OSSENBUHL, *op. loc. cit.*

9. Inmoralidad

La inmoralidad del objeto también vicia el acto. En esto es pacífica la doctrina⁴⁹ y no parece que su aceptación dependa de una toma de posición en el problema de si el derecho es o no necesariamente moral, o en qué medida lo es,⁵⁰ ya que incluso los autores que postulan que puede haber una regla jurídica inmoral pero válida, aclaran de todos modos que una ley puede incorporar preceptos morales como parte de las reglas de derecho,⁵¹ en cuyo caso el acto deberá ser moral para ser jurídico. Tal es lo que ocurre con el art. 953 del Código Civil, cuya enunciado es aplicable al caso.⁵²

Pensamos que el sentido que cabe dar aquí a este posible vicio del acto es el de contravenir la “moralidad positiva”,⁵³ cuyas normas y reglas no son creadas por la ética, sino descubiertas y explicadas por ella.⁵⁴ En este punto cobra importancia la cuestión de si “los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios”,⁵⁵ o si, en cambio, los valores constituyen un *a priori* emocional⁵⁶ que se intuye en forma independiente de principios lógicos⁵⁷ y que se aprende del ejemplo y de la imitación,⁵⁸ en otro aspecto, si los valores son objetivos o subjetivos.⁵⁹ La segunda alternativa deja un campo mayor de flexibilidad para el análisis y la demostración (ya que no habrá demostración) del carácter no ético de un acto determinado;⁶⁰ también para la caída de antiguos dogmas morales.⁶¹

⁴⁹ CRETELLA, JUNIOR, *op. cit.*, t. II, pp. 157 y 158; HUBER, *op. cit.*, t. II, pp. 741 y 742; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 346 y 543; FIORINI, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, HARTMANN, NICOLAI, *Ethik*, Berlín, 1962, p. 64 y ss.

⁵¹ HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, pp. 11 y 12.

⁵² “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiesen prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero;” en la nota dice el codificador que “los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles.”

⁵³ Ver GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, *Ética*, México, 1960, 7ª ed., p. 12.

⁵⁴ GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, p. 14 y ss.

⁵⁵ HART, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁶ SCHELER, MAX, *Ética*, t. I, Madrid, 1941, pp. 100-101.

⁵⁷ SCHELER, *op. loc. cit.* En este sentido expresa también GARCÍA MAYNEZ, “Los actos a través de los cuales intuimos los valores no son simples actos del conocer, sino del sentimiento o, expresado en forma más sencilla: su carácter no es reflexivo o intelectual, sino emocional e intuitivo.” (*Op. cit.*, p. 243.)

⁵⁸ HARTMANN, *op. cit.*, p. 47 y ss., 116 y ss.

⁵⁹ Ver al respecto, FRONZIZI, RISIERI, *¿Qué son los valores?*, México, 1958, p. 30 y ss., 103 y ss., 121 y ss.

⁶⁰ Comparar TOULMIN, STEPHEN E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964, p. 166 y ss., 176, 180, 181 y 185. RUSSELL, BERTRAND, “The elements of ethics,” en el libro *Readings in Ethical Theory*, de SELLARS y HOSPERS, Nueva York, 1962, p. 27 y ss. Lo que en estos y otros trabajos se destaca es la posibilidad de *razonar* una cuestión moral, antes que postularla dogmáticamente; o, como dice BERTRAND RUSSELL, que existen “métodos a ser empleados y falacias a ser evitadas al considerar la bondad o maldad intrínseca.” (*Art. cit.*, p. 28.) Comparar también AYER, *op. cit.*, p. 135 y ss.

⁶¹ Caso típico, la moral sexual. Si bien no hay duda de que el ejemplo clásico de acto inmoral, a saber, la concesión o el permiso otorgado para el funcionamiento de una casa de prostitución

Cualquiera sea el criterio que se adopte, y aunque no se llegue a una ética científica⁶² siempre será posible en muchos casos ponerse de acuerdo sobre el carácter inmoral del objeto de un acto: Cuando ello ocurra deberá considerarse ilegítimo el acto, sin que tampoco influya en este planteo la controversia acerca de si el derecho necesariamente debe ser siempre moral, ya que en el caso la cuestión está consagrada legalmente.

9.1. *La ley inmoral*

En cambio, constituye un problema más difícil, por sus implicancias sobre la teoría general del derecho, la cuestión de la ley inmoral.

Según HUBER,⁶³ hay que distinguir el acto inmoral que está dictado en el marco de una ley que no hace sino ejecutar (es decir, el acto en el que la valoración inmoral no procede directamente del funcionario, sino, más bien, de la ley), del acto en el cual el contenido inmoral no está dictado por la ley. Según dicho autor, en el primer caso no habría vicio de inmoralidad en el acto.⁶⁴ Sin embargo, pensamos que en tales situaciones lo único que varía es la mayor presunción de legitimidad que tal vez corresponda otorgar a la ley, pero no por ello el acto que ejecuta una ley inmoral se transforma en éticamente valioso. Caso típico pueden serlo las normas, y los actos de ejecución de ellas, que puedan en algunos países haber autorizado la eliminación de los enfermos mentales.⁶⁵

En este punto, según quedó dicho, sí entra en juego la concepción que sobre el derecho se sustente. HART sostiene que no por ser inmoral la ley deja de ser derecho,⁶⁶ criticando la posición contraria adoptada por los juristas alemanes después de la lección del nazismo, por ejemplo, RADBRUCH,⁶⁷ pero su posición en última instancia desemboca en lo mismo. Obsérvese que HART postula que en tales casos “las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas,”⁶⁸ y dice que RADBRUCH comete “una enorme sobrevaloración de

(HUBER, *op. cit.*, p. 741), puede ser mantenido, debe advertirse que actos que en el pasado podían considerarse inmorales por su objeto, hoy en día son cada vez en mayor medida considerados válidos, específicamente en la autorización para circulación de cierto tipo de libros, películas, revistas, etc. Lo mismo cabe decir de las acciones privadas. Para un planteo del llamado “retraso de la conciencia moral,” ver ZBINDEN, HANS, “La conciencia moral en nuestro tiempo,” en el libro *La conciencia moral*, Madrid, 1961, p. 13 y ss. Otros problemas éticos que plantea el mundo moderno pueden verse en WADDINGTON, C. H., *El animal ético*, Buenos Aires, 1963, p. 14 y ss.

Para una vinculación de la cuestión de la moral sexual con el problema de la libertad humana y sus implicancias sobre el sistema jurídico y político, véase nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, cap. X.

⁶² Como propone HARTMAN, ROBERT S., *La estructura del valor*, México, 1959, p. 168 y ss.

⁶³ HUBER, *op. cit.*, p. 741.

⁶⁴ HUBER, *op. loc. cit.*

⁶⁵ A pesar de lo expuesto, es el mismo HUBER quien da este ejemplo y llega a la misma conclusión que nosotros, aunque diciendo que allí sólo hay “ley aparente” (*Schein-Gesetze*), p. 741.

⁶⁶ HART, *op. cit.*, pp. 12, 14, 42 y ss.

⁶⁷ RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, Buenos Aires, 1962.

⁶⁸ HART, *op. cit.*, p. 49.

la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: “¿Debo obedecer esta regla de derecho?”⁶⁹ Sostener que la ley inmoral es derecho, pero no debo obedecerla por ser inmoral, es prácticamente lo mismo que decir que la ley inmoral no es derecho y no debo obedecerla: En un caso obraré según un imperativo moral desconociendo un imperativo “jurídico;” en el segundo obraré según un imperativo moral y jurídico, desconociendo un imperativo positivo. Lo cierto es que en ambos casos mi conducta ante la ley inmoral debe ser necesariamente la misma. La discusión, pues, es tan sólo verbal.

9.2. *El acto inmoral*

Por lo demás, no debe caerse en el error vulgar de pensar que las reglas de la moral tienen que ver única o principalmente con la moral sexual, y que sólo lo pornográfico o procaz cae bajo esta prohibición. Más bien pensamos que si acaso lo inmoral por erótico es de las inmoralidades más intrascendentes; mucho más dañino para la sociedad es la inmoralidad del funcionario que decide una cosa a pesar de que en conciencia sabe que debiera decir otra, y no tiene el valor de hacerlo; o la del funcionario que sin profundizar el estudio de un asunto, lo decide —o proyecta su decisión— en contra del administrado, sabiendo que esa circunstancia lo pone a cubierto de críticas de sus superiores,⁷⁰ cosa que no siempre ocurre con las decisiones favorables,⁷¹ etc.; con todo, este tipo de inmoralidad se refiere a la voluntad del funcionario antes que al objeto mismo del acto, y constituye entonces un caso de desviación de poder.⁷²

De todos modos, el objeto que en sí mismo sea inmoral (y no sólo por trasgresión a los principios de la moral sexual), es con ello nulo. Un acto que exija adhesión a un partido, o a una persona, o a un gobernante, como requisito para ser funcionario público, o contratista del Estado, etc., es también nulo por inmoral. Un acto

⁶⁹ HART, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

⁷⁰ Ver *Tratado*, t. 1, cap. III, n° 1-3.

⁷¹ También es inmoral la conducta de quien obra impunemente, asegurándose que su actividad, sea que ella resulte válida o inválida por otros motivos, no pueda ser conocida o no pueda ser juzgada. Por consecuencia, también es inmoral —objetivamente— dar las condiciones para que se pueda obrar impunemente: No permitir a una persona defenderse de un acto, no permitirle atacarlo, no permitirle conocer los antecedentes del acto, etc. Impunidad e indefensión son dos caras de una misma moneda: La primera es inmoral, luego no puede ser moralmente valiosa la segunda.

⁷² Comparar HUBER, *op. loc. cit.*, que cita casos de “inmoralidad” en los cuales técnicamente hay también “desviación de poder:” Actos persecutorios por razones raciales o políticas, etc. Pero esto ya lo reconoce el mismo HUBER, sólo que él incluye la desviación de poder dentro de la inmoralidad (*op. cit.*, p. 742.) Es también importante recordar que HAURIUO consideraba a la desviación de poder como un control de la *moralidad* administrativa, lo que si bien puede no ser del todo exacto o conveniente, dado que la desviación de poder es un caso de ilegalidad específica, de notas más concretas que la inmoralidad, resulta de todos modos de interés, por cuanto en verdad la desviación de poder “incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad.” (VEDEL, *op. cit.*, p. 438.) Ver también HARTMANN, NICOLAI, *op. cit.*, p. 65.

que tenga por objeto la apología del gobierno, o la exaltación de sus personeros (la construcción de un monumento a una figura del gobierno; la denominación de una calle, plaza o lugar cualquiera con el nombre del gobernante, etc.), es asimismo nulo.⁷³ También lo será todo acto de sumisión o de humillación, de pleitesía y, en general, todo acto que importe un desconocimiento esencial de la dignidad de la persona humana.⁷⁴

El acto inmoral, en principio, es nulo y su vicio insanable;⁷⁵ si la inmoralidad es grosera, el acto será inexistente. Pero la variedad de situaciones fácticas puede también dar lugar a la anulabilidad o incluso a la validez según la importancia del vicio.

10. Cuadro comparativo de los vicios del objeto

<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Consecuencia jurídica</i>
1º) Prohibido	Nulidad o inexistencia
2º) Violatorio de las facultades regladas. a) Objeto autorizado, pero dado ante circunstancias distintas de las previstas por la ley. b) Objeto diverso del requerido por la ley para el caso.	Nulidad o inexistencia
3º) Impresión u oscuridad (esencial e insuperable.)	Inexistencia
4º) Imposibilidad de hecho a) Por falta de sustrato personal. b) Por falta de sustrato material. c) Por falta de sustrato político.	Inexistencia (a veces nulidad)
5º) Irrazonabilidad a) Contradictorio b) Desproporcionado c) Absurdo, ilógico	Nulidad o inexistencia
6º) Inmoral	Nulidad

⁷³ Se ha dicho así que un acto “dedicado a la glorificación de personas de un régimen,” adolece de “total imposibilidad ético-política,” su objeto es “jurídicamente imposible;” PTN, *Dictámenes*, 85: 103.

⁷⁴ Pues los valores éticos son valores de personas, no de cosas, a diferencia de los valores estéticos, utilitarios, etc. (SCHELER, *op. cit.*, pp. 124-129; GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pp. 245 y 246), y los actos éticamente disvaliosos serán siempre aquellos actos humanamente disvaliosos frente a personas concretas; HANS REINER, *Vieja y nueva ética*, Madrid, 1964, p. 224, enuncia dos valores “absolutos:” El derecho *justo* y “el hombre en cuanto ser *personal*.”

⁷⁵ En sentido similar Corte Suprema, *Fallos*, 179: 278; *Fiorini*, *op. cit.*, p. 373, .

III. Competencia

11. Competencia en razón del grado

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente⁷⁶ ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.

La competencia en razón del *grado* se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración y, puesto que la competencia es en principio improrrogable,⁷⁷ no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa, salvo los casos de avocación y delegación.

El acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado en dos hipótesis esenciales: a) Cuando al órgano le ha sido conferida antijurídicamente una competencia determinada; en este caso, aunque el órgano no se salga de la competencia que le ha sido conferida, el acto puede, no obstante, estar viciado en razón de que dicha competencia es ilegítima; b) cuando, siendo legítimo el otorgamiento de competencia al órgano, éste se excede de la misma.

11.1. Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano

Es éste un problema que surge en materia de descentralización y delegación.⁷⁸

Discútese si la descentralización debe hacerse por ley⁷⁹ o por decreto,⁸⁰ atento al sistema centralizado que en principio parece haber previsto la Constitución. (Art. 86, inc. 1º.) Nosotros nos inclinamos por la primera solución —siempre que la ley deje al Poder Ejecutivo un cierto margen de contralor administrativo sobre el ente—, en virtud de que el art. 67, inc. 17, de la Constitución dispone que es facultad del Congreso crear empleos y “*fixar sus atribuciones,*” de donde

⁷⁶ La competencia no debe confundirse con el “ejercicio de la función,” y por ello no corresponde afirmar que pueda haber una “competencia” para la “ilicitud.” Ocurre tan sólo que es posible impulsar a un órgano estatal un hecho ilícito, sólo que esa imputación se hace en virtud de la noción de “ejercicio de función” y no de “competencia.” Ampliar en *Tratado*, t. 1, cap. IX, nº 6 y 7. Comparar ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, p. 21 y ss., quien recuerda distintas definiciones. Véase asimismo LINARES, *Fundamentos, op. cit.*, p. 259 y ss., para una concepción diferente.

⁷⁷ Con las salvedades que explicamos en el *Tratado*, t. 1, cap. IX, nº 6.

⁷⁸ Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 29; y nuestro *Tratado*, t. 1, cap. IX, nº 8.4.

⁷⁹ BIELSA, *op. cit.*, t. I, 5ª ed., pp. 248-9; LUQUI, JUAN CARLOS, “División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina,” *LL*, 107: 1045, nota 8. Es también la solución en Costa Rica, PISA ESCALANTE, RODOLFO, “Rasgos fundamentales de la autonomía institucional en Costa Rica,” en el libro *IV Semana de estudios sobre la reforma administrativa*, Madrid, 1966, p. 95 y ss., p. 108.

⁸⁰ MARIENHOFF, “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad,” *JA*, 1961-VI, p. 62, sec. doct. *Tratado, op. cit.*, t. I, p. 382 y ss. En una posición intermedia DE ESTRADA, JUAN RAMÓN, “Atribución de los poderes legislativo y ejecutivo para crear entidades autárquicas,” en *Estudios de Derecho Administrativo, op. cit.*, Buenos Aires, 1975, p. 43 y ss., 57-59.

se desprende en principio que toda competencia debe tener origen *legal*, aunque sea indirectamente. Por lo demás, esta solución está consagrada en el derecho positivo.⁸¹

En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario en el sentido de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza.⁸² En el derecho argentino se han dictado diversas leyes autorizando al Poder Ejecutivo en el caso concreto, la delegación de facultades; además, el decreto-ley 19.549/72, en su art. 3º, faculta al Poder Ejecutivo, por vía reglamentaria, a autorizar la delegación de atribuciones.⁸³

En consecuencia, es antijurídica una descentralización dispuesta por decreto, sin autorización legal,⁸⁴ o una delegación resuelta excediendo la autorización del art. 3º del decreto-ley 19.549/72,⁸⁵ o en el caso de leyes especiales facultando la delegación, la que se efectúa delegando más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso, o delegando a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? Entendemos que son aquí de aplicación los análogos fundamentos en materia de funcionarios de hecho, y, por lo tanto, si la competencia descentralizada o delegada tiene una apariencia de legitimidad, un “color de título,” los actos dictados en virtud de esa competencia son en principio *válidos*; de mediar mala fe de parte de los administrados, *anulables*.⁸⁶

Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (por ejemplo, una delegación o descentralización de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, tales como el indulto, la declaración de estado de sitio por conmoción interior en receso del Congreso, la proposición de magistrados al

⁸¹ Esa es, en efecto, la solución legislativa. El art. 136, 2º parte de la ley de contabilidad expresa: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional,” principio éste congruente con la norma constitucional. En igual sentido, PTN, *Dictámenes*, 66: 231 y 255; 70: 103.

⁸² *Tratado*, t. 1, cap. IX, nº 6.

⁸³ El poder Ejecutivo a su vez ha facultado, en virtud de dicha norma, tanto a los Ministros como a las autoridades superiores de los entes descentralizados a delegar sus propias atribuciones. Véase *Tratado*, t. 1, cap. IX, nº 6.

⁸⁴ Por excepción en el derecho argentino hay autorización legal para crear un ente descentralizado en materia de empresas del Estado, ley 13.653, art. 7º. Ver *Tratado*, t. 1, cap. XI, nº 12.2.

⁸⁵ Por ejemplo, por el juego de esa norma y el decreto 1759/72 pueden delegar los *Ministros* y las autoridades *superiores* de los entes descentralizados: Si la delegación la efectuara un Secretario o Subsecretario de Estado, un Director Nacional, o un Gerente departamental de un ente descentralizado, la delegación la estaría adoptando en el caso un órgano no facultado a efectuarla, y ella sería también antijurídica.

