

## CAPÍTULO X

### FORMALIDADES

#### SUMARIO

I. <i>Formas de instrumentación y publicidad</i> .....	X-1
1. Introducción.....	X-1
1.1. Finalidad.....	X-1
1.2. Enunciación.....	X-2
1.2.1. Procedimiento previo al acto.....	X-3
1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación.....	X-5
1.2.3. Notificación.....	X-5
2. La forma escrita.....	X-7
2.1. Su exigibilidad.....	X-7
2.2. Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico.....	X-8
3. Lugar y fecha.....	X-10
3.1. La fecha.....	X-10
3.2. Lugar.....	X-11
4. El número.....	X-11
5. El órgano y entidad de que emana el acto.....	X-12
6. La fundamentación o motivación.....	X-13
6.1. Terminología y alcances.....	X-13
6.2. Fundamentos.....	X-16
6.3. Consecuencias de su omisión.....	X-18
6.4. Requisitos de una fundamentación suficiente.....	X-18
6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior.....	X-20
6.6. La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial.....	X-23
7. Parte dispositiva o resolutive.....	X-24
8. La firma del acto.....	X-25
8.1. Distintos tipos de firma.....	X-25

8.2. El acto sin firma alguna.....	X-25
8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública .....	X-26
8.4. Algunas formas anómalas de certificación .....	X-27
8.5. La firma por sello .....	X-27
8.6. El correo electrónico sin firma.....	X-27
8.7. La firma electrónica o digital .....	X-28
9. Otras formas de instrumentación .....	X-29
9.1. Forma oral.....	X-29
9.2. Signos.....	X-30
9.3. Actos tácitos .....	X-31
9.4. El silencio .....	X-32
9.5. El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?.....	X-33
10. Formas de publicidad .....	X-34
11. Especies de formas de publicidad: publicación y notificación .....	X-35
11.1. ¿La publicidad no integra el acto? .....	X-36
11.2. Publicación.....	X-36
11.3. Notificación .....	X-37
11.3.1. Requisitos de validez.....	X-38
11.3.1.1. Transcripción íntegra del acto .....	X-38
11.3.1.2. Recursos, plazos y efectos.....	X-38
11.3.1.3. Vista de las actuaciones .....	X-39
11.3.1.4. Plazo de la notificación válida.....	X-39
11.3.1.5. Otros.....	X-40
11.4. La notificación verbal.....	X-40
11.5. La notificación espontánea .....	X-41
11.6. No cabe la notificación espontánea de un reglamento .....	X-41
II. <i>Otros criterios relativos a la forma. Crítica</i> .....	X-41
12. La forma y la expresión de la voluntad .....	X-41
13. La distinción entre formas ad substantiam y ad probationem .....	X-42
14. La distinción entre formas esenciales y no esenciales.....	X-43
14.1. El criterio doctrinario y legal.....	X-43
14.2. Casos de nulidad por violación de formas .....	X-44
15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad.....	X-45
16. Continuación. Desajuste de la distinción con el derecho positivo.....	X-46
17. Argüendo: <i>¿quid</i> si hablamos de formas esenciales? .....	X-46
18. El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros .....	X-47

## Capítulo X

### FORMALIDADES

#### I. Formas de instrumentación y publicidad

##### 1. Introducción

###### 1.1. Finalidad

Así como en el procedimiento o trámite administrativo existe el principio del informalismo a favor del individuo,<sup>1</sup> en materia de acto administrativo cabe postular que la regla son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano<sup>2</sup> y como tales deben ser aplicadas e interpretadas.<sup>3</sup> No se trata, pues de meras cuestiones de forma, sino de formalidades que deben ser cumplidas en resguardo de la legalidad.<sup>4</sup> Son resguardos extrínsecos que establece el derecho para evitar las decisiones irreflexivas, precipitadas, insuficientemente estudiadas,<sup>5</sup> a lo que se suman recientemente cada vez más y mejores recaudos intrínsecos que el acto debe satisfacer.<sup>6</sup> Sería pues un grave error suponer que se pueda presumir el carácter accesorio de las

<sup>1</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado” y ss.

<sup>2</sup> En tal sentido VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santafé de Bogotá, Temis, 1997, 11<sup>a</sup> ed., p. 152.

<sup>3</sup> Ello muestra una vez más la íntima conexión entre acto y procedimiento administrativo, que ha llevado a muchos autores a unir ambos temas en un sólo vol.

<sup>4</sup> Una de ellas es el cumplimiento de las reglas de procedimiento previas al acto.

<sup>5</sup> JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1949; HAURIU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, p. 453, nota 3; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 195, nota 2; DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, p.11.