⁸⁶ Comp. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 477, quien entiende que el vicio es anulabilidad en todos los casos, “por la apariencia jurídica que la delegación produjo;” pero el argumento es, como se advierte, insuficiente. La apariencia de legitimidad lleva a la validez, no a la anulabilidad. Confr. JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, 1949, pp. 350-1; DIEZ, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 314.

acuerdo del Senado, etc.), el acto debe ser considerado nulo e incluso, en algunos casos, inexistente.

11.2. *Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.*⁸⁷

En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: *a)* Aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; *b)* aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior.⁸⁸

En tales casos el acto es anulable,⁸⁹ aunque en hipótesis de gravedad puede llegar a ser nulo.⁹⁰

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero *ad referendum* de la autoridad competente, estamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efecto jurídico hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.⁹¹ En este caso el órgano inferior no ha tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos, y por ello no puede hablarse de acto administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importa, pues, convalidación ni aprobación, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.

12. *Competencia en razón de la materia*

La competencia en razón de la materia se refiere a las actividades o tareas que *legítimamente* puede desempeñar el órgano, es decir, al *objeto* de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos. Pueden presentarse varias hipótesis de incompetencia en razón de la materia.⁹²

12.1. *Incompetencia respecto a materias judiciales*

Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por los órganos de justicia, como, por ejemplo, la decisión de declarar caduca la venta de determinadas tierras fiscales; dejando sin efecto las respectivas transmisiones de dominio, y mandando tomar razón de ello en el Registro

⁸⁷ Aquí corresponde incluir también el caso en que el órgano se excede de una competencia legítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

⁸⁸ La vocación, en efecto, no siempre es admisible. Al respecto nos remitimos a lo dicho en el *Tratado*, t. 1, cap. IX, n° 11.2.

⁸⁹ Confr. PTN, *Dictámenes*, 57: 274; 69: 253: El acto es “susceptible de una ratificación por parte de la autoridad competente para haberlo dictado” BIELSA, *op. cit.*, t. II, 5ª ed., p. 124; ley española de procedimiento administrativo, art. 53, inc. 2º; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

⁹⁰ PTN, *Dictámenes*, 70: 178: El presidente de la Junta Nacional de Granos dicta actos de competencia de la Junta misma. (El acto es nulo.) Confr. CASSAGNE, *op. cit.*, p. 285.

⁹¹ Corte Suprema, caso *Mallet v. Provincia de Mendoza*, 1922, *JA*, 8: 8; caso *Anselmo Gómez c/ Provincia de Buenos Aires*, 1914, *Fallos*, 120: 57; PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

⁹² Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 433.

de la Propiedad,⁹³ o la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,⁹⁴ casos en los cuales el acto es nulo;⁹⁵ pero en varios supuestos el acto puede ser considerado inexistente.⁹⁶

12.2. *Incompetencia respecto a materias legislativas*

Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria;⁹⁷ venta de inmuebles del Estado sin ley que lo autorice; otorgamiento de una concesión de servicios públicos —que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal,⁹⁸ etc. En todos los casos el acto es nulo⁹⁹ y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse la hipótesis de inexistencia,¹⁰⁰ salvo casos aberrantes.¹⁰¹

12.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*

Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Defensa adoptada por el Ministerio de Economía y Trabajo; un decreto del Poder Ejecutivo Nacional en materia municipal para la Capital Federal, etc. Si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable,¹⁰² pero también puede darse el caso de un vicio muy grave o grosero.¹⁰³

13. *Competencia en razón del territorio*

La competencia en razón del territorio comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función: Excederlo determina la nulidad del acto.¹⁰⁴

⁹³ CSJN, *Los Lagos, S. A.*, Fallos, 190: 142; 241: 384, etc.

⁹⁴ Corte Suprema, *Fernández Arias*, 1960, Fallos, 247: 646. Aquí se aplicó la garantía de la defensa en juicio en cuanto a la falta de un “tribunal imparcial” y no de la audiencia del interesado.

⁹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518.

⁹⁶ Ver ARNANZ, *op. cit.*, p. 70; Confr. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 313.

⁹⁷ Corte Suprema, *J. F. López c/Provincia de Santa Fe*, 1869, Fallos, 7: 19; 82: 280, *Bossio*, 1900; 129: 184, *Corleiro*, 1919.

⁹⁸ Corte Suprema, *Pessina v/Provincia de Tucumán*, 1927, JA, 24: 9 y ss.

⁹⁹ Corte Suprema, *Chinichi Hnos. v/Provincia de Córdoba*, 1921, JA, 7: 514; *supra*, nota 17.(6); PTN, *Dictámenes*, 69: 235; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518.

¹⁰⁰ Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias: Ver al respecto *Tratado*, t. I, cap. V, n° 15.

¹⁰¹ Por ejemplo, creación de delitos, penas, etc. Ver ARNANZ, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰² Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp. en cambio, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116, quien parece indicar que la incompetencia en razón de la materia es siempre causal de nulidad; a diferencia de la incompetencia en razón de la jerarquía, que lo sería siempre de anulabilidad.

¹⁰³ Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 519; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰⁴ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 476; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 520; ARNANZ, *op. cit.*, p. 75; DIEZ, *op. cit.*, t. II, 1976, 2ª ed., p. 315.

El principal caso a considerar aquí es aquel en que el Poder Ejecutivo Nacional adopta decisiones para todo el territorio de la República en materias que son de índole local: En tal caso la disposición es nula, y conviene recordar que en esto nada tiene que ver el “poder de policía,” pues él es un principio carente de toda justificación jurídica y completamente amorfo.¹⁰⁵ También será nulo el decreto del Poder Ejecutivo por el que se indulte un delito sujeto a jurisdicción provincial; el veto de una ley provincial; la convocatoria a sesiones extraordinarias de una legislatura provincial, etc.

En igual situación se encuentran todos los órganos administrativos: Si una municipalidad dicta actos (permisos, concesiones) para ser aplicados en un lugar ubicado fuera de su territorio, o si la policía de la provincia labra un acta por infracciones de tránsito en la Capital Federal, etc., es claro que tales actos son inexistentes,¹⁰⁶ por la mayor gravedad del vicio en este tipo de casos.

14. *Competencia en razón del tiempo*

La competencia en razón del tiempo, por último, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Son así nulos el veto extemporáneo de una ley, el nombramiento que el Presidente haga por sí sólo de oficiales superiores del Ejército y la Armada no estando en el campo de batalla (art. 86, inc. 16), la declaración de estado de sitio por conmoción interior estando reunido el Congreso (art. 86, p. 19), etc.

Con todo, no debe pensarse que siempre que el orden jurídico establece un término dentro del cual debe o puede producirse determinado acto, la consecuencia de dictarlo fuera de él sea necesariamente la nulidad o inexistencia del acto. Hay actos procedimentales, por ejemplo, que de realizarse fuera de término son igualmente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad del agente;¹⁰⁷ tal es el caso del envío de las actuaciones al superior a pedido de parte, cuando el órgano rechaza la reconsideración.¹⁰⁸ Deberá distinguirse, en consecuencia, el tipo de plazo y finalidad que él tiene en el caso concreto: Si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto¹⁰⁹ y a nuestro modo de ver corresponde la sanción de nulidad;¹¹⁰ si el plazo es en favor

¹⁰⁵ *Tratado*, t. 2, cap. XII.

¹⁰⁶ En sentido similar HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 723, reseña un caso en que la autoridad de Berlín autorizó a una clínica para que funcionara en Charlottenburg: El tribunal consideró que puesto que la autoridad competente no podía “revocar” el acto que no había dictado, sí podía desconocerlo y obrar en consecuencia; en otros términos, que podía jurídicamente considerarlo inexistente. Sin embargo, OBERMAYER, *op. cit.*, p. 77, entiende que puede haber casos de incompetencia territorial en que el acto sea anulable o nulo. Comparar GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 473.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, p. 334.

¹⁰⁸ Decreto 1759/72, art. 88.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 335.

¹¹⁰ De acuerdo a la legislación española, GONZÁLEZ PÉREZ estima que el acto es en tales casos anulable: *Op. cit.*, p. 335.

del administrado —en cuyo caso se repite la situación anterior—, el acto es de todos modos válido sin perjuicio de la responsabilidad pertinente.¹¹¹

En lo que hace a la responsabilidad del agente, ella es no sólo administrativa —sanciones disciplinarias—, sino también civil, en la medida en que la omisión de cumplir el plazo ocasione un daño al particular: Éste podrá, en consecuencia, exigir la reparación del perjuicio ocasionado tanto al funcionario personalmente como al propio Estado.

15. Cuadro comparativo de los vicios de la competencia

<i>Tipo de incompetencia</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Consecuencia jurídica</i>
1º) En razón del grado.	a) Competencia ilegítimamente otorgada, sin extralimitación en su ejercicio.	Validez o anulabilidad
	b) Extralimitación en el ejercicio de la competencia (del inferior al superior y viceversa.)	Anulable o nulo
2º) En razón de la materia.	a) Respecto a materias jurídicas.	Nulidad o inexistencia
	b) Respecto a materias legislativas.	Nulidad o inexistencia
	c) Respecto a materias administrativas de otros órganos.	Anulabilidad o nulidad
3º) En razón del territorio.		Nulidad o inexistencia
4º) En razón del tiempo.		Nulidad o inexistencia

IV. Vicios de la voluntad

A) Vicios de tipo objetivo

16. Concepto de voluntad

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 referen-

¹¹¹ Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

cia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con total prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo.

Hablar de “voluntad” en el acto administrativo es, 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; recalando entonces, con FORSTHOFF, que su utilización constituye nada más que una “*façon de parler*.”¹¹²

La “voluntad” administrativa es, pues, el concurso de elementos *subjetivos* (la voluntad de los individuos que actúan) y *objetivos*. (El proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración.) 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 dividimos en *a*) vicios de índole objetiva y *b*) vicios de índole subjetiva.

Aclaremos que, desde luego, no es posible hacer una separación neta entre estos tipos de vicios; de allí que digamos tan sólo “de índole” subjetiva u objetiva, es decir, de naturaleza preponderante, *pero no exclusivamente* subjetiva u objetiva.

17. Enumeración de los vicios de la voluntad

En el presente capítulo 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*) licitación pública
 - c*) concurso
 - d*) dictamen o trámite sustancial
 - 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

¹¹² FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289. Comparar GALLO DE POMPONE, CELIA E., “La voluntad en el acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 58-61.

- e) actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas
- f) actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetas a insistencia del Poder Ejecutivo

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) Arbitrariedad
 - a) actos que omiten decidir
 - b) actos que prescinden de los hechos
 - c) actos que prescinden de fundamentación normativa seria
 - d) actos ilógicamente 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*

18. 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.

18.1. *Funcionario de hecho*

Es el que ocupa un cargo ya sea con un nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento: 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*.¹¹³ Sus actos son válidos, si los administrados actuaron de buena fe;¹¹⁴ cuando los administrados que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es

¹¹³ CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, 1945, p. 47, señala tres requisitos para que una persona pueda ser reconocida como funcionario *de jure*, 2º) debe estar realmente en posesión del mismo, 3º) de facto: 1º) El cargo que ocupe debe tener una existencia debe detenerlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. JÈZE, por su parte, habla de "que la investidura sea admisible (plausible)," *op. cit.*, p. 325.

¹¹⁴ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; JÈZE, *op. cit.*, p. 347; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 320; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. I, p. 472; ABAD HERNANDO, JOSÉ LUIS, *Luncionario de facto*, Córdoba, 1962, p. 29 y ss.

decir, conocían la irregularidad del nombramiento y actuaron en connivencia), el acto es anulable.¹¹⁵

El nombramiento puede también estar inicialmente viciado cuando emerge de un acto que dispone la intervención en forma ilegítima; pero la ilegitimidad del acto de intervención no implica que los actos del interventor en ejercicio de sus funciones sean a su vez inválidos. A ellos les alcanza el mismo principio del color de título, ya mencionado, y son, por ende, válidos. Este principio lo enunciamos para la intervención a entidades de índole administrativa, aunque algún tribunal lo ha utilizado también para la intervención a entidades privadas, por ejemplo sindicatos, a pesar de una expresa prohibición legal en tal sentido.¹¹⁶

Si bien este último criterio refleja una realidad nada excepcional en nuestra práctica, es de todos modos erróneo, pues no puede considerarse que tenga “color de título” o “apariencia de legitimidad,” una intervención dispuesta por el Estado *en vía administrativa*,¹¹⁷ a una entidad privada. A nuestro entender, pues, faltando allí apariencia de legitimidad en el acto de intervención, consideramos nulos los actos dictados por el interventor administrativo en la persona jurídica no estatal.

18.2. *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;¹¹⁸ pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos: Si se trata de una revolución triunfante que se afirma en los hechos y ejerce plenamente las funciones del gobierno derrocado, su investidura puede llegar a ser admisible¹¹⁹ y con ello poder considerarse gobierno o funcionario *de facto*, con lo que sus actos serán válidos.¹²⁰ Si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo totalmente imperante

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, *Ghirimoldi*, 1963, *LL*, 113: 5 y 6; Cámara Civil de la Capital, Sala 8, *Buldrini*, *JA*, 1965-V, pp. 91 y 92.

¹¹⁷ Distinta es la intervención judicial, que sólo persigue fines de fiscalización y no necesariamente sustituye, las facultades normales de las legítimas autoridades de la entidad.

¹¹⁸ JÈZE, *op. cit.*, p. 336; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 320; BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1923, p. 998; VEDEL, *op. cit.*, p. 420; CRETTELLA JUNIOR, *op. cit.*, 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.

¹¹⁹ Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JÈZE, *op. cit.*, p. 330. Lo que no es sostenible, en cambio, es pretender 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.

¹²⁰ En esta solución, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos-leyes: *Fallos*, 240: 96 (1958); 243: 265 (1959); también la PTN, 65: 13.

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;¹²¹ si, finalmente, se trata de una corta y fracasada intentona revolucionaria, y en general de cualquier usurpación que no alcanzara a modificar la normalidad institucional media, los actos son inexistentes,¹²² etc. La divergencia de soluciones deriva de que, en cada caso, es distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo actuante, y el poder material —esto es, el ejercicio efectivo de la función— de que en los hechos disponga.

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

Cuando la ley establece una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad. Así lo dispone el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 7º, inc. d) exige que “Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.” Como se advierte; la exigencia del trámite sustancial previo 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.

Entre los principales trámites sustanciales previstos expresamente por el orden jurídico encontramos los siguientes:

19.1. *Defensa en juicio*

La garantía de la defensa en juicio es, desde luego, aplicable al procedimiento administrativo:¹²³ 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),¹²⁴ y de producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,¹²⁵ no se ha “preparado” la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico. En el caso se ha considerado a veces que el acto es anulable¹²⁶ y otras nulo.¹²⁷ Nosotros nos inclinamos por la segunda solución,

¹²¹ Ver Corte Suprema, caso *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, Fallos, 5: 155, 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.

¹²² Comparar VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo general*, Bogotá, 1966, p. 390.

¹²³ Ver *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 13.

¹²⁴ DYROFF, citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 326.

¹²⁵ Ver *Tratado*, t. 2, cap. XVII, n° 13.4.2.

¹²⁶ CSJN, Fallos, 212: 546; 218: 535; 222: 117; 253: 232; 258: 299; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215.

¹²⁷ Corte Suprema, *Provincia de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, 1944, Fallos, 198: 78, excelente fallo; 192: 308; 213: 449; 239: 54; 283: 326, 330; comparar 214: 624; 247: 161. PTN, *Dictámenes*, 71: 137 bis; decreto 4317/59, aplicando ese principio a un caso concreto. Ver también

en todos los casos: Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,¹²⁸ cuya plena vigencia es la base esencial del goce de 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;” y además, en una razón práctica: El único modo de que un funcionario público que ha desconocido esta garantía constitucional aprenda a respetarla y seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior obligando al mismo funcionario a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo. La experiencia demuestra que el criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca inevitablemente en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración: Sólo las etapas superiores dan al administrado 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.

19.2. *Licitación pública*

Cuando la ley exige la licitación pública antes de dictar un acto determinado, el incumplimiento directo o indirecto (por ejemplo, una licitación viciada) de dicho requisito hace que el acto sea nulo. Esta exigencia normativa, con todo, es aplicable usualmente a los contratos administrativos y no a los actos administrativos.

19.3. *Concurso u oposición*

Cuando la ley exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin el cumplimiento previo del mismo, es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones en la función pública, otorgamiento de becas, premios, etc.

19.4. *Dictamen o trámite sustancial*

Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, como, por ejemplo, el dictamen de la Junta de Disciplina para la aplicación de las sanciones disciplinarias de cesantía y exoneración en la administración pública nacional, el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.¹²⁹

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 y 260.

¹²⁸ Ver *Tratado*, t. 1, cap. V, nº 4.

¹²⁹ CNFed CA, caso *De la Torre Peña, LL*, 93: 496; ídem, caso *Eснаоla, LL*, 91: 612; PTN, *Dictámenes*, 76: 175; PETRACCHI, ENRIQUE C., “Los órganos consultivos y el acto administrativo,” en la *Revista de Derecho y Administración Municipal*, nº 100, Buenos Aires, 1938, p. 32 y ss., p. 37.

“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.”¹³⁰

Igualmente la omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos en la decisión de un recurso administrativo, que por su naturaleza versa sobre *derechos* y *deberes* de los administrados o de la administración, vicia también de nulidad dicha resolución. Esta solución, propugnada desde antaño por la doctrina,¹³¹ 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 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 el acto tornándolo arbitrario o desconectado de los hechos o violatorio del derecho aplicable a su objeto.

En el caso del indulto, en que el Poder Ejecutivo debe pedir informes al tribunal antes de dictar el acto en cuestión (art. 86, inc. 6º, de la Constitución), la omisión de cumplimentar con dicho trámite sustancial vicia también de nulidad la resolución.¹³²

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,”¹³³ o no hubiera sido dictado de la misma manera.

¹³⁰ ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentieux Administratif*, t. III, París, 1958, pp. 809-9; PETRACCHI, *op. loc. cit.*

¹³¹ Comparar DANA MONTAÑO, SALVADOR M., “La obligatoriedad del asesoramiento técnico en general y del jurídico en particular en el régimen democrático,” en la *Revista de Administración Pública*, n° 7, Buenos Aires, 1962, p. 30 y ss., 39, que lo llama “veto técnico,” lo que es tal vez darle demasiada trascendencia. Ver también LUQUI, JUAN CARLOS, “El dictamen jurídico,” *Lecciones y Ensayos*, n° 30, Buenos Aires, 1965, p. 47 y ss.; CATALDI, GIUSEPPE, “Las informaciones como materia de actividad administrativa,” *Revista de Administración Pública*, n° 9 y 10, Buenos Aires, 1963, p. 9 y ss.; PETRACCHI, *op. cit.*, p. 37; HEREDIA, HORACIO H., “Los medios administrativos para la protección de los administrados,” en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año 1945, n° 2, p. 286; GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 458 y ss.

¹³² DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 394.

¹³³ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, 3ª ed., p. 199.

19.5. *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 arduamente 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.”¹³⁴ 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.”¹³⁵

La solución de fondo del problema puede encararse por vía de los diversos intentos de reforma administrativa,¹³⁶ pero ello no quita que en realidad un procedimiento así desviado, por excesiva e injustificada complejidad, debe reputarse inválido al oponer a la pretensión del particular una malla tal de obstáculos y dificultades como para poder considerarse que de hecho se le ha impedido eficazmente obtener un pronunciamiento razonable y válido de la administración. A nuestro juicio, en casos de esta naturaleza debe también considerarse nulo el acto emitido. Y haremos aquí la misma reflexión que hicimos en relación a la defensa en juicio: La única manera de contribuir a que prácticas de esta índole se supriman es sancionar el acto así producido con la nulidad absoluta; por el contrario, admitir la convalidación o tolerar incluso la validez, no es sino una forma más de contribuir a la perpetuación de la irregularidad administrativa.

20. *Vicios en la emisión de la voluntad*

Esta hipótesis trata de los vicios específicos ocurridos durante el proceso mismo de emanación de la voluntad administrativa que da vida al acto, es decir, se trata de vicios relativos a la producción o formulación de la o las voluntades que emiten el acto.

Deben considerarse varios casos:

¹³⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438, 1977, 5ª ed., p. 400.

¹³⁵ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

¹³⁶ VIDAL PERDOMO, *op. loc. cit.*

20.1. *Actos simples dictados por órganos colegiados*¹³⁷

En los órganos colegiados la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos (Concejo Deliberante, Consejo Directivo, Asamblea, etc.) y son requisitos de la formación de la misma el que haya *sesión* (en cuanto reunión formal), *quórum* (número legal para que el órgano pueda considerarse reunido) y *deliberación* (oportunidad de los miembros para hablar).¹³⁸

La ausencia o irregularidad de alguno de estos requisitos vicia el acto; y la consecuencia a aplicar depende enteramente de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto. La falta de quórum determina la nulidad del acto,¹³⁹ y lo mismo puede decirse de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia—,¹⁴⁰ la falta de deliberación, en cambio, lo haría tan sólo anulable.

20.2. *Actos que requieren autorización*

Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización de otro órgano (por ejemplo, las leyes orgánicas de las entidades autárquicas a veces las obligan a pedir autorización del Poder Ejecutivo para vender inmuebles o para realizar ciertas contrataciones), el acto dictado sin esa autorización previa es nulo,¹⁴¹ y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.¹⁴² 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. Lo que la ley exige es la *autorización previa al acto*, y ese vicio no puede racionalmente *subsanarse si el acto ha sido ya dictado*. Para corregir ese vicio debe darse una autorización para dictar el acto, y entonces, con posterioridad a la misma, producirlo: Pero ello significa que deberá dictarse un acto nuevo; o sea,

¹³⁷ Ampliar en DAGTOGLOU, PRODROMOS, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960.

¹³⁸ 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: Anulabilidad.

¹³⁹ Sin embargo, no siempre es claro si existe o no quórum. Por ejemplo, la doctrina suele distinguir entre el quórum para la constitución del órgano y el quórum para la decisión; se discute si las personas *detenidas* afectan o no el quórum (PRODROMOS DAGTOGLOU, *op. cit.*, p. 103); si puede votarse por teléfono (*op. cit.*, p. 103); si el abandono parte de los miembros, sin haberse levantado la sesión, perjudica o no el quórum, etc. En este último punto, por ejemplo DAGTOGLOU (*op. cit.*, p. 105) sostiene que el quórum anteriormente constituido subsiste.

¹⁴⁰ Por ejemplo, una decisión adoptada por los miembros de un Concejo Deliberante o un Consejo Directivo al término de una cena de camaradería.

¹⁴¹ PTN, *Dictámenes*, 69: 221.

En el mismo sentido del texto, ZELAYA, SIMÓN S., "Forma del acto administrativo," publicado en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 60 y ss., p. 71.

¹⁴² En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D'ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, por su parte, se expresa en el sentido indicado en el texto, pero admite que en la práctica ocurra lo contrario.

que el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable. La solución contraria —frecuente en la práctica— nos parece por ello inconveniente.

20.3. *Actos que requieren aprobación*

El acto que debe ser aprobado con posterioridad a su emisión por otra autoridad es válido, pero no ejecutivo, 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.

La solución es firme en el sentido de que “...faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria,”¹⁴³ y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵

Por lo demás, el acto de aprobación es por definición posterior al acto que debe producir los efectos, y por ello no puede acordarse por anticipado respecto de actos futuros.¹⁴⁶ 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 mero proyecto de acto (no el acto mismo), y éste recibe la conformidad del superior a través de una “aprobación,” si 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*.

La solución, de este modo, no sería estrictamente 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.

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

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

¹⁴⁵ Corte Suprema, *Honoré y Bowen*, 1887, *Fallos*, 31: 307; *Anselmo Gómez*, 1914, 120: 57; y *JA*, *Mallet*, 1922, 8: 8; Superior Tribunal de Santa Fe, *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA; PTN, *Dictámenes*, 47: 1.

¹⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; D’ALESSIO, *op. cit.*, t. II, Turín, 1943, p. 169; FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, vol. II, Nápoles, 1937, pp. 149-150. Comp. HEREDIA, HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 76.

no desde la del acto de aprobación.¹⁴⁷ No compartimos, sin embargo, esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que “de suyo” produce efectos jurídicos. Dado que el acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos, él no constituye un acto administrativo: La aprobación viene a perfeccionar el acto y por ello no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades o cualquier otro tipo de actos en el que intervengan más de una voluntad. Entendemos, por tanto, que la aprobación es constitutiva y que los efectos deben producirse sólo a partir de la misma. Con todo, ello no significa que estemos ante un acto complejo: Se trata simplemente 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;¹⁴⁸ sin perjuicio de lo cual, el efecto jurídico se produce sólo por el concurso de las dos voluntades, por lo que dicho efecto nace recién cuando ese evento se produce, y sólo para el futuro.

Por lo demás, en casos que guardan similitud con el presente se ha arribado a igual solución: Así, la *publicidad* de un acto, que lo hace eficaz y ejecutivo, no produce efectos retroactivos sino constitutivos; por lo tanto, el principio debe ser el mismo en el caso del acto sujeto a aprobación: *Eadem ratio, idem jus*. En ambos casos hay un requisito faltante para la eficacia del acto, y por ello ha de pensarse que en ambos casos el efecto jurídico nace recién cuando dicho requisito se cumple.

El acto que ha sido aprobado u homologado por la autoridad superior no puede, a nuestro juicio, 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.

En el tema de la “aprobación” es necesario también referirse a lo siguiente: Para que ella exista en el sentido estricto del término se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación, tenga competencia para dictarlo; si éste carece de tal competencia, y dicta un mero acto preparatorio *ad referendum* del órgano competente, no hay en verdad una aprobación, sino un acto nuevo: Por ello, en este caso es opinión no controvertida que el acto no produce efectos retroactivos.¹⁴⁹ Si, a su vez, el acto dictado por órgano incompetente no era *ad referendum* sino que tendía a producir un efecto jurídico inmediato, puede haber

¹⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 52: 521; SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230 y 241; BODDA, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; DIEZ, *op. cit.*, 1ª ed., p. 136.

¹⁴⁸ Y el acto administrativo aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba. Ver SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 193.

¹⁴⁹ PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

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.

21. *Gráfico comparativo de los vicios objetivos*

<i>Tipo de vicio</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Consecuencia jurídica</i>
1º) Origen de la voluntad	a) Funcionario de hecho	Validez o anulabilidad
	b) Usurpador	Inexistencia, etc.
2º) Preparación de la voluntad	a) Defensa en juicio	Nulidad o anulabilidad
	b) Concurso	Nulidad
	c) Licitación	Nulidad
	d) Dictamen o trámite sustancial	Nulidad
3º) Emisión de voluntad	a) Actos simples emanados de órganos colegiados:	
	a') Sesión	Nulidad o inexistencia
	a'') Quórum	Nulidad
	a''') Deliberación	Anulabilidad
	b) Actos complejos:	
	b') Igual: El vicio de una de las voluntades se transmite al acto con igual carácter.	
	b'') Desigual: El vicio de voluntad preponderante se transmite al acto con igual carácter; no así el de la voluntad accesoria	
	c) Actos que requieren autorización	Nulidad
	d) Actos que requieren aprobación	(Inejecutividad)
	d') Ejecución del acto no aprobado	Nulidad

B) *Vicios de tipo subjetivo*22. *Desviación de poder*22.1. *Noción y fundamento conceptual*

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. En efecto, cuando las leyes tienen una finalidad expresa o implícita¹⁵⁰ que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad. Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que el funcionario tiene la facultad que le confiere la ley restringida y orientada al cumplimiento de la finalidad de la misma.¹⁵¹

En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica: El administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino con la finalidad prevista por ella.¹⁵²

22.2. *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 encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.”

Entre los antecedentes acerca de la aplicación de este principio, cabe recordar el fallo de la Sala en lo Contencioso-Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De la Torre, José Alejandro*,¹⁵³ en el que se dijo que las

¹⁵⁰ Ampliar en LINARES, *Fundamentos*, op. cit., p. 309.

¹⁵¹ Confr. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, op. cit., p. 81 y ss.; aunque este autor hace un planteo más amplio e incluye a la desviación de poder dentro de la arbitrariedad. En igual sentido que LINARES, BIDART CAMPOS, G., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss., especialmente p. 347. Admite la desviación de poder, aunque vinculándola con la causa, FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; en igual sentido, DIEZ, op. cit., p. 405. Por su parte, BOSCH, JORGE T., *Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951, p. 150 y ss., demuestra la constitucionalidad de este tipo de contralor. Ver también MARIENHOFF, op. cit., p. 535 y ss.; CAIO TACITO, *O abuso de poder administrativo do Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 76.

¹⁵² Ver los autores citados en la nota anterior y también CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Do desvio de poder*, San Pablo, 1964, p. 125, n° 3.

¹⁵³ En *Revista de Administración Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, pp. 96-7, con nuestra nota. Con una curiosa persistencia, múltiples gobiernos posteriores han dictado leyes de “racionalización,” “prescindibilidad” y similares, y las han utilizado desviadamente con fines sancionatorios. En uno de tantos casos la Corte Suprema comparte el fallo de la Cámara en el sentido de que “los elementos de convicción arrimados al proceso... no modifican la conclusión del a quo en el sentido de que no existió una mera declaración de prescindibilidad y sí, por el contrario, indebido ejercicio de las facultades de la ley 17.287 con una evidente finalidad disciplinaria.” (*Plaza de Mérito*, 1972, Fallos, 284: 183, 188.)

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 de las que dan lugar al recurso organizado por los artículos 24 y 25 del decreto-ley 6.666/57,” lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, llevó a que se lo anulara. La Corte Suprema, en diversos pronunciamientos, siguió la misma orientación.¹⁵⁴

También la Procuración del Tesoro de la Nación, en sentido similar, ha dicho 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.”¹⁵⁵

Por último, la Corte Suprema, en un reiterado *dictum*, afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos “...cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *finés* del art. 23. Tal lo que sucedería, por ejemplo, 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.”¹⁵⁶ Ello, sumado a la jurisprudencia de la propia Corte sobre cesantías encubiertas, da al principio sólida vigencia.

22.3. Casos de desviación de poder

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad¹⁵⁷ del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.¹⁵⁸

22.3.1. *El funcionario actúa con una finalidad personal.* Trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigida por la ley, está viciado al contravenir su finalidad.

22.3.2. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros.* Ello ocurre cuando, también aquí, sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo

¹⁵⁴ *Plaza de Mérito*, 1972, *Fallos*, 284: 184; *Onaindia*, 278: 49.

¹⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 51: 91; también 64: 114.

¹⁵⁶ Corte Suprema, *Sofía*, 1959, *Fallos*, 243: 504. La bastardilla es nuestra. La Ley 14.785 citada en el fallo había declarado el estado de sitio en el país.

¹⁵⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 426. En cambio, GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 499, se pronuncia por la anulabilidad.

¹⁵⁸ Para otros aspectos de la aplicación del principio, ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 373 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 444 y ss.

do de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

22.3.3. *El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración.*¹⁵⁹ Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.

22.4. 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; pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable: Muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por la ley deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria,¹⁶⁰ y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria de favoritismos, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, 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.

23. Arbitrariedad

La arbitrariedad en cuanto vicio que hace antijurídico a un acto (o dicho de otra forma, la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema aplicable a las sentencias judiciales.¹⁶¹ Se dice que las mismas son “sentencias arbitrarias” y con ello

¹⁵⁹ O a un interés general o público distinto del previsto por la ley: RIVERO, *op. cit.*, p. 223.

¹⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 259; en igual criterio amplio RIVERO, *op. cit.*, p. 224. Como dice LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, n° 268, pp. 309-310, “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.”

¹⁶¹ El principio de la razonabilidad es también aplicable a las leyes; pero lo que fundamentalmente interesa con respecto a los actos administrativos en sentido estricto es lo referente a las sentencias,

constitucionalmente nulas por violación de la garantía de la defensa en juicio, entre otros casos, cuando *a)* deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas, *b)* prescinden de los hechos probados, o se fundan en hechos no probados, o *c)* prescinden de fundar en derecho la decisión adoptada, etc.¹⁶²

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 fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la administración,”¹⁶³ se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.¹⁶⁴

En el caso Reyes, del año 1959,¹⁶⁵ 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 1° de esta sentencia,¹⁶⁶ 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*.”¹⁶⁷

porque su similar naturaleza formal —acto concreto de aplicación del derecho— justifica la aplicación analógica de los respectivos principios y caracteres del requisito de la razonabilidad.

¹⁶² Ver CARRIÓ, GENARO, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.; del mismo autor, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; FIORINI, BARTOLOMÉ, “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales,” *LL*, 88: 921; YMAZ, ESTEBAN, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *LL*, 67: 741; STROHM, ERICH, “Sentencias inconstitucionales,” *JA*, 1954-III, p. 12, sec. doct.; DASSEN, JULIO, “Algunas consideraciones sobre las sentencias arbitrarias,” *JA*, 26-III-62; y las referencias contenidas en el libro de YMAZ y REY, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943; e ídem, actualizado por REY y PALACIO, LINO, Buenos Aires, 1962.

¹⁶³ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. Con este libro es LINARES, desde luego, el principal sostenedor de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo, a partir de su clásica obra “*El debido proceso*” como garantía inminada en la Constitución argentina, Buenos Aires, 1944.

¹⁶⁴ 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. *Op. cit.*, p. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss.

¹⁶⁵ *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 25-IX-59, *Fallos*, 244: 548.

¹⁶⁶ “...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.”

¹⁶⁷ *Fallos*, 244: 554. La bastardilla es nuestra.

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,¹⁶⁸ 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...”¹⁶⁹

El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano administrativo 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, aun la discrecional, para producir efectos jurídicos válidos.”

“Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible.”¹⁷⁰

El principio así consagrado por la Corte Suprema en su aplicación al acto administrativo fue encontrando posteriormente recepción legislativa; la ley que regula la acción de amparo admite su procedencia contra el acto administrativo “arbitrario;” el art. 45 del Código Civil, expresa que las decisiones administrativas en materia de otorgamiento de personalidad jurídica son “revocables judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o *arbitrariedad*.” El decreto-ley 19.549/72, en fin, consagra también el principio en su art. 7° al establecer la necesaria proporcionalidad que debe guardar el acto con el fin de la ley (inc. *f*). Con todo, existen diversas hipótesis que es necesario explicar.

24. *Distintos casos de arbitrariedad*

Ya enunciamos anteriormente a la arbitrariedad dentro de los vicios del objeto, referida a actos contradictorios, desproporcionados, absurdos o ilógicos en su contenido. Ahora nos referimos a la arbitrariedad dentro de los vicios de la voluntad: Se trata en estos casos 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. Por más que el funcionario tenga en ciertos casos un margen de discrecionalidad, ello no significa que pueda actuar caprichosamente o arbitrariamente: 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.

¹⁶⁸ *Fallos*, 248: 625.

¹⁶⁹ *Fallos*, 248: 627.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 625.

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.

Los casos incluidos dentro de la arbitrariedad, en cuanto vicios del acto, son los siguientes:

24.1. *Actos que omiten decidir*

Si 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.¹⁷¹ El administrado tiene así, en nuestro concepto y por aplicación análoga del criterio jurisprudencial mencionado respecto a las sentencias arbitrarias, derecho a obtener una “consideración explícita”¹⁷² de lo aducido, y el acto administrativo que no cumpla con este requisito será nulo. Este principio ha sido consagrado expresamente en el decreto-ley 19.549/72, cuyo art. 1º, inc. f), apartado 3), determina que los particulares tienen derecho a que “El acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.” Por aplicación del art. 14, inc. b) la transgresión a esta norma aplicable explícitamente, da lugar a la nulidad del acto.

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.

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, en la motivación del acto, de la argumentación del administrado, vicia de nulidad al acto en forma completa, pues allí la arbitrariedad es en este aspecto total.

¹⁷¹ *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.

¹⁷² *Fallos*, 241: 405.