<sup>6</sup> Razonabilidad: *supra*, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad;” cap. IX, § 7, “Arbitrariedad;” a § 9, “Diferencia entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley;” prohibición de actuar contradictoriamente, o sea *contramarchas* o *voltefaces* pues *venire contra factum proprium non valet*; sorpresas; *confianza legítima*, etc.: *supra*, cap. IX, § 4.2 e *infra* § 9.4, “El silencio,” nota 161; control de los hechos determinantes y principios jurídicos indeterminados; discrecionalidad cero; principio de la única solución justa.

formalidades. Ello está uniformemente establecido en el derecho francés desde el siglo XIX.<sup>7</sup> Tampoco tendría sentido resucitar la distinción que ya criticara con acierto LAFERRIÈRE en 1896, en el sentido de pretender diferenciar entre formalidades establecidas en interés de la administración<sup>8</sup> o del individuo en el caso singular. No están hechas individualmente en interés de uno o del otro, sino de la sociedad, para que la administración se vea limitada a no actuar intempestiva, inconsulta, inaudita, irreflexivamente. No puede comportarse intempestivamente y por ello debe dar aviso; no puede resolver inconsultamente y por ende necesita requerir dictámenes e informes; no ha de decidir inauditamente y en consecuencia debe oír al interesado antes de dictar el acto; le está prohibido obrar irreflexivamente y por ello está obligada a dar las razones de su decisión en el mismo instrumento del acto.

El particular no tiene la libre disposición de estas garantías en el caso concreto.<sup>9</sup> Él no puede dispensar a la administración de pedir dictamen jurídico, de fundar su acto, etc. Tampoco puede válidamente hacerlo el juez, aunque lo haga. Ni puede perdonar los vicios y dar una oportunidad tardía de “cumplirlos,” como si fuera un “recuperatorio” por un examen parcial reprobado. Si el acto era apto para producir efectos jurídicos, debía entonces estar conforme a derecho en ese momento, no presentarse a rendir un *repechaje* tardío.

Por ello se cita mal el derecho francés en el derecho administrativo argentino, en este punto, cuando se invoca el principio *pas de nullité sans grief*. Pues desde el siglo XIX el derecho francés es uniforme en señalar que las partes pueden pedir la nulidad por “omisión de una formalidad, aún cuando esta omisión no les afecte personalmente.”<sup>10</sup> El tribunal no puede allí declarar de oficio la nulidad no pedida, pero puede señalar los vicios que el acto a su criterio tiene, aunque no sean los señalados por el actor. Se reputa, como es obvio, que el juez conoce el derecho.

## 1.2. Enunciación

Cabe destacar entre todas ellas, por su importancia como mecanismo indispensable de contralor judicial y tutela de los derechos, en primer lugar la funda-

<sup>7</sup> Lo señala, puntualizando que todos los autores concuerdan en exponer así la jurisprudencia, HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 242, nota 24. Recuerda a LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, París, Berger-Levrault, 1896, p. 521.

<sup>8</sup> O, como dirían otros en el siglo XX, bien común, interés público, interés superior y ético del Estado, etc. Ver *supra*, cap. IX, § 8.4.1.1, “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.,” *supra*, t. 2, cap. VI, § 5 “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*” y sus respectivas referencias.

<sup>9</sup> Y menos la administración, debiera ser obvio. Por ello a nuestro juicio se comete un error permitiéndole subsanar tardíamente los vicios o invocar la prescripción o la caducidad para no anularle actos.

<sup>10</sup> LAFERRIÈRE, t. II, *op. cit.*, p. 523; RDP, 1906, 668, nota de JÈZE; hasta el presente: HOSTIOU, *op. cit.*, p. 244.

mentación o motivación del acto administrativo; si se computan aquí también las formalidades del procedimiento previo a la emanación del acto, cabe recordar la indispensable audiencia y prueba del interesado y el dictamen jurídico de los organismos permanentes de asesoramiento jurídico y otros informes, dictámenes o trámites esenciales.<sup>11</sup>

Las formalidades que el acto debe cumplir de acuerdo al ordenamiento jurídico incluyen entonces:

### 1.2.1. *Procedimiento previo al acto*

En orden cronológico, primero la preparación de la voluntad a través del debido proceso administrativo, lo que incluye múltiples etapas, tales como audiencia del interesado,<sup>12</sup> dictamen jurídico previo,<sup>13</sup> otro informe o trámite sustancial, etc.

El decreto-ley incluye al dictamen jurídico previo y otros trámites sustanciales (como a tenor del art. 1° lo es la defensa previa) dentro del requisito que denomina procedimientos en el art. 7°.<sup>14</sup> Allí lo incluye junto a la “causa,” competencia, etc., todo lo cual fulmina de nulidad, o nulidad absoluta en su terminología, en el art. 14 y a *contrario sensu* en el art. 15 según la reforma del decreto-ley 21.686/77. La omisión de satisfacer cualquiera de estos trámites o procedimientos sustanciales previos a la emisión del acto lo vician de nulidad, conforme al texto del decreto-ley. Así el art. 14 expresa que “El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e

<sup>11</sup> Es que el acto estatal no puede válidamente surgir de la nada, como la inspiración o el arrebato del momento. Necesita, para ser válido, contar con sustento fáctico y éste debe estar documentado, referenciado, invocado, dictaminado, comunicado previamente al interesado. El acto nace válida-mente sólo dentro de un procedimiento legítimo, leal, serio.