24.2. Decisiones que prescinden de los hechos

Cuando el acto desconoce hechos acreditados en el expediente, o se funda en hechos o pruebas inexistentes,¹⁷³ o carece de todos modos de una situación de hecho que los justifique.¹⁷⁴

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 error conceptual, propio de comienzos de siglo, de encuadrarlo dentro de la tradicional teoría de la causa de los civilistas. 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 la imprecisión conceptual del decreto-ley baste advertir que la primera mención a los “hechos o antecedentes inexistentes o falsos” se la encuadra inexplicablemente 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 obviamente implica una superposición de vicios que el intérprete debe inexcusablemente desentrañar y aclarar.

En suma, sea por el inc. a) o el b) del art. 14, o por el mismo inc. a) del art. 7º, y tanto si se elige la tradicional denominación de “falsa de causa” o “falta causa,” o si se opta por llamarlo “dolo”...como el inc. a) del art. 14; o, por fin, si se elige una denominación un poco más acorde con las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico, lo cierto es que la consagración normativa y jurisprudencial de la necesidad de que todo acto administrativo tenga hechos que lo precedan y justifiquen razonablemente, está fuera de discusión.

Si el mismo adolece del señalado vicio, fundándose en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos debidamente probados o de público conocimiento, es nulo. Cabe destacar que se comprenden también aquí los casos

¹⁷³ *Fallos*, 235: 654, *JA*, 26-III-62, con nota de DASEN, JULIO. Ver también *Fallos*, 239: 35 y 445; 236: 27; BIELSA, RAFAEL, *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, 1951, 2ª ed., p. 539; PTN, *Dictámenes*, 81: 228; 86: 337; se dijo en este último caso que un informe “lacónico” no daba suficiente base de hecho para el dictado del acto. 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 arbitrariamente; además, fundarse en ellos no debe tampoco suponer el desconocimiento de otros hechos u otras pruebas en sentido contrario que también obren o puedan obrar en las actuaciones. Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 526; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 409. En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 93: 41; 92: 34; 102: 226.

¹⁷⁴ En esta hipótesis hay un antecedente de la Procuración del Tesoro de la Nación, en que administrativamente se declaró nulo un acto (disminución del sueldo de un empleado público, antes de la vigencia del Estatuto) dictado sin situación de hecho alguna que lo justificara. (P. ej., razones económicas o disciplinarias.) Ver *Dictámenes*, 51: 91.

en que el administrador simplemente actúa sin que exista situación objetiva que en modo alguno justifique la decisión adoptada; o sea, cuando prescinde de que nada en la realidad sustenta razonablemente su decisión.¹⁷⁵

En conclusión: Es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, aquí denominado razonabilidad, que éste repose sobre una justificación que lo fundamente racionalmente: Cuando el acto desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe, es nulo; esto, que conceptualmente podría denominarse teoría de la causa o de los motivos determinantes, queda comprendido dentro del requisito de la razonabilidad, tal como él ha sido aplicado por la Corte Suprema en los precedentes de que se ha hecho mención. (*Reyes y Aldamiz*.)

24.3. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria¹⁷⁶ o cometen un total e inexcusable error de derecho¹⁷⁷

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,

¹⁷⁵ 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 1º) ausencia de causa, 1º bis) ausencia de motivos, 2º) falsa causa.

1º) Ausencia de causa; es cuando no hay una situación objetiva de hecho que se encuentre en la base del acto. (HARIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.) Por ello, aunque la ley no prevea jurídicamente ninguna situación de hecho como causa necesaria de un acto en particular (o sea, cuando no hay una facultad reglada: Ver *supra*, t. 1, cap. VIII), no por ello se destruye la necesidad de que exista una causa real (ver PRAT, JULIO A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 67 y sus referencias doctrinarias), MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 526.

1º bis) Ausencia de motivos (*défaut de motif légal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión; que la provocan, que son su razón de ser (BONNARD, ROGER, artículo en *Revue de Droit Public*, París, 1923, p. 103); en definitiva, se trata también de la ausencia de causa.

2º) Falsa causa, o sea, cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa (VEDEL, *op. cit.*, p. 428 y ss.); al igual que en el caso anterior, se trata de que prescinde de los hechos, o de la inexistencia de hechos reales, para fundar aparentemente la decisión en otros hechos falsos o que carecen de relevancia para el caso.

¹⁷⁶ *Jacobson c. Canaro*, 1959, *Fallos*, 224: 523, expone diáfananamente la doctrina de la Corte: “Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las resoluciones de los tribunales de justicia deben ser fundadas. En razón de su carácter de órganos de aplicación del derecho deben, en efecto, conformar sus decisiones a la ley y a la jurisprudencia y doctrina vinculadas con la especie del caso a decidir. Y ello debe resultar del razonamiento cumplido en el acto de juzgar, de tal modo que la decisión aparezca como derivación razonada del derecho vigente y no como producto de la voluntad individual del juez, *Fallos*, 234: 82; 236: 27, 156, y otros.”

“Que el cumplimiento de la exigencia señalada por esta jurisprudencia impone a los jueces la necesidad de determinar la regla general de derecho aplicable a las circunstancias del caso a decidir. Sin duda puede tratarse de un principio admitido por la jurisprudencia o derivado según la doctrina de las características básicas del ordenamiento jurídico vigente. Incluso puede referirse la decisión a normas obvias, que no requieren declaración expresa. Pero lo que no debe ocurrir es que lo argüido no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente, en otra forma que por referencia a la libre estimación del juez.” (Fallo citado, p. 525.)

¹⁷⁷ Ver YMAZ, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” artículo citado, p. 750. CARRIÓ clasifica estos vicios de la siguiente manera: a) Casos en que el juez prescinde conscientemente del orden jurídico, y se basa en consideraciones extrajurídicas; b) decisiones apoyadas en afirmaciones dogmá-

consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b)” —que son a su vez los relativos a que el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable. En esta norma encontramos la referencia a la necesidad de motivación 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 distinta que además los explique satisfactoriamente. 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.

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 hemos comentado en el punto 9.2.; el segundo aspecto es la violación de la ley en el objeto, o violación de facultades regladas, que comentamos en el cap. VIII, n° 4 y 5; el tercero es la insuficiencia de motivación de hechos, que comentamos nuevamente en el cap. X, n° 6; el cuarto, la insuficiencia 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 motivación suficiente en los hechos que la motivación suficiente en derecho, que es más fácilmente suplible por el intérprete o el destinatario del acto.

En consecuencia, para que el acto sea inválido por falta de motivación jurídica, entendemos que debe tratarse de una carencia más o menos calificada, y de allí que utilicemos aquí la conceptualización de la Corte Suprema en materia de sentencias arbitrarias, en el supuesto de arbitrariedad por falta de fundamentación normativa seria,¹⁷⁸ o comisión de un total e inexcusable error de derecho.¹⁷⁹

El simple error de derecho, por lo tanto, no constituye arbitrariedad,¹⁸⁰ tampoco la pobreza o superficialidad de la argumentación jurídica que la motivación contenga.

ticas 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, en sustitución de normas positivas inmediateamente aplicables (*op. loc. cit.*), etc.

¹⁷⁸ *Supra*, nota 176.

¹⁷⁹ *Supra*, nota 177.

¹⁸⁰ *Fallos*, 237: 74, 142 y otros.

24.4. 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.¹⁸¹ Normalmente los autores enuncian el principio indicado pero no lo desarrollan, suponiendo tal vez que por tratarse de principios “lógicos” no requieran mayor explicación; pensamos, sin embargo, que una somera referencia a los principales casos de razonamientos lógicamente falsos o inválidos es conveniente y hasta necesaria, por cuanto es frecuente su aparición en la práctica. Desde este punto de vista, podemos recordar la distinción que en lógica se efectúa entre las “falacias no formales” y las “falacias formales,” a fin de indicar su aplicación en cuanto vicio de la fundamentación del acto administrativo.

24.4.1. “Falacias no formales.” Son razonamientos incorrectos, pero que resultan no serlo cuando se los analiza cuidadosamente.¹⁸² Tenemos así:

24.4.1.1. La falacia de conclusión inatingente,¹⁸³ es decir, obtener una conclusión que nada tiene que ver con el argumento que se utiliza: Argumentar que el contratista de obras públicas 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, pues será necesario demostrar que ese contratista no cumplió con su obligación, y por qué procede la sanción que en el caso se aplica.¹⁸⁴

24.4.1.2. El argumento *ad hominem*, como sería 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 determinar la verdad o falsedad de lo que dice o la corrección o incorrección de su argumento.”¹⁸⁵ La administración incurre a

¹⁸¹ DE VALLES, *op. cit.*, p. 171; CAMMEO, *op. cit.*, p. 606; OSSENBÜHL, *op. cit.*, p. 8; HUBER, *op. cit.*, p. 731; LANDI-POTENZA, *op. cit.*, p. 265; FIORINI, *op. cit.*, pp. 376 y 377; también pueden darse fallas lógicas en el objeto del acto, según vimos.

¹⁸² COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, 1962, p. 59.

¹⁸³ COPI, *op. cit.*, p. 60. Es una forma menos evidente de ilogicidad que la *contradicción* entre el objeto del acto y sus considerandos, que ya mencionamos al referirnos al objeto.

¹⁸⁴ Ver los ejemplos que da COPI, *op. cit.*, pp. 60 y 61. En el mismo sentido, HEMPEL, CARL G. y OPPENHEIM, PAÚL, “La lógica de la explicación,” Buenos Aires, 1961, *Cuadernos de Epistemología* de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, n° 4, p. 4.

¹⁸⁵ 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. Aun el más perverso de los hombres puede a veces decir la verdad.”

veces en esta falacia, argumentando en contra de la procedencia de los recursos sobre la base de supuestas virtudes negativas de los recurrentes.

24.4.1.3. Del mismo modo, será ilegítimo todo acto que incurra en las demás falacias no formales del razonamiento:¹⁸⁶ Argumentos *ad baculum* (apelación a la fuerza), *ad ignorantiam* (argumento por la ignorancia),¹⁸⁷ *ad populum*. (Apelando al asentimiento popular: “Es un recurso favorito del propagandista, el demagogo y el que pasa avisos.”)¹⁸⁸

24.4.1.4. Un tipo de razonamiento falso es también el que considera las consecuencias de la decisión, antes que la fundamentación de la misma: “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.” Lamentablemente, este último 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 de efectuar en la práctica.¹⁸⁹

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

¹⁸⁶ Ver y comparar, para estos casos de razonamientos falaces, COPI, *op. cit.*, pp. 62-70.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ COPI, *op. cit.*, p. 68. De este corte son también, por lo general, los argumentos que invocan el “interés público,” la “necesidad general,” el “interés de la colectividad,” etc. Sobre esto ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, cap. VIII, n° 12.2-12.5.

¹⁸⁹ Desde luego, la cuestión roza el plano de la teoría general del derecho, ya que 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 propondría si fuera legislador. Como dice MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública*, Buenos Aires, 1975, p. 86, “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.”

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” (CARRIÓ, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, p. 148, p. 154 y ss., 160 y ss.)

Desde luego, una cosa es que el órgano manifieste “que no se siente ligado por el orden jurídico” (CARRIÓ, *op. cit.*, p. 161), y otra que ante evaluaciones legislativas contradictorias o inexistentes (HECK, citado por MAIRAL, *op. loc. cit.*) considere tales aspectos y les dé solución. Que en este último caso el órgano fundamente su solución también en consideraciones utilitarias es sin duda correcto; lo peligroso es que el funcionario público, en tren de hacer este tipo de análisis, generalmente se inclinará 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.

un acto. Este 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 que 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 generales.”¹⁹⁰

En otras palabras: 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 argumentos 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.*)

Este pensamiento lógicamente deficiente es, con todo, uno de los razonamientos más frecuentes con que se fundan 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.

24.4.2. “*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.¹⁹¹ Ello ocurre, por ejemplo, cuando el razonamiento llega en la conclusión más allá de lo que dicen las premisas:

“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.”¹⁹²

¹⁹⁰ HEMPEL y OPPENHEIM, *op. cit.*, pp. 15, 16 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 racional pueda ser un comportamiento ilógico. 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” (HART, *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, p. 27) 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. Ver CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 51 y 55.

¹⁹¹ Ver COPI, *op. cit.*, p. 165.

¹⁹² 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

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.¹⁹³

Sin embargo, también se puede encontrar un razonamiento falso en meras proposiciones lógicas mal aplicadas: Por ejemplo, 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.¹⁹⁴ En el primer supuesto podemos recordar el principio de que solamente si el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas da su dictamen favorable, puede el Poder Ejecutivo otorgar a un funcionario licencia con goce de sueldo para que siga estudios en el exterior, pero no está obligado a ello (implicación intensiva); en el segundo caso (implicación extensiva) encontramos que 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. (También puede serlo por dificultades materiales, huelgas, etc.) En estos ejemplos, si se dijera que necesariamente el dictamen 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,¹⁹⁵ sino que no puede válidamente 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,¹⁹⁶ etc.

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. 179-185, a quien nos remitimos. Ver también BLANCHÉ, PIERRE, *Introducción à la logique contemporaine*, Paris, 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.

¹⁹³ Tampoco existe esa aplicación sistemática de la lógica simbólica al derecho en general. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., pp. 332-333, se muestra escéptico sobre la utilidad que la lógica moderna pueda proporcionar al derecho. Para una visión más detallada de las diversas posibilidades de aplicación, ver los trabajos contenidos en el volumen XXVIII, n° 1, de la revista *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, EE.UU., Duke University, 1963, dedicado al sugestivo tema de *Jurimetrics*.

¹⁹⁴ Ampliar en KLUC, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 48 y ss.

¹⁹⁵ Ver, por ejemplo, CARRIÓ, *op. cit.*, p. 52 y ss.

¹⁹⁶ Como dice HART, *op. cit.*, p. 31, “La lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamen-

En otras palabras, el control de la razonabilidad del acto, en cuanto control de su consistencia lógica, es un *test* negativo: La falta de lógica del acto prueba su irrazonabilidad, pero su validez lógica no prueba su razonabilidad ni la legitimidad del acto.¹⁹⁷

24.5. Otras hipótesis

La razonabilidad del acto administrativo puede tener otras manifestaciones: Ya hemos visto que ella se aplica al *objeto* del acto, que será ilegítimo si es desproporcionado, contradictorio, o absurdo. También la desviación de poder, que nosotros consideramos un vicio autónomo, es vista por algunos autores como un caso de irrazonabilidad.¹⁹⁸ Posiblemente este principio de la arbitrariedad, que tan fructífero ha sido en el derecho público argentino, pueda todavía tener mayores desarrollos en el futuro, por lo que no puede considerarse terminada o finita la lista de posibles vicios de irrazonabilidad del acto administrativo.

25. Diferencia entre “arbitrariedad” y el vicio tradicional de “violación de la ley”

Debe notarse 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 expresa¹⁹⁹ 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.

Cuando el administrador, en cambio, aprecia razonablemente los hechos y funda seriamente y sin palmario e indubitable error de derecho el acto, el mismo

te que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces, se sigue una conclusión determinada.”

¹⁹⁷ En este sentido dice por ejemplo GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 332, que “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. La Lógica constituye el presupuesto indispensable de cualquier verdad.” Es decir, entonces, que la verdad formal no asegura la existencia de verdad material, pero que no puede haber verdad material sin verdad formal. En sentido similar COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 242. Como se advierte de los autores citados en la nota precedente y ésta, la incidencia de los criterios lógicos sobre el derecho es, en este punto, independiente de las diversas corrientes y doctrinas iusfilosóficas.

¹⁹⁸ LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, *op. cit.*, n° 248, pp. 293 y 294; *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁹ O implícita: Ver LINARES, “Competencia administrativa y prohibiciones implícitas,” en RADA, n° 8, Buenos Aires, 1975, p. 15 y ss.

no está viciado de arbitrariedad, aunque —a la inversa— en verdad la resolución aplique erradamente el derecho a los hechos del caso, y corresponda en definitiva que se la deje sin efecto: Pero en tal caso la revocación o anulación del acto habrá de fundarse en un vicio en el objeto del acto, y no en la voluntad caprichosa del administrador.

Por ello, relacionando el vicio que comentamos con los principios generales del derecho administrativo, corresponde decir que constituye principalmente un límite a la actividad discrecional de la administración.²⁰⁰

Toda vez que estamos en presencia de una facultad *reglada*, que condiciona el objeto del acto a la existencia de determinada situación de hecho, el vicio del acto, en caso de ser dictado sin existir la situación de hecho prevista por la ley, no es el de causa (ilícita, falsa o inexistente) ni el de arbitrariedad, sino simplemente un vicio en el objeto por no constituir el objeto autorizado o determinado por la ley para el caso concreto, o por haber sido dictado en un caso distinto del que la ley determinaba. Estos límites a las facultades discrecionales, que originan la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, son de aplicación con respecto a todos los actos dictados por órganos administrativos o en ejercicio de la función administrativa; incluso para el Poder Ejecutivo en sus actividades anteriormente llamadas de gobierno, y que desde luego forman parte de la simple actividad administrativa.

26. *Error*

26.1. *El error como causal de nulidad*

El decreto-ley 19.549/72 menciona al error en el art. 14, inc. *a*), diciendo que es causal de nulidad cuando fuere “esencial” y hubiere significado en el caso que “la voluntad de la administración resultare excluida;” debe versar entonces sobre un aspecto importante del acto²⁰¹ y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar tal acto. Sería parecido a lo que algunos autores gustan llamar la preeminencia de la voluntad real por sobre la declarada.²⁰² 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.

²⁰⁰ Ampliar en *Tratado*, t. 1, cap. VIII.

²⁰¹ BIELSA, *op. cit.*, t. II, pp. 24-5.

²⁰² SAYAGUÉS LASO, t. I, p. 434; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 1ª ed., p. 245.

26.2. Errores de menor gravedad

Si el error no reviste tales características, el acto puede ser anulable,²⁰³ o válido.²⁰⁴

26.3. Acerca del llamado “error de derecho”

No corresponde, a nuestro juicio, considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho, y en base a ellos dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar: Por ejemplo, no hay vicio de error 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 dicha persona no reunía los requisitos legales; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta, y resulta luego que el orden jurídico se lo prohibía.²⁰⁵ 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 hechos o del derecho aplicable para dictar el acto, y constituye, por lo tanto, sea un vicio *en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), sea *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.²⁰⁶ Es errada, pues, la denominación que la Corte Suprema da a los numerosos casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas determinadas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban a dictar el acto emanado, como “error de derecho” y “error de hecho,”²⁰⁷ el error en cuanto vicio de la voluntad existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar.²⁰⁸ Quería hacer una cosa, y firmó otra. En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario; pero no en el error. Esto tiene importancia, pues mientras el vicio de error sólo determina la *anulabilidad* del acto, un vicio en el objeto o en la voluntad puede llevar a su *nulidad* o *inexistencia*.

Sólo excepcionalmente puede admitirse que un error en los fundamentos pueda ser considerado típicamente como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *Cree que está obligado* a hacer algo, y por eso dicta el acto.²⁰⁹

²⁰³ BIELSA, *op. cit.*, p. 125; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 513; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 507 y 508 admite también la nulidad.

²⁰⁴ SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*; OSSENBÜHL, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

²⁰⁵ OSSENBÜHL, *op. cit.*, p. 7; OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁶ OSSENBÜHL, *op. loc. cit.*; OBERMAYER, *op. loc. cit.*

²⁰⁷ Ver dichos fallos en BOSCH, *La extinción...*, *op. cit.*

²⁰⁸ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁹ O cree que los hechos son unos, cuando en verdad son otros. En este caso indica OBERMAYER, *op. loc. cit.*, que el acto es 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 este caso el acto está viciado principalmente de arbitrariedad. Comparar FIORINI, *op. cit.*, p. 377.

Aquí la voluntad estaría viciada en sí misma, en cuanto no hizo el acto por libre decisión, sino por obedecer a la ley: Si se comprueba que hay error, se trataría de un caso de anulabilidad.

27. *Dolo, violencia, simulación*

En todos estos casos se considera en general que el acto es anulable y así lo ha dicho también la Corte Suprema en el caso *Carman de Cantón* (*Fallos*, 175: 368), pero pueden hacerse algunas distinciones según el tipo de vicio y su gravedad en cada caso particular.

27.1. *Dolo*

El decreto-ley 19.549/72 considera uno de los casos de dolo, aquel en que dicho vicio de la voluntad se produjera en cuanto se “tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos,” y lo sanciona con la nulidad.²¹⁰

No creemos que corresponda restringir el dolo al solo supuesto mencionado por el decreto-ley, ni tampoco postular la regla contraria de que todos los casos de vicio de dolo acarreen la nulidad absoluta. A nuestro juicio se hace necesario distinguir entre los distintos supuestos de gravedad y valorarlos de acuerdo a las circunstancias del caso.

27.1.1. *Dolo del administrado*. Si la facultad ejercida era reglada, entonces la comprobación de la inexactitud de las manifestaciones del administrado, sean ellas dolosas o no, resulta en que el acto está en contravención a dichas facultades (porque el acto no se dio en los casos que la ley preveía), y, por lo tanto, el vicio del acto reside en su apartamiento de las facultades regladas y no en el dolo o error del administrado. El acto podría entonces ser nulo, aunque en el fallo citado la Corte Suprema lo consideró anulable.²¹¹

Si la facultad ejercida era *discrecional*, y el administrador podía dictar o no el acto, a su elección, y decide hacerlo en base a manifestaciones falsas, probanzas adulteradas (documentos falsificados, por ejemplo), etc., entonces el acto es anulable. Desde luego, para que este vicio exista es necesario que no se trate de una mera omisión o error culposo del administrado, sino de *dolo*; además se requiere que tal dolo sea *previo* a la emisión del acto administrativo, y que haya sido *determinante* para la adopción de la decisión: Si el dolo ha existido, pero no ha influido para el dictado del acto, entonces no afecta su validez.

27.1.2. *Dolo del funcionario*. En este supuesto el acto también es anulable,²¹² este caso merece algunas consideraciones especiales, merced a que la jurisprudencia

²¹⁰ Así MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 510.

²¹¹ *Fallos*, 175: 368.

²¹² 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. (Corte Suprema, *Fallos*, 195: 339.)

dencia en alguna oportunidad apreció considerar que no puede admitirse, en ningún caso, la alegación de que por ejemplo el Poder Ejecutivo habría actuado dolosamente. 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, nos parece claro que —tratándose de seres humanos y no de semidioses— ella carece de fundamento y de razonabilidad. De todos modos, es claro que la mera 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. Considerarnos que son aplicables las mismas reglas probatorias que enunciamos respecto de la desviación de poder, admitiéndose en consecuencia cualquier tipo de prueba, incluso la indiciaria, para demostrar la existencia del vicio alegado.

27.1.3. *Dolo del administrado y del funcionario.* Al existir connivencia dolosa del funcionario y el administrado, producto del soborno o cohecho, el acto es nulo,²¹³ y no anulable, pues la trascendencia del dolo es mucho mayor.

27.2. *Violencia o intimidación*

Presenta dos supuestos:

27.2.1. *Violencia sobre el administrado.* 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:²¹⁴ 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,²¹⁵ pero tal vez quepa pronunciarse simplemente por la anulabilidad.

27.2.2. *Violencia sobre el funcionario.* La violencia sobre el agente cometida por el propio administrado a quien el acto va dirigido o por terceros, hace que el acto sea anulable,²¹⁶ aunque anotamos que también hay autores que se pronuncian por la nulidad.²¹⁷

27.2.3. *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 ame-

²¹³ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²¹⁴ OBERMAYER, *op. cit.*, p. 78.

²¹⁵ OBERMAYER, *op. loc. cit.*

²¹⁶ BIELSA, *op. cit.*, p. 125.

²¹⁷ OBERMAYER, *op. loc. cit.*, p. 125.

naza haya podido producir en ellas.²¹⁸ 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.

27.3. Simulación

La simulación absoluta produce la nulidad del acto, según el art. 14, inc. *a*), del decreto-ley; por simulación absoluta ha de entenderse conforme al art. 956 del Código Civil, la celebración de un acto jurídico que nada tiene de real.²¹⁹ El autor sostiene que cabe aceptar “la licitud de ciertos actos administrativos disimulados, cuando razones de urgencia e interés público tornan necesario acudir al expediente de la simulación,”²²⁰ 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 inmoralidad, debiera ser sancionada con la nulidad o anulabilidad del acto.

27.3.1. *Ejemplos.* La simulación aparece en la práctica generalmente 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; 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 funcionarios para funciones inexistentes,²²¹ etc.

²¹⁸ En este sentido, LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975; p. 197.

²¹⁹ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 332.

²²⁰ CASSAGNE, *El acto administrativo*, op. cit., p. 279.

²²¹ Como el caso tan sonado de aquella Municipalidad de la Provincia de Buenos Aires que tenía 13 ascensoristas y ningún ascensor...

La simulación de la fecha, en otro ejemplo, es un vicio muy frecuente en la práctica administrativa, aunque difícil de probar; por ello es que nos parece especialmente irreal la jurisprudencia que interpreta que lo que importa es que el acto haya sido dictado (firmado) en la fecha en que debió haberlo sido, aunque haya sido notificado después, por ejemplo después de haber perdido vigencia la ley que facultaba a la administración a emitirlo. 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 lugar²²² 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;²²³ la tesis 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 debe igualmente ser sancionada con la nulidad del acto.

27.3.2. *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 emparenta así con la desviación de poder, la mala fe, la inmoralidad administrativa. Por estos motivos creemos que debe tenerse a su respecto un criterio amplio en cuanto a la administración de medios probatorios, que deben serlo todos, incluso los indiciarios.²²⁴

27.3.3. *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.²²⁵ Si el orden jurídico reconoce al instrumento administrativo el carácter de instrumento público, con el alcance de dar *fe pública* de su fecha, firma y otorgamiento, pareciera que esa fe pública

²²² *Tratado*, t. 3, cap. X, n° 10.

²²³ Reservar 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 solo; el acto no eficaz en derecho, el acto que por sí solo no produce efectos jurídicos propios, no se 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.

²²⁴ Ver *Tratado*, t. 3, cap. IX, n° 7.4.

²²⁵ *Tratado*, t. 3, cap. VII, n° 4.

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 y simultáneamente permitir en forma lata la simulación del mismo sin sanción de nulidad.

28. *Gráfico comparativo de los vicios subjetivos de la voluntad*

Acompañamos un cuadro comparativo de los distintos vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa.

<i>Tipo de vicio</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Consecuencia jurídica</i>
1º) Desviación de poder	a) Fin personal b) Fin de beneficiar a terceros c) Fin Administrativo	Nulidad
2º) Arbitrariedad	a) Actos que omiten decidir	Nulidad
	b) Actos que prescinden de los hechos	Nulidad
	c) Falta de fundamentación normativa seria	Nulidad y anulabilidad
	d) Actos ilógicamente motivados A) Falacias no formales B) Falacias formales	Nulidad
	e) Falta de proporcionalidad, etc.	Nulidad
3º) Error	Esencial	Nulidad o anulabilidad
	No esencial	Validez
4º) Dolo	a) Del administrado (previo al acto determinante)	Anulabilidad
	a') Del administrado (no determinante)	Validez
	b) Del funcionario	Anulabilidad
	c) Ambos	Nulidad
5º) Violencia	Sobre el administrado o sobre el funcionario	Anulabilidad
6º) Simulación	Fechas, personas, etc.	Nulidad

V. Vicios de forma

A) Formas de instrumentación y publicidad

29. Concepto

La forma del acto es el medio por el cual la voluntad administrativa se exterioriza; pero al traducirse al mundo exterior, la forma puede asumir dos roles diferentes: a) Instrumentar la voluntad y también constatarla, o documentarla;²²⁶ b) darla a conocimiento del público o de las personas a quienes el acto afecta.²²⁷

No siempre se presentan los dos tipos de forma de manera separada, y puede entonces darse un acto a conocimiento de los interesados sin estar documentado en parte alguna: Es el caso de los actos expresados verbalmente, o por algunos tipos de signos o señales; con todo, la regla es que los actos sean documentados por escrito. Sobre esto volveremos más adelante.

En cambio, un acto no puede carecer de forma de publicidad y sin embargo ser apto para producir efectos jurídicos, ya que la publicidad del acto es un requisito previo a su exigibilidad. Una excepción a esta regla la constituye el silencio administrativo cuando la ley le otorga un efecto determinado, caso en el cual se produce el acto de denegación tácita de pleno derecho por el mero transcurso del término establecido, sin necesidad de instrumentación o de notificación alguna.

Salvo estas excepciones, por lo general cabe decir que el acto debe quedar documentado y además debe ser dado a publicidad; que la omisión o el defectuoso cumplimiento del primer requisito puede afectar de distintos modos la validez del acto, transformándolo en anulable, nulo o inexistente según la importancia de la transgresión.²²⁸ En el caso de la falta de publicidad, en cambio, el acto no queda viciado sino que no es exigible hasta tanto este requisito sea cumplimentado.

²²⁶ Sobre la distinción entre “instrumentación” y “documentación,” comparar FIORINI, *op. cit.*, 1ª ed., p. 336.

²²⁷ Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 111. ZELAYA, SIMÓN F., “Forma del acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 62 y ss., excluye a la publicidad como parte de la forma del acto administrativo.

²²⁸ El decreto-ley 19.549/72 expresa que la violación “de las formas esenciales” es causal de nulidad (art. 14, inc. b); también señala en general que las irregularidades intrascendentes no afectan la validez del acto (art. 16); pero no dice qué vicios de forma originan la anulabilidad ni tampoco concreta cuáles son las supuestas formas “esenciales” que determinan la nulidad.

Por nuestra parte y como lo explicamos en los puntos 14 y 15, consideramos que la palabra “esencial” es totalmente vacua o carente de contenido significativo, no denotando en consecuencia nada del mundo exterior salvo aquello que la veledad de cada autor quiera destacar: En última instancia cada uno llama “esencial” a aquello que considera *importante, significativo, trascendente, grave*, etc. En este sentido y con este contexto es suficiente entonces con hablar de la importancia relativa de la transgresión de forma que consideremos, y según dicha importancia en el caso pronunciarnos por la validez, anulabilidad, nulidad o inexistencia del acto.

30. *La forma escrita*

La forma de documentación por antonomasia es, desde luego, la escrita, que constituye la regla general.²²⁹ Ello es así porque al expresarse el acto por medio de la escritura permite fundamentar más acabadamente la decisión, y permite también valorar debidamente la legitimidad del acto. La forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administradores,²³⁰ pues allí podrán ellos encontrar la certeza respecto al contenido y alcance de los deberes o derechos que de tales actos emanen. Esa certeza y aquella fundamentación no se dan en igual medida en otras formas de documentación, ni en aquellos casos en que dicha documentación escrita no existe.

No hay normas jurídicas que impongan una determinada estructura formal del acto, aunque existen prácticas y costumbres en el sentido de hacerlo de determinada manera; con todo, “estos usos no tienen ninguna fuerza jurídica,”²³¹ y las exigencias formales que el acto debe satisfacer para ser legítimo no habrán, en consecuencia, de ser juzgados de acuerdo a tales usos, sino a los principios pertinentes que aquí analizaremos. En tal sentido, se sostiene que un acto administrativo puede incluso revestir la forma de una simple carta, si reúne los demás requisitos. (Firmas, etc.)²³²

Con todo, esta relativa latitud de las formas se aplica principalmente en relación a formas de poca trascendencia, no así a otras de mayor importancia: Por ejemplo, el hecho mismo de la forma *escrita* es, a nuestro modo de ver, una formalidad muy importante en cuya ausencia sólo muy limitadamente puede admitirse la validez del acto; el art. 8° *in fine* confirma este criterio al expresar que “sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran podrá utilizarse una forma distinta.” Las posibles excepciones las analizamos, *infra*, n° 9.

Diversos aspectos de la forma escrita pueden ser analizados:

31. *La fecha*

Si bien se trata de un requisito de obvia necesidad, cabe señalar que la falta de fecha, o la absurdidad de la fecha (por ejemplo, que apareciera como de varios años después del momento en que se lo conoce), puede quedar subsanada con la forma de publicidad, y en tales casos se tendrá por fecha del acto aquella en que ha sido publicado o notificado.²³³

²²⁹ Decreto-ley 19.549/72, art. 8°; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 182; PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149, 104: 4; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 338; CRETILLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 166.

²³⁰ HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 730, quien agrega que también es una garantía para el interés general.

²³¹ LIET-VEAUX, “L’acte administratif,” fascículo 106 del *Juris Classeur Administratif*, t. I, París, 1963.

²³² LIET-VEAUX, *op. loc. cit.* Pero esto no sería ya aplicable a un decreto; *infra*, n° 15, ver ZELAYA, *op. cit.*, p. 64.

²³³ FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 329 y 330; PTN, 97: 248; WINKLER, *op. cit.*, p. 26.

Con todo, esta regla no puede ser absoluta, y tiene sus excepciones: Entre ellas, señala HELLBLING que en el caso de actos de órganos colegiados es necesaria la indicación de la fecha,²³⁴ para así apreciar si se han cumplido los requisitos de quórum y sesión.

Del mismo modo, la fecha puede resultar importante para determinar la invalidez del acto cuando está ligada al ejercicio temporalmente limitado de una competencia: Así, por ejemplo, en el contrato de suministros. (El acto de adjudicación debe *dictarse* dentro del plazo de mantenimiento de las propuestas, y *comunicarse* dentro de los siete días siguientes.) Lógicamente, si la fecha en que figura que se dictó es posterior al término legal, el acto es inválido; si no consigna fecha, podrá resultar que en verdad también fue dictado fuera de término, con igual consecuencia; o, aunque indique la fecha precedente, podrá también probarse que dicha fecha es falsa y que el acto fue antedatado. Lo mismo cabe decir de las observaciones del Tribunal de Cuentas, la decisión del Poder Ejecutivo en relación al veto del presidente en la sociedad de economía mixta, etc.

Iguales principios cabe aplicar en relación al lugar.²³⁵

32. *El número*

La exigencia del número para las resoluciones y decretos viene dada por la práctica administrativa, que siempre da un orden correlativo por fecha y por números a las decisiones, para su mejor constatación. Sin embargo, la falta de número en modo alguno vicia el acto en cuestión.²³⁶

33. *El órgano y entidad de que emana el acto*

Debe haber una mención expresa en relación a cuál es el órgano o autoridad del cual el acto emana:²³⁷ Ello puede presentar diversas alternativas: Declaración expresa en el texto del acto, membrete (en ciertos casos y con limitaciones) o sello aclaratorio de la firma. Si falta el sello aclaratorio²³⁸ y la firma es ilegible (por cierto, no podría pretenderse que la firma fuera necesariamente “legible,” bajo sanción de nulidad del acto) la enunciación mencionada puede constar en

²³⁴ HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 338.

²³⁵ FORSTHOFF, *op. loc. cit.* Por lo demás, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 333: “El lugar no constituye un requisito de validez del acto. El ordenamiento jurídico no exige que los actos se realicen en un lugar determinado. Un Ministro puede adoptar un acuerdo en el edificio donde se encuentra el Ministerio, en su domicilio o en cualquier otro lugar. Carece de relevancia jurídica el lugar en que se dicte el acto.” Esta regla tiene excepciones, de las cuales suelen existir normas exigiendo que las sesiones se celebren en la sede del órgano o en edificio especialmente habilitado al efecto de la sesión, en caso de fuerza mayor.

²³⁶ PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252. En dicho pronunciamiento se siguió expresamente la tesis que sostuviéramos en tal sentido en la primera edición de *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 149.

²³⁷ WINKLER, *op. cit.*, p. 27; ZELAYA, *op. cit.*, p. 65.

²³⁸ El cual no es, pues, imprescindible: HELLBLING, *op. loc. cit.*

otra parte del acto,²³⁹ lo que es también forma usual: “El director de (cargo y entidad...) Resuelve:” Existiendo dicha aclaración del acto no tiene vicio alguno por la falta de sello o por ilegitimidad de la firma. Finalmente, si la firma es suficientemente conocida (por regla general, la firma del presidente o del ministro), podría también, excepcionalmente, llegarse a sostener que la falta de aclaración en otra parte del acto no lo vicia.

Pero, salvados todos estos casos, si el acto no aclara en parte alguna de qué autoridad proviene, debe considerarse que no es individualizable o identificable, y es, por lo tanto, nulo²⁴⁰ o inexistente.

34. La motivación

34.1. Concepto

La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos” del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación,²⁴¹ o sea, los motivos o presupuestos del acto;²⁴² constituye, por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad.²⁴³ De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos,²⁴⁴ pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales²⁴⁵ e incluso en alguno de los actos expresados por signos.²⁴⁶

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un “medio de prueba en verdad de primer orden,”²⁴⁷ sirviendo además para la interpretación del acto.²⁴⁸

²³⁹ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 329, nota 69.

²⁴⁰ WINKLER, *op. loc. cit.*; ZELAYA, *op. loc. cit.*

²⁴¹ RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, 1960, p. 183 y ss.

²⁴² JUSO, RAFFAELE, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milán, 1963, p. 18. Para su vinculación con la causa, ver DE LA VALLINA VELARDE, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1967, p. 23 y ss. y sus remisiones.

²⁴³ Ver BREWER CARIAS, *Las Instituciones...*, *op. cit.*, p. 125.

²⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208.

²⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, *op. loc. cit.*, respecto de los actos verbales. Sin embargo, bien se comprende que en esos casos es más necesaria aún la motivación, por la menor reflexión que supone en el órgano emitir un acto verbal que uno escrito. Esto ha sido introducido en los países del *common law* incluso para el acto de detención de un presunto criminal, al cual debe explicársele las causas de su detención, en el mismo momento de realizarla.

²⁴⁶ Ver más abajo lo que decimos sobre la motivación en las señas, pitadas, etc.

²⁴⁷ RIVALTA, MARÍA, *op. cit.*, p. 186.

²⁴⁸ RIVALTA, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 341. En este sentido tiene dicho la Cámara Nacional Federal, en LL, 117: 607, 609 y 610, que los considerandos integran el acto y determinan su extensión.

34.2. *Fundamentos*

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho: No creemos, en consecuencia, que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etcétera, como sostiene alguna doctrina restrictiva;²⁴⁹ todos los actos administrativos, a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los “actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos,” es indiscutida e indiscutible la necesidad de una “motivación razonablemente adecuada,” como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación.²⁵⁰

34.3. *Consecuencias de su omisión*

Su omisión determina, por regla, la nulidad del acto,²⁵¹ aunque a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropriamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de motivación implica no sólo vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto.

Como dice ZELAYA: “La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo... nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice “esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad.” La antijuricidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad.”²⁵²

Queda, por fin, señalar que a partir del decreto-ley no cabe ya distinguir entre actos atributivos o denegatorios de derechos y los que no lo son, o actos que resuelven recursos, o actos producto de facultades regladas o discrecionales; en todos los casos, sin excepción, el decreto-ley exige la adecuada motivación y su omisión ha de considerarse a nuestro juicio, causal de nulidad.

34.4. *Requisitos de una motivación suficiente*

En todos los casos, debe destacarse que la necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como “por razones de mejor servicio;” “por ser

²⁴⁹ En la legislación española, la ley de procedimiento administrativo vigente establece el criterio limitativo, exigiendo la motivación fundamentalmente sólo en “los actos que limitan derechos subjetivos” y “los que resuelvan recursos,” por lo que GARRIDO FALLA acertadamente la califica de “seguramente un retroceso” en la materia. (*Op. cit.*, p. 515.)

²⁵⁰ *Dictámenes*, 96: 299 y 307 vta., en que se declaró nulo el acto, enviándose las actuaciones a la autoridad que lo dictó para que previa vista al interesado, volviera a dictar el acto pertinente con todos los recaudos legales. En sentido similar, 77: 71 y 74; 84: 154; 100: 205, etc. Por lo demás, en *Dictámenes*, 84: 154 y 103: 105, se reafirmó que la necesidad de motivación es inherente a la forma de gobierno que nos rige.

²⁵¹ Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 71. Con todo, este mismo autor indica supuestos en que puede haber solamente anulabilidad, *op. cit.*, p. 72.

²⁵² ZELAYA, *op. cit.*, p. 71.

conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado;” “en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley número...,” etc.²⁵³ En cada caso será indispensable explicar claramente cuáles son los hechos que se consideran probados, cuál es la prueba que se invoca, qué valoración reciben, qué relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, qué normas concretas son las que se aplican al caso (no bastando, según quedó dicho, la genérica invocación de una ley), y por qué se las aplica, etc.²⁵⁴ Esto demuestra que la motivación no es un problema de forma, sino de fondo, y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión.²⁵⁵ Ello, desde luego, la hace más imprescindible aún.

34.5. *La motivación previa, concomitante y ulterior*

Si bien lo normal es que la motivación sea *concomitante* al acto y esté incluida en el mismo texto en que se inserta la parte dispositiva, se ha admitido a veces que puedan servir como motivación *previa* de un acto los informes y dictámenes que lo preceden;²⁵⁶ pero ello es un criterio peligroso que sólo puede admitirse con limitaciones y a condición de que los informes y dictámenes sean: a) *Expresamente* invocados como fundamento de la decisión; y b) *comunicados* al interesado. El acto que no tiene motivación ni invoca los motivos que puedan estar expuestos en informes o dictámenes previos, no puede considerarse fundado porque se encuentre en alguna parte un informe relativo al asunto.

A su vez, la doctrina sostiene que es inadmisibles la motivación *ulterior del acto*,²⁵⁷ lo que es correcto a nivel de principio aunque causa cierta incertidumbre frente a una viciosa práctica administrativa en la cual no siempre se cumple — sobre todo en los niveles inferiores — el principio de la motivación, ni se declara la nulidad del acto que no lo ha cumplido. Una prueba de ello es que ya se haya admitido la motivación “previa” que emana de los informes y dictámenes que preceden al acto; si bien la motivación ulterior generalmente será una motivación “fabricada,” *ad hoc* del acto ya dictado,²⁵⁸ aun en tales hipótesis es preferible

²⁵³ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 35; GONZÁLEZ PEREZ, *op. cit.*, p. 344; CRETTELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 27 y ss.

²⁵⁴ En sentido similar, BIELSA, *op. loc. cit.*

²⁵⁵ Comparar ZELAYA, *op. cit.*, p. 72.

²⁵⁶ Suprema Corte de Buenos Aires, *Acuña*, 1965, LL, 118: 250 y 251; PTN, *Dictámenes*, 100: 205; 103: 105; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 62.

²⁵⁷ RIVALTA, *op. cit.*, p. 173.

²⁵⁸ En este sentido se observa que “hay un peligro potencial... en el hecho de que el método se presta a la fácil construcción de explicaciones *ex post facto* que carecen de fuerza predictiva. Es una tendencia ampliamente difundida la de «explicar» una acción atribuyéndola a motivos que sólo se presumen después que la acción tuvo lugar. Este procedimiento no es de por sí objetable, pero su solidez requiere que 1) los supuestos motivacionales de que se trate puedan ponerse a prueba; 2) que se disponga de leyes generales apropiadas para otorgar poder explicativo a los motivos supuestos. El incumplimiento de estos requisitos con toda frecuencia menoscaba la significación cognoscitiva de las explicaciones motivacionales que se aducen.” (HEMPEL, CARL H., y OPPENHELM, PAÚL, “La lógica

exigir una motivación ulterior antes que permitir la ausencia de toda motivación. Entendemos que a este principio responde precisamente el procedimiento seguido en varios sistemas “contencioso-administrativos,” en los cuales se pide a la administración que informe sobre los motivos que tuvo para dictar cierto acto impugnado por un recurso de anulación: Si los motivos expuestos son satisfactorios (probados, fundados, lógicos, etc.), la validez del acto puede sostenerse; de lo contrario, ha de caer.

En suma, la motivación debe en principio ser concomitante; por excepción puede admitirse la motivación previa si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y comunicados. En ausencia de ambos el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio no necesariamente es insanable²⁵⁹ y puede excepcionalmente ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada; es decir, que sea una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de hecho y de derecho que llevaron al dictado del acto, y no un escrúpulo puramente formalista. Si tales razones no son amplias y convincentes, o si por la importancia del acto es inadmisibile que no se lo haya motivado oportunamente, el acto deberá entonces anularse. La regla, por tanto, es que la motivación no puede sanearse y su falta causa la nulidad del acto; la excepción, que lo haga sólo anulable y pueda motivárselo tardíamente, pero siempre es un vicio que, o es saneado, o produce la extinción del acto. No cabe confirmación ni ratificación alguna a su respecto.

Por excepción, en algunos casos la motivación *sólo puede ser ulterior al acto*: Si un agente detiene a un coche con una señal de su brazo o con una pitada, ahí tenemos ya el acto administrativo, pero no hay duda que ese agente deberá explicar al particular las razones por las cuales ha dictado tal acto.

35. Parte dispositiva o resolutive

Lo que el acto resuelve, decide o certifica es el objeto mismo del acto y como tal va expuesto en el articulado del acto, denominado “parte resolutive.” Se ha entendido que si la resolución a adoptarse supone como elemento previo una declaración o certificación, no habría obstáculo jurídico a que la declaración sea incluida en los considerandos, y la decisión en la parte resolutive.²⁶⁰

de la explicación,” *Cuadernos de Epistemología* de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, n° 4, Buenos Aires, 1961, pp. 13 y 17.) Desde luego, estos autores se refieren no específicamente a la motivación de un acto estatal, sino a la estructura lógica de la explicación científica en general, pero sus observaciones son aplicables en nuestro caso.

²⁵⁹ Esto en cuanto mero vicio de forma, sin perjuicio de que su ausencia indique arbitrariedad, caso en el cual el acto es nulo. La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que el vicio es insanable en algunos casos: *Dictámenes*, 96: 299. Algunos autores dicen que el vicio es insanable, pero el acto anulable (FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 328 y 329) lo que no parece ser coherente; ya que lo segundo supone que el vicio puede ser saneado ulteriormente.

²⁶⁰ En este sentido ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que un acto administrativo “puede razonablemente adoptar la forma de «considerandos» al efectuar una *declaración*

Dado que la parte resolutive constituye el objeto del acto, sus problemas son los que ya se han expuesto al referirnos al mismo.

Según ya lo vimos, pues, si el contenido o parte resolutive es oscuro o impreciso, irrazonable, desproporcionado, absurdo, contradictorio consigo mismo o con la motivación del acto, imposible de hecho, etc., el acto es nulo o inexistente, según los casos. (*Supra*, cap. VIII, n° 4-10.)

36. *La firma del acto*

La firma es un requisito fundamental del acto, pues acredita que la voluntad efectivamente ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma; entonces no hay acto: No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto.²⁶¹

La regla de que un “acto” sin firma no es un acto administrativo, sino un pedazo de papel escrito y nada más, es de estricta aplicación a todo acto administrativo que comporte una *decisión* individual; sin embargo, en la práctica a veces se encuentra que los actos *certificantes* son emitidos por las autoridades intervinientes con un sello imitando la firma del órgano respectivo, y alguna inicial o “media firma”²⁶² dejando constancia de haber intervenido en su elaboración otro órgano inferior. Creemos que esta práctica sólo puede ser admitida con muchas reservas, pues se corre el riesgo de perder la autenticidad del acto (que es justamente el objeto fundamental que el acto certificante busca asegurar), y además se falsea de hecho la estructura de competencias, pues es obvio que en tal ejemplo el *certificado no emana de la persona cuya “firma” va en el sello*, sino de la que consta

o certificación o atestación, y la forma de «parte dispositiva» al manifestar la *decisión* que adopta, sin que por ello pueda considerarse violada la forma del acto. Lo importante es que tanto la declaración como la decisión, si el acto incluye ambas, estén manifestadas en forma expresa e inequívoca: Desde luego, si en los considerandos se hace una referencia circunstancial y ambigua a determinada circunstancia, ello no podrá ser considerado una «declaración,» pero si encontramos una categórica afirmación, una clara constatación administrativa de un hecho objetivo, ninguna duda puede quedar de que tal declaración reúne todos los requisitos legalmente necesarios para considerarla una declaración administrativa válida, es decir, un acto administrativo en el aspecto considerado; “lo que aquí se expresa con relación al alcance que pueden tener los «considerandos» del acto, está específicamente limitado a las «declaraciones» o «atestaciones,» no a las decisiones o manifestaciones de voluntad;” “no es extraño a la naturaleza de la motivación del acto admitir que ésta pueda válidamente contener declaraciones o atestaciones, en cuanto ellas sean un presupuesto de la decisión que se adopta en la parte dispositiva;” “No sería lo mismo, tal vez, si los considerandos contienen declaraciones totalmente ajenas al objeto del acto, o imprecisas o equívocas, pero pareciera que cuando la declaración es un antecedente lógico de la decisión, cuando es verdaderamente un presupuesto de hecho o de derecho de la decisión adoptada, ella puede válidamente ser insertada en la motivación.” (*Dictámenes*, 96: 230-234.) En el caso se trataba de una “declaración de interés nacional,” que debía hacer el Poder Ejecutivo a fin de poder otorgar a una inversión la garantía de la Nación, de acuerdo al art. 48 de la ley n° 16.432.

²⁶¹ HELBLING, *op. cit.*, p. 338. Como dice este autor en ese caso sólo estamos ante un “trozo de escritura.” En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 99: 115; ZELAYA, *op. cit.*, p. 64.

²⁶² En la jerga administrativa es la inicial o firma abreviada puesta por un funcionario a la izquierda del escrito. Ver PETERS, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

haber “intervenido” en su confección: Más lógico y jurídico es formalizar esa situación y delegar o desconcentrar formalmente, por un acto expreso de carácter general, la atribución de emitir el *certificado* a los funcionarios que realmente lo hacen y pueden hacerlo: En tal caso no hará falta el sello imitando la firma del órgano que tomó la decisión.

Por lo demás, en materia de *decisiones*, creemos que de ninguna manera puede admitirse que el acto sea válido o exista si tan sólo hay un sello imitando la firma del funcionario: La firma es en tales situaciones de rigor.²⁶³

Otro caso en que falta la firma del funcionario supuestamente autor del acto, y es suplida no por un sello, sino por la firma de otro funcionario, es el de las disposiciones aparentemente dictadas por el presidente de la República y dirigidas a los órganos de la administración sobre asuntos de trámite (pedido de dictamen, instrucciones, etc.) que son producidas por el secretario general de la Presidencia de la República, o el jefe de decretos de la Presidencia, quienes al efecto invocan la autoridad de aquél: “Por disposición del excelentísimo señor presidente de la República...” Sin embargo, no hay duda de que esas decisiones no pueden considerarse emanadas del Presidente, por más que se invoque su autoridad, sino que son actos dictados por dichos funcionarios en virtud de una *delegación* presidencial, tenga ésta o no el nombre de tal.

En tales hipótesis, entonces no hay una decisión “presidencial” *sin firma*, sino un acto del secretario general o jefe de decretos, dictado en ejercicio de atribuciones administrativas delegadas a ellos por el presidente. Siendo esto así, es impropia la redacción de tales circulares, pues no hay allí una decisión presidencial.

37. Otras formas de instrumentación

37.1. Forma oral

Puede admitirse en algún tipo de casos que el acto no se documente por escrito, sino que se exprese en forma verbal: Así, por ejemplo, órdenes de agentes de policía, órdenes comunes de los superiores a los funcionarios públicos, relativos al desempeño diario de sus tareas,²⁶⁴ etc.

En estos casos y en los que luego veremos, la falta de una forma específica de documentación o constatación del acto hace que su exigibilidad quede notoriamente disminuida, pues en principio ella existirá sólo en tanto se mantenga presente la forma de instrumentación elegida, o se la pueda razonablemente retener en la mente: La orden verbal es normalmente exigible sólo en los momentos que siguen a su emisión, pero no al día siguiente o un año después; el signo de tránsito, a que nos referiremos más abajo, también hace eficaz el acto sólo mientras el agente

²⁶³ PETERS, *op. cit.*, p. 167. Reiteramos que la *copia* autenticada por otro funcionario es válida, en la práctica.

²⁶⁴ Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

mantiene el brazo en alto o el cuerpo en determinada posición: En este caso, desaparecido el signo, el acto se extingue instantáneamente.

La admisibilidad de la forma verbal debe ser interpretada restrictivamente, por las pocas garantías que ofrece “de poder ser exactamente percibida y seguida, de poder ser conocida en cualquier momento.”²⁶⁵

37.2. Signos

En lo que respecta a la aparición del acto administrativo a través de signos, algunos autores estiman que ello consiste en una declaración “tácita” de la administración, es decir, en una voluntad no expresa, pero parece más lógica la posición que estima que hay allí una manifestación *expresa*,²⁶⁶ pues el empleo de un sistema de signos no quita que se esté de todos modos utilizando un lenguaje que en nada difiere, esencialmente, de la palabra oral o escrita. De otro modo podría creerse que un acto administrativo escrito en idioma chino, en tal país, habría de ser un acto “tácito,” porque el idioma es de tipo ideográfico...

Los signos a emplearse pueden variar al infinito: Señalaciones acústicas (timbres, alarmas, pitadas), telegráficas, lumínicas (luces de tránsito vial,²⁶⁷ ferroviario, aéreo, etc.) por medio de banderas (los signos de comunicación naval), carteles (los diversos signos de tránsito urbano: Sentido de circulación, normas de estacionamiento, etc.); hasta por la mímica: Los signos que con el brazo o el cuerpo realizan los agentes de policía y de tránsito.²⁶⁸ Desde luego, atento a que se trata de un lenguaje como cualquier otro, una condición que debe cumplirse ineludiblemente es que sea *convencional*, es decir, conocido y utilizado generalmente; si los signos empleados no son comprensibles por todos, podría decirse que la voluntad administrativa no se ha transmitido idóneamente,²⁶⁹ o lo que es lo mismo, no ha existido jurídicamente.

En conclusión, la declaración administrativa expresada por signos o señales también puede constituir acto administrativo, y no mero hecho administrativo.

²⁶⁵ DE VALLES, *op. cit.*, p. 190. En igual sentido restrictivo. Corte Suprema, *Gómez Zorrilla*, 1963, *Fallos*, 256: 277 y 280, que citamos *supra*, cap. V, nota 263. Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

²⁶⁶ FRAGOLA, *op. cit.*, p. 45; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 339.

²⁶⁷ El carácter de acto administrativo de la voluntad administrativa expresada a través de las luces de tránsito ha sido reconocido por DIEZ, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, 1ª ed., p. 270; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310.

²⁶⁸ Comparar FRAGOLA, *op. cit.*, p. 45, quien menciona los signos acústicos telegráficos, banderines y otros. Por su parte, ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, t. I, p. 522, habla del “acto mímico,” como especie de los actos *expresos*, y agrega: “El acto mímico es, sin duda, el más frecuente de nuestra época. Cada día —acaso cada minuto— la administración dicta miles de actos de esta naturaleza a través de quienes tienen a su cargo de forma inmediata la dirección del tráfico” (*op. cit.*, p. 523); ver también DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 270.

²⁶⁹ MARIENHOFF *op. cit.*, p. 314.

37.3. *Actos tácitos*

Algunos autores también admiten que la voluntad administrativa pueda expresarse tácitamente:²⁷⁰ Si excluimos la denegación tácita de un reclamo o recurso y los actos comentados anteriormente (declaraciones expresas por signos), nos parece que sólo puede hablarse de actos tácitos cuando existe un acto expreso del que surge necesariamente un efecto jurídico que no está explícitamente consignado en él. En otras palabras, el acto tácito sólo puede surgir de un acto expreso que necesariamente lo involucre: En ausencia de declaración alguna expresa, sea por el lenguaje escrito u oral, o por signos, entendemos que no corresponde hablar de actos tácitos. Generalmente el acto tácito surge o puede surgir solamente de actos *escritos*,²⁷¹ y desde luego debe emanar de la misma autoridad que puede dictar el acto expreso.²⁷²

Por ejemplo, un acto que designa a una persona en un cargo del cual anteriormente se la había dejado cesante, importa tácita revocación del acto de cesantía;²⁷³ la exoneración de un funcionario que está suspendido, implica tácitamente la cesación de dicha suspensión y expresamente la cesación de la relación de empleo público; el pago de los haberes no percibidos durante una suspensión o licencia dispuesta sin goce de haberes, implica tácita modificación de la índole de la suspensión o licencia; un pase a un funcionario para cumplir una misión en el extranjero lleva implícita la autorización para salir del país,²⁷⁴ etc.

Salvo estos casos en que la decisión tácita surge de un acto escrito, entendiéndose además que si existen signos estamos igualmente en presencia de un acto expreso y no tácito, creemos que no deben admitirse otras hipótesis de actos tácitos; en cualquier otra situación que las mencionadas, pues, estimamos que faltando la expresa declaración administrativa, no estamos en presencia de un acto administrativo.²⁷⁵

37.4. *El silencio*

La doctrina es bastante uniforme en considerar que el silencio, de por sí, es tan sólo una conducta inexpresiva de la administración, inapta, por lo tanto, para ser considerada como una manifestación de voluntad en un determinado sentido.²⁷⁶ Por excepción, cuando el orden jurídico expresamente dispone que ante el

²⁷⁰ BIELSA, *op. cit.*, p. 4; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310. La Procuración del Tesoro de la Nación lo ha admitido con carácter restringido: 74: 120; 105: 90 y otros. Comparar MARTÍN MATEO, "Actos tácitos y actividad autorizante," *REDA*, n° 4, p. 17.

²⁷¹ Comparar DE VALLES, *op. cit.*, pp. 180 y 181.

²⁷² PTN, *Dictámenes*, 105: 90.

²⁷³ DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 310. Claro está, tal revocación produce efectos sólo para el futuro.

²⁷⁴ CAETANO, *op. cit.*, p. 250.

²⁷⁵ Ver nuestro *Tratado*, t. 3, cap. III, acerca de la distinción entre acto y hecho administrativo.

²⁷⁶ FRAGOLA, *op. cit.*, p. 46 y otros.

silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido denegada (o aceptada), el silencio vale como acto administrativo. Tal el caso del recurso de reconsideración, que a los treinta días de su presentación puede reputarse denegado; del reclamo administrativo previo, que luego de noventa días de presentado y cuarenta y cinco más después de requerido pronto despacho, también se considera denegado;²⁷⁷ del recurso presentado por los representantes del capital privado en una sociedad de economía mixta contra el veto del síndico, que a los veinte días de su comunicación a la autoridad administrativa se considera aceptado,²⁷⁸ etc.

En estos casos ha podido decirse que se trataría de un “acto presunto,”²⁷⁹ en el sentido de presunción *legal*, a diferencia de los “actos tácitos” en los cuales habría sólo una presunción racional; pero preferimos considerar que en el acto tácito no hay presunción, sino una consecuencia no explicitada pero que surge necesariamente del acto.

38. *Formas de publicidad*

Existe una persistente tendencia en la doctrina del derecho administrativo a considerar que la publicidad del acto administrativo no es un requisito de forma, ni hace a la perfección del acto, sino sólo a sus efectos.

Sin embargo; puesto que se conviene en que: *a)* Acto administrativo *es aquel que produce efectos jurídicos inmediatos*, y en que *b)* los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad, parécenos ser coherente considerar que *c)* el acto administrativo *productor de efectos jurídicos inmediatos* sólo puede ser el acto administrativo *dado a publicidad*. En otros términos, el acto que no ha sido aún publicado, no produce efectos jurídicos inmediatos, y por lo tanto *no es acto administrativo*.²⁸⁰ Luego la publicidad es un elemento del acto mismo²⁸¹ y no otra cosa que un elemento formal.

De allí, pues, que digamos que además de las formas de instrumentación o documentación deben enunciarse las formas de publicidad.

No obsta a esta idea el que la falta de publicidad del acto no afecte su validez, sino su eficacia; pues ya se ha advertido que no todas las irregularidades que tiene el acto en relación al orden jurídico afectan su validez; y por lo demás, este caso es análogo a aquel en que falta la aprobación —esto es, un elemento de la voluntad administrativa—, y el acto es considerado válido pero ineficaz.

²⁷⁷ Decreto-ley 19.549/72, art. 31.

²⁷⁸ Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. IV.

²⁷⁹ GONZALEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 340.

²⁸⁰ HUBER, *op. cit.*, p. 730.

²⁸¹ Ha seguido nuestro criterio la PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252 vta.

39. *Especies de formas de publicidad: Publicación y notificación*

Con referencia a las normas de publicidad hay que diferenciar: *a)* La publicidad; *b)* la notificación.

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un boletín oficial, o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.²⁸²

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo, sin cuyo requisito éste no produce efectos jurídicos, y puede presentarse de diversas maneras: *a)* Entrega personal de copia auténtica del acto al particular interesado; *b)* notificación personal de éste tomando vista en el expediente y dejándose constancia expresa de ella; *c)* envío de una carta certificada o expreso con aviso de recepción al interesado, en la cual se le comunica la decisión recaída; ésta es en algunos casos la práctica administrativa, aunque su validez es dudosa, por no ser la misma notificación *personal*; *d)* por telegrama; *e)* por cédula; *f)* por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto: En este caso dicha invocación importa una recepción del acto, esto es, “notificarse” de él.²⁸³

No se admite la notificación verbal de actos escritos.²⁸⁴

²⁸² LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; y del mismo autor *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13; Corte Suprema, *Amaya*, 1962, *Fallos*, 252: 19; *Signo Publicaciones*, 1961, 251: 404; 191: 442; 179: 39.

Comparar VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 393 y 394.

²⁸³ El inc. b) del art. 41 recoge esta solución del derecho comparado, por ejemplo, GARCIA OVIEDO, *op. cit.*, p. 244, en los siguientes términos: “por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto respectivo.”

Este principio, con todo, implica algunos peligros: Por ejemplo, que en algún escrito referente a otra cuestión el interesado deslice descuidadamente una mención a otro acto que no le ha sido notificado, y luego la administración pretenda darle por decaído el recurso, atento a que no recurrió dentro de los quince días de la presentación de aquel escrito en que “se daba por enterado del acto.” Entiende que para que haya notificación espontánea válida, es necesaria una expresa manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado; lo contrario implica sorprender la buena fe del administrado.

²⁸⁴ Dice en este sentido el art. 45 del decreto 1.759/72, que “Cuando válidamente el acto no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal.” Como es obvio, un acto que puede ser verbal no podría notificarse por escrito, o no tendría sentido hacerlo, si es que pudo válidamente utilizarse la forma verbal. Si el acto debía ser escrito y fue verbal, entonces no sólo será inválida la notificación, por este artículo, sino que también lo será el acto mismo, por transgresión al principio del art. 8º del decreto-ley.

Si bien la disposición comentada se refiere solamente a la notificación verbal de actos no escritos, pensamos que cabe admitir también la notificación por signos o señales, cuando el acto se manifieste de este modo: Es que, en tales casos, la forma de instrumentación es simultáneamente la forma de publicidad, y ambas se confunden en una sola, al igual que en los actos verbales.

En definitiva, entonces, la notificación escrita, como acto separado del acto mismo, sólo se aplica en los actos escritos; los actos verbales, por signos o señales, se notifican con su misma instrumentación, si ésta es apta para ponerlos en conocimiento del interesado.

En los casos *c)* y *d)*, que como decimos resultan de dudosa validez de notificación personal, se admite usualmente que, al igual que en todos los demás casos, si no transcribe el texto completo del acto la notificación es inválida.²⁸⁵ Esta es la solución doctrinaria; nuestra práctica administrativa, en cambio, ha sido receptada en el decreto 1.759/72, que inadecuadamente, a nuestro juicio, admite la notificación de “la parte dispositiva” del acto, sin sus considerandos, cuando se trata de telegramas y edictos, exigiendo la transcripción integral del acto solamente en las cédulas y en la notificación por correo.²⁸⁶

Mientras que el acto administrativo (en sentido estricto) no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado, no ocurre lo mismo con el reglamento. El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, por cuanto ello violaría la igualdad ante la ley: Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos que sus disposiciones contemplan, sin hacerse distinciones no establecidas en él.²⁸⁷ Por excepción, si su aplicación a algunos sujetos no perjudica derechos de terceros puede pedirse su aplicación previa a la publicación.²⁸⁸

Por último, cabe señalar que la notificación de un acto administrativo supone necesariamente el otorgamiento implícito de la vista de las actuaciones en que dicho acto ha sido producido, y de los dictámenes, informes, etc., que han dado lugar al mismo, sea que éstos coincidan con la decisión o, por el contrario, sean contrarios a ella.²⁸⁹ Cuando, en estos casos, los empleados administrativos de inferior jerarquía o información jurídica exigen la existencia de un acto *expreso* otorgando la vista de las actuaciones, lo que lamentablemente ocurre con alguna frecuencia, no hacen sino desconocer la garantía constitucional de la defensa del particular y la propia naturaleza y contenido del acto de notificación, del cual fluye el necesario conocimiento de su fundamentación, para permitir la demos-

²⁸⁵ GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960, p. 95. Comparar, menos terminante: “La notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la substancia del acto que se le notifica,” PTN, *Dictámenes*, 46: 200.

²⁸⁶ “Las cédulas y oficios transcribirán íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación; los telegramas y edictos transcribirán íntegramente la parte dispositiva.”

²⁸⁷ “En las cédulas y oficios se podrá reemplazar la transcripción agregando una copia íntegra autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo de la cédula u oficio.” (Art. 43, decreto 1.759/72.)

²⁸⁸ Comp. distintos fundamentos en DE LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*

²⁸⁹ Decreto-ley 19.549/72, art. 11°, *in fine*.

²⁸⁹ Pues como dice acertadamente LOPES MEIRELLES, HELY, “A publicidade dos atos administrativos,” en el libro *Assuntos Municipais*, Porto Alegre, 1965, p. 486, “no es el interés público que está amenazado por el juicio de los técnicos o de los juristas sobre la inconveniencia o la ilegalidad del acto pretendido por la administración. A la inversa, más lesión surgirá para la colectividad de la guarda sigilosa de esos pareceres, que de la divulgación y discusión pública de sus conclusiones.”

tración y el juzgamiento de su legitimidad. Se transgrede también sin duda, la categórica norma del art. 38 del decreto 1.759/72.²⁹⁰

40. Gráfico comparativo de los vicios de forma

<i>Tipo de forma</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Consecuencia jurídica</i>
A) <i>De instrumentación</i>	1) <i>Forma escrita</i>	
	a) Falta de fecha	Validez (a veces nulidad)
	b) Falta de lugar	Validez (a veces nulidad)
	c) Falta de expresión de quien dicta el acto	Nulidad o inexistencia
	d) Falta de motivación o motivación deficiente	Nulidad o anulabilidad
	e) Falta de firma	Inexistencia
	2) <i>Otras formas de instrumentación</i>	
	a) Forma verbal impropia	Nulidad o inexistencia
	b) Signos no convencionales	Inexistencia
	c) Actos tácitos en actos escritos	Validez
	c') Otros actos tácitos	Inexistencia
	d) Silencio previsto legalmente	Validez
	d') Otros casos de silencio	Inexistencia
B) <i>De publicidad</i>	1) <i>Publicación</i> (reglamentos) 2) <i>Notificación</i> (acto administrativo)	Inejecutividad

²⁹⁰Decreto 1.759/72, art. 38: “La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.

“El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas o Receptoría.”

La bastardilla es nuestra. Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 4.1.

B) *Otros criterios relativos a la forma. Crítica*41. *La forma y la expresión de la voluntad*

La voluntad administrativa, en tanto no se transmite al mundo externo en forma apta para su conocimiento por los interesados, no existe en estricto sentido jurídico; dicho de otra manera, la voluntad no se ha manifestado aún, aunque puede existir en ciernes o en preparación. Por eso es fácil confundir la expresión o manifestación de la voluntad, con el vehículo o medio por el cual se traduce o declara al mundo externo. En tal sentido, no son pocos los autores que hablan de requisitos de “forma” para referirse a lo que no son sino aspectos de la voluntad del acto.

Típico ejemplo de este criterio es afirmar que la existencia de “quórum” en las deliberaciones de un órgano colegiado es un requisito de “forma” del acto administrativo,²⁹¹ siendo que, si no hay quórum, no funciona siquiera el órgano legalmente previsto para hacer una manifestación de voluntad administrativa. En tales casos, si falta el órgano, y falta la manifestación de voluntad contemplada por la ley, no se puede decir que el vicio resultante sea un vicio de “forma.”

Del mismo modo, si la ley exige que cierto acto sea aprobado o autorizado por un órgano determinado, no podría decirse que la falta de esa autorización o aprobación constituye un vicio de forma,²⁹² ya que lo que allí falta es la *voluntad* del órgano competente y no sólo su forma.

En igual sentido, no creemos que si se designa un funcionario —en los casos en que debe serlo por el Poder Ejecutivo— sin un *decreto*, se esté ante un vicio de forma.²⁹³ En efecto, cabe destacar que puesto que la forma tiene por objeto constatar o manifestar al mundo la existencia de la voluntad estatal, su total ausencia va también acompañada de la total ausencia de la voluntad, porque su existencia no ha sido documentada, y por lo tanto se tiene por no producida. En otros términos, la falta de forma de documentación implicará en muchos casos falta de voluntad administrativa.

No creemos por ello acertado considerar que cuando falta la forma de constatación y también la voluntad administrativa, el defecto del acto sea nada más que de forma. Cuando la voluntad administrativa no se expresa o exterioriza, ni por las vías generales previstas por la ley ni por otras, de manera tal que no se puede reconocer que hay una manifestación de voluntad de la administración, *el defecto no reside en la falta de forma —aunque en el hecho ella falta—, sino en la ausencia de voluntad administrativa*. Ello surge del criterio de lo accesorio y lo principal y es doctrina uniforme en derecho administrativo que ciertos vicios deben ser considerados como supletorios, en el análisis, de otros: Así como el vicio

²⁹¹ BIELSA, *op. cit.*, p. 59. *Op. cit.*, t. II, p. 308; HUBER, *op. cit.*, p. 727.

²⁹² BIELSA, *op. cit.*, p. 59.

²⁹³ Aunque se lo llame forma “esencial,” BIELSA, *op. cit.*, p. 55.

de desviación de poder o de arbitrariedad es analizado recién cuando se encuentra que el acto no tiene un vicio en el objeto, así también no cabe hablar de vicio de forma si ni siquiera se ha comprobado que existe la voluntad administrativa. Hacemos así una primera limitación al concepto de forma.

42. Crítica de la distinción entre formas “*ad substantiam*” y “*ad probationem*”

En cuanto a la distinción proveniente del derecho privado, en formas exigidas *ad substantiam* o *ad probationem*²⁹⁴ (en el sentido de que unas no puedan ser salvadas, y las otras sí), parte de la doctrina rechaza esta distinción en el derecho administrativo, con el alcance de sostener que *todas las formas prescritas por la ley son sustanciales*;²⁹⁵ o sea, que su omisión o defecto vicia de nulidad al acto en mayor o menor grado según las circunstancias.²⁹⁶ Nosotros no consideramos, tampoco, que deba incorporarse al derecho administrativo la distinción entre formas *ad substantiam* y *ad probationem*, pero no pensamos, como estos últimos autores, que todas las formas puedan considerarse “sustanciales,”²⁹⁷ pues ello comporta un excesivo rigorismo de las formas, al sancionar con la ilegitimidad toda violación de requisitos formales.²⁹⁸

Pensamos, por el contrario, que las formas del acto administrativo nunca son “sustanciales,” en el sentido civil de “*ad substantiam*,” sino que responden a una idea distinta: Documentar (no necesariamente probar) el acto, y darlo a conocer. La sustancia del acto no puede coherentemente llamarse formal, ni la forma ser “sustancial,” pues se trata de términos antinómicos: La *sustancia* del acto, si acaso, está constituida por la propia voluntad administrativa con un contenido determinado; la *forma* del acto nada tiene que ver con su sustancia, y no puede por ello denominársela “sustancial” sin incurrir en arbitrariedad terminológica.

Nos apartamos así de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales,” o “esenciales,” “sustanciales,” e “integrales.” Sin entrar a criticar cómo puede distinguirse lo “esencial” de lo “sustancial” siendo que ambos términos significan lo mismo, y sin profundizar en la falta de precisión y nitidez de estas clasificaciones, hacemos notar con sentido más general que *forma* es lo opuesto a *materia*

²⁹⁴ Una distinción más compleja, entre formas “esenciales,” “sustanciales” e “integrales,” hace entre nosotros BIELSA, *op. cit.*, p. 179. Ver, en sentido similar, DE VALLES, *op. cit.*, p. 179.

²⁹⁵ ALESSI, *op. cit.*, p. 179.

²⁹⁶ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 462; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 315 y 316.

²⁹⁷ Ni, claro está, todas *ad probationem*; lo que pensamos es que la distinción es errónea y que el criterio a emplearse debe ser totalmente distinto.

²⁹⁸ Esta conclusión, en efecto, es la que se desprende de lo sostenido por ALESSI, *op. loc. cit.*, aunque sus seguidores quieran limitar sus consecuencias graduándolas de acuerdo a las circunstancias de cada caso: Pero esto último, justamente, demuestra que no puede darse una categoría conceptual que resuelva de antemano todos los problemas, y que permita tener una pauta absoluta y definitiva para juzgar todos los casos que se presenten. Si ello es así, como nosotros pensamos que lo es, entonces es inconveniente ensayar distinciones que en la práctica no llevan a ninguna parte, o elegir una de las distinciones propuestas con tan poco éxito por el derecho privado, pues con ello no hacemos sino arrastrar al derecho administrativo los problemas no resueltos del derecho privado.

o sustancia; la sustancia es el contenido, la forma es la cobertura, el recipiente. Por ello es ilógico pensar que pueda existir una “forma sustancial” o una “forma esencial;” la forma sólo puede ser formal o no es forma.

43. *Crítica de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales”*

43.1. *El criterio doctrinario y legal*

Otros expositores han dividido también las formas en “esenciales” y “no esenciales,” según que su omisión afecte o no la validez del acto.²⁹⁹ Como se ve, hay extrema similitud entre esta distinción y la anterior, al punto de permitirse el lector dudar de si efectivamente se trata de cosas distintas; esta nueva distinción nos lleva, como se verá, al mismo problema anterior.

Un tratadista dice en este sentido que el acto administrativo es “*esencialmente formal*,”³⁰⁰ observación que es criticada por otros, que entienden en cambio que si el ordenamiento jurídico exige determinada forma, se trataría de una “forma esencial.” Dentro de esta amplia gama de posibilidades semánticas, el decreto-ley elige varias simultáneas: En el inc. *d*) del art. 7° se refiere a procedimientos “esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos;” y considera también “esencial” al dictamen letrado que debe preceder a todo acto que afecta derechos o intereses. En el art. 14, inc. *b*), sanciona con nulidad absoluta la violación “de las formas esenciales.” Nada dice de la posible anulabilidad de un acto por violaciones de forma, y solamente se desprende de su art. 15 que el acto puede ser anulable si existe una inobservancia o irregularidad no tan grave, o “un vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.”

Resultaría de ello una inconsecuencia: El art. 7° no incluye entre los requisitos esenciales del acto administrativo a la forma, salvo las formas del procedimiento previo a la emanación del acto, y la motivación sí se la considera requisito de forma; el art. 15, por su parte, dispone que cuando no está violado un elemento esencial del acto, el acto puede ser anulable pero no nulo; en cambio, el art. 14, inc. *b*), prevé la nulidad por violación “de las formas esenciales.” Es decir, que entre los arts. 7°, 14 y 15 resultaría que hay vicios de forma “esenciales” que darían lugar a la nulidad del acto, y vicios de forma “no esenciales” que podrían dar lugar a la anulabilidad; creemos que no se desechará sistemáticamente la interpretación de que puede haber igualmente omisiones de forma intrascendentes (por ejemplo, la indicación del lugar y fecha del acto) que no afectan la validez del acto. Habría así formas “intrascendentes,” formas “no esenciales” y “esenciales.”

Todo esto sería interesante si tuviera algún sentido; pero ocurre que el decreto-ley no dice, ni ningún autor o grupo de autores lo contesta hasta ahora con con-

²⁹⁹ CAETANO, *op. cit.*, pp. 247 y 248 y otros.

³⁰⁰ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458, aunque con buen criterio no hace una distinción entre forma “esencial” y “no esencial,” y sólo habla de que los actos son “esencialmente formales.” Pero ello sigue siendo un juego de palabras.

senso doctrinario y semántico, cuáles son las formas “esenciales” que den lugar a la nulidad, y cuáles las formas no esenciales, para distinguir a su vez cuáles formas no esenciales producen la *anulabilidad* y cuáles la *validez*.

No cometeremos nosotros el error de proponer algunos conceptos para llenar rótulos vacíos: Ocurre en este punto lo mismo que MAIRAL expresa en materia de apertura de la vía judicial:³⁰¹ Cada funcionario o juez, si interpreta que está ante una violación formal a la que considera cabe sancionar con la nulidad del acto, dirá entonces que se omitió una formalidad “esencial;” si, en cambio, entiende que la irregularidad no es de tanta importancia, diría que se trataba de una forma “no esencial.” Y esto es así, por criterios empíricos de la jurisprudencia y no por una pretendida búsqueda doctrinaria de “esencias” inexistentes en la realidad e inútiles en la ciencia. Valga, pues, la pena repetir el criterio general aplicable, el único a nuestro modo de ver útil y válido al mismo tiempo: El funcionario o el juez deberá apreciar en cada caso concreto la importancia de la transgresión al ordenamiento jurídico, y aplicar la nulidad o anulabilidad del acto o mantener su validez, según la gravedad mayor, menor o ínfima que el vicio tenga en el caso. Ningún otro criterio nos parece dotado de validez o utilidad metodológica o científica.

Recaemos con ello en el punto inicial: Por eso ya dijimos anteriormente, y valga la redundancia, que “*la forma sólo puede ser formal, o no es forma.*” Ello significa que las formas no pueden clasificarse apriorísticamente en esenciales y no esenciales, ni decirse que en un acto “formal” la forma es “esencial” o que hay actos de forma esencial o de esencia formal, pues todo ello es un pleonismo; que las formas sólo son formas de mayor o menor importancia según el caso, pero formas al fin: Ni sustancias, ni esencias, sólo formas.

La forma es la manifestación externa del acto; es el signo que transmite una idea, y no puede confundírsela con la idea misma: Si al faltar la voluntad falta también la forma, es porque no hay sustancia o idea alguna a la cual constatar o documentar, esto es, dar forma; lo esencial al acto es la idea, la voluntad administrativa, y no porque ésta deba exteriorizarse de determinada manera se convierte la forma en esencia.

Si lo que el intérprete debe hacer es explicar en qué casos la transgresión de un vicio de forma da lugar a la ilegitimidad del acto (en mayor o menor grado) y en qué casos no afecta la validez del acto, mejor es decir que no hay criterio alguno, en el derecho positivo, para resolverlo de antemano.

En particular, querer encontrar un principio doctrinario o legal de que una forma *exigida expresamente* por el ordenamiento jurídico es por ello “esencial” y vicia el acto³⁰² es inexacto, pues ese principio no existe; querer sostener que una

³⁰¹ MAIRAL, *op. cit.*, p. 86.

³⁰² CAETANO, *op. cit.*, p. 248 y otros.

forma *no exigida* por el ordenamiento jurídico es “no esencial” y no vicia el acto, es igualmente inexacto.

43.2. *Casos de validez a pesar de violación de formas esenciales*

En efecto, existen casos en que una forma prescrita expresamente por el ordenamiento jurídico (que sería para esa doctrina “esencial”), no acarrea la nulidad o anulabilidad del acto en caso de transgresión: El requisito de la publicación del llamado a licitación pública, en caso de ser omitido, puede o no viciar al acto del llamado,³⁰³ a su vez, si se omite la publicación en uno de los periódicos no oficiales exigidos por la norma, pero se cumple la publicación en el Boletín Oficial, la gravedad del vicio es menor aún,³⁰⁴ si se publica el anuncio por menos días que los exigidos por la norma, ello puede no perjudicar su finalidad y no afectar entonces la validez del acto,³⁰⁵ si en la publicación se omite expresar algún dato secundario, aunque exigido por una norma superior, esto no vicia en modo alguno el acto.³⁰⁶ En todos estos casos, que pueden multiplicarse ilimitadamente,³⁰⁷ se encuentra una infinita graduación en la importancia del vicio: El hecho de que éste resulte de la transgresión de una norma *expresa*, de ninguna manera ha obligado a los jueces o a los intérpretes a considerar forzosamente nulos los actos en cuestión. (Por haberse omitido una forma exigida por la norma, por tanto “esencial” en la terminología propuesta por los autores que criticamos.)

43.3. *Casos de nulidad por violación de formas no esenciales*

A la inversa, existen numerosos casos en los cuales a pesar de que ninguna norma expresa exija determinada formalidad, su omisión de todos modos vicia de nulidad el acto; ya decía BIELSA, con razón, que “aunque no haya forma expresa para nombrar funcionarios, el acto debe ser escrito... No bastaría la voluntad de los que nombran: Presidente de la Nación, o gobernador, y la del ministro respectivo, si se los expresaran solamente de viva voz,”³⁰⁸ tampoco podría hacerse un *nombramiento* por carta particular, aunque en ella consta la firma del que refrenda.³⁰⁹ En verdad, si bien se piensa, son pocas las normas que exigen formalidades determinadas, por ejemplo el carácter escrito del acto, lo que no impide que por la naturaleza del acto (por ejemplo, un acto que reconoce un derecho o declara un deber de un administrado) en muchos casos puede considerarse causal de nulidad la omisión de la forma escrita.³¹⁰

³⁰³ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, p. 61.

³⁰⁴ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 66.

³⁰⁵ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 69.

³⁰⁶ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 70.

³⁰⁷ Por ejemplo, las distintas variantes de falta de notificación, notificación incompleta, etc.

³⁰⁸ BIELSA, *op. cit.*, p. 57, texto y nota.

³⁰⁹ BIELSA, *op. cit.*, p. 50, nota.

³¹⁰ PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4, etc.

El art. 8° del decreto-ley permite ratificar esta interpretación, pues dicha norma exige claramente que el acto se manifieste “expresamente,” aunque ya vimos que puede haber actos tácitos (*supra* 9.3), en los cuales se estará violando el requisito de ser expreso, sin con ello incurrir a nuestro modo de ver en causal de nulidad alguna. Lo mismo ocurre con la exigencia de que el acto indique “el lugar y fecha en que se lo dicta;” por más que la norma diga “sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieran, podrá utilizarse una forma distinta,” creemos obvio que la omisión de la indicación de la fecha no produce la nulidad del acto, como ya lo hemos explicado en el § 3; igualmente, la omisión de la expresión del lugar no produce la nulidad del acto. Que el acto deba ser firmado no produce, en caso de contravención, la nulidad del acto, sino su inexistencia, y así sucesivamente.

La experiencia es tan rica en pruebas de que este tipo de preconceptos legales jamás tiene utilización concreta en la realidad, que no parece necesario extenderse más para demostrar la ilogicidad y absurdidad, en sentido constitucional, del principio que así deseamos teórica y empíricamente.

Lo mismo ha ocurrido en el derecho austríaco, en que la ley de procedimiento administrativo exige precisamente que las decisiones “expresamente se denominen como tales,”³¹¹ requisito que no se ha considerado vicio el acto en caso de omisión,³¹² estimándose, por el contrario, que la falta de aclaración de cuál es el órgano emisor del acto y qué función ejerce, que no son exigidas por la ley, vician de nulidad el acto.³¹³ La misma posición encontramos en la doctrina alemana.³¹⁴

Generalmente, pues, se aprecia en el caso la real importancia del vicio antes que su expresa o no previsión legal.

44. Crítica de la distinción entre forma y formalidad

Nos apartamos también de la distinción entre “forma” y “formalidad.” Algunos autores dan la noción de que “formalidad” son las formas del procedimiento administrativo *previo* a la emisión del acto;³¹⁵ otros dicen que son los requisitos *posteriores* a la instrumentación del acto;³¹⁶ otros lo aplican a todo requisito que, debiendo observarse antes, durante o después de dictarse el acto administrativo, no tiene por objeto *documentar* la voluntad administrativa;³¹⁷ otros autores oscilan entre uno y otro concepto o incluso los aceptan simultáneamente, lo que desde luego es contradictorio; otros dicen que si bien la diferencia no existe en el

³¹¹ Art. 58, inc. 1°.

³¹² WINKLER, *op. cit.*, p. 26; HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 334 y 335.

³¹³ WINKLER, *op. cit.*, p. 27.

³¹⁴ VON HIPPEL, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

³¹⁵ FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

³¹⁶ FIORINI, *op. cit.*, t. I, p. 337.

³¹⁷ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458.

derecho positivo, la proponen de todos modos de manera “puramente dogmática” “para poner orden en esto.”³¹⁸

En verdad, el deseo de distinguir “forma” de “formalidad” no resulta sino en confusión conceptual; no basta con hallar o definir dos conceptos distintos, según se trate de formas o formalidades anteriores o posteriores, etc., sino que lo importante es dar conceptos y denominaciones que sirvan para explicar el derecho vigente y permitir resolver los casos que se planteen. A ninguna de estas finalidades sirve la distinción entre “forma” y “formalidad,” que además carece del valor didáctico o metodológico, pues implica el esfuerzo innecesario de ubicar categorías diversas para cosas fundamentalmente similares.

Si la distinción entre forma y formalidad nos llevara a la consecuencia de que la inobservancia de una y otra produce diferentes efectos jurídicos sobre la validez del acto, sería útil; pero puesto que la nulidad o la anulabilidad del acto se produce indistintamente por la inobservancia de unas u otras, la distinción es infundada. Sólo es necesario tener presente que las formas o requisitos del procedimiento nada tienen que ver con la forma del acto. (O sea, la forma de la declaración... que produce efectos jurídicos... inmediatos.)

A nuestro modo de ver, entonces, las llamadas “formas” o “formalidades” *anteriores* al acto administrativo son parte del *procedimiento* administrativo, y en caso de haber sido transgredidas son vicios de procedimiento, o vicios en la preparación de la voluntad administrativa,³¹⁹ y no vicios de forma del acto administrativo. A su vez, todos los requisitos necesarios para la emanación del acto, los incluimos dentro de los requisitos de la voluntad, según ya explicamos, y dejamos entonces dentro del concepto de forma a los requisitos de documentación y publicidad del acto, sin hacer subdistinciones ni clasificaciones en función de su “esencialidad,” “integralidad,” “sustancialidad,” etc., ni entre “forma,” “formalidad,” etc.

45. *Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo*

De cualquier manera que se use la distinción, ella no se ajusta al sistema positivo. Si se dice que las formalidades son concomitantes o posteriores al acto, pero no son estrictamente las formas de emanación de éste, entonces se tratará de distinguir qué “formas” del acto no son al mismo tiempo “formalidades concomitantes,” lo que es imprescindible de resolver. En este caso pensamos que no hay ninguna diferencia entre forma y formalidad; y si se quiere decir que las formas son las más importantes,³²⁰ entonces diremos que eso es lo mismo que querer distinguir formas “esenciales” o “no esenciales,” lo que es un esfuerzo inútil según ya vimos.

³¹⁸ BIELSA, *op. cit.*, p. 57: “Desde luego, esta diferencia no la vemos en doctrina ni en jurisprudencia, por lo que nuestra opinión sería puramente dogmática. Pero aun siéndolo, ella puede servir para poner orden en esto.” Como se ve, es muy difícil poder compartir este planteo.

³¹⁹ Así la garantía de la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo; el concurso para una designación en la función pública; la licitación pública para un contrato de obra pública, etc.

³²⁰ BIELSA, *op. cit.*, p. 57.

En realidad, fácil es advertir que quienes propugnan la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales” o entre “formas” y “formalidades” están refiriéndose o queriéndose referir realmente a formas “imprescindibles” y “prescindibles” o “importantes,” “fundamentales,” etc., y “no importantes,” “secundarias,” etc.; para extraer entonces la consecuencia de que la violación de las primeras es más importante o más grave que la de las segundas. Pero es confundir y complicar innecesariamente la cuestión. Basta al efecto con distinguir entre vicios de forma “muy graves,” “graves” y “leves” para tener toda la gradación, en punto a importancia de las formas, que se desee. Y se advierte entonces, además, cómo no se justifica hacer una construcción especial acerca de los vicios de forma (suponiendo que existan formas especiales, “esenciales,” etc.), puesto que todo ello se puede explicar fácilmente con los principios generales en materia de nulidades y vicios del acto administrativo.

Más sencillo y valedero, en tal caso, es advertir que las formas pueden tener mayor o menor trascendencia según los casos, sin esforzar al lector con la asimilación de supuestas categorías científicas diferenciadas.

Si, en otro criterio, se quiere decir que las formalidades son las anteriores a la emanación del acto, entonces diremos que tampoco el concepto se ajusta al derecho positivo, pues hay requisitos previos a la producción del acto, cuya omisión produce la nulidad de éste: Tal el caso del concurso para la designación de un funcionario, el dictamen de la Junta de Disciplina para un acto de cesantía o exoneración, la licitación pública para un contrato administrativo. Hablar de “formalidad” en estos casos es equivocado y conduce a error del intérprete: Si la consecuencia de su omisión es la nulidad del acto, al igual que las formas más “esenciales” que se quieran propugnar, entonces es mejor no denominarlas “formalidades,” sino darles una denominación diversa. En este caso, puesto que se trata de cosas distintas (unas previas y otras concomitantes al acto), estamos de acuerdo en que se les den denominaciones diferentes: Pero en tal caso pensamos que deben ser nombres *claramente* diferentes, y no designaciones tan parecidas que no pueden sino dar lugar a equívocos. Por ello hablamos en un caso de *vicios del procedimiento administrativo* (que se traducen en *vicios de la preparación de la voluntad*) y en el otro de vicios de *forma* en la emanación de la voluntad, sin otra distinción que la que resulta de la mayor o menor importancia del vicio que en cada caso se cometa.