<sup>12</sup> *Supra*, cap. IX, § 4.3, “Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia.” Para mayor énfasis, por la importancia trascendental que la defensa previa tiene en un Estado de Derecho (como vimos en el t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)”), reiteramos aquí, al tratar de las formalidades del acto, lo que ya expusimos en el cap. referido a la preparación de la voluntad administrativa. Si la reiteración fuera el precio a pagar para que el principio jurídico se cumpla, bien vale la pena. Lo mismo hacemos con la fundamentación o motivación, que incluimos aquí como § 6, “La fundamentación o motivación” y antes dentro de los vicios de la voluntad (cap. IX). La doctrina y jurisprudencia han preferido siempre incluirla dentro de la forma, *v. gr.* MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia,” *LL*, 1989-C, 1014. El decreto-ley 19.549/72 incluye al dictamen previo, audiencia previa, etc., dentro del requisito o elemento “Procedimientos;” en igual sentido COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 82 y ss.; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 3, § 3.4, pp. 40-2. No importa que se prefiera denominarlo forma, formalidad o procedimiento, la cuestión es que no por eso se transmute la nulidad que en caso de omisión determina el art. 14, por una supuesta anulabilidad *que no surge de las normas vigentes*. No sigamos pues el derecho español que al categorizar un vicio como de forma ya quiere ver en su violación una “irregularidad no invalidante;” GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1993, p. 179 y sus referencias. Ver el texto y la nota siguiente. Algo similar puede decirse de los vicios que contemplan los arts. 13, 14 y 15 de la ley 25.188.

<sup>13</sup> *Supra*, cap. IX, § 4.5, “Opinión, dictamen o informe sustancial.”

<sup>14</sup> Ver legislación comparada en BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, séptima parte, secc. III, § 1, p. 220.

insanable en los siguientes casos: [...] b) [...] por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.”

El art. 15, con la reforma del decreto-ley 21.686/77, expresa que “Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio *que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales*, el acto será anulable en sede judicial,” lo cual si bien está encausado a reforzar la regularidad del acto así viciado refuerza de todos modos, *a contrario sensu*, la idea de que si falta alguno de los requisitos o elementos esenciales mentados en el art. 7º, *v. gr.* los del inc. d), no estamos ante un supuesto de anulabilidad sino de nulidad o nulidad absoluta.

El problema de incluir estos requisitos dentro de la forma es que pueden llevar a quitarles importancia, como ocurre en autores que afirman que si se castigara la falta de dictamen jurídico como previo con la nulidad, “la forma dejaría de ser un requisito o elemento de naturaleza instrumental para convertirse en la esencia del acto, lo cual carece de sentido.”<sup>15</sup> Sin embargo, conforme a la terminología del decreto-ley, el dictamen jurídico es esencial,<sup>16</sup> llámeselo como se lo llame en el cuadro de los vicios o elementos. Por ello en nuestro proyecto de 1964 decíamos en el art. 133 —base no mentada en el proyecto de 1972 pero sí en la obra de MARIENHOFF— que “El vicio del acto es grave si se ha omitido el cumplimiento previo de algún dictamen o trámite sustancial previsto expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico.” Eso es precisamente lo que surge de la conjunción de los arts. 7º y 14 del decreto-ley 19.549/72. Similares disposiciones encontramos en el régimen de procedimiento administrativo porteño.<sup>17</sup>

La calificación de vicio grave corresponde en esa fuente del decreto-ley a la *nulidad*, o *nulidad absoluta* como éste dice. El decreto-ley es muy claro en cuanto a la importancia jurídica que otorga al dictamen jurídico,<sup>18</sup> incluso por encima del dictamen técnico cuando se trata de cuestiones de derecho, p. ej. cuando expresa en el art. 5º que “La decisión final de las cuestiones de competencia se tomará, en ambos casos, sin otra sustanciación que el dictamen del servicio jurídico correspondiente y, si fuere de absoluta necesidad, con el dictamen técnico que el caso requiera.”

Además el criterio lo reitera claramente el art. 7º, al expresar que dentro de los “Requisitos *esenciales* del acto administrativo” se incluyen los *Procedimientos*: “d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.”

“Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también *esencial* el dictamen proveniente de los servicios permanentes de aseso-

<sup>15</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 203.

<sup>16</sup> CNFed. CA, Sala II, *Astilleros Fueguinos*, 3 de Marzo de 2005; Sala I, *Aliment AR SA.*, Abril de 2006.

<sup>17</sup> Decreto 1510/97 ratificado por “Resolución” 41/98, de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 7º y 14.

<sup>18</sup> Costa Rica, art. 356.

ramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.”

La omisión de estos requisitos expresos del ordenamiento jurídico es causal de nulidad en el decreto-ley; la Procuración del Tesoro de la Nación lo admite para la indefensión,<sup>19</sup> pero no para la falta de dictamen jurídico previo,<sup>20</sup> omitiendo así en definitiva defender la profesión de abogado del Estado de cuyo cuerpo es su Dirección General.<sup>21</sup> La jurisprudencia judicial no es proclive a declarar estas nulidades salvo un cúmulo excesivo de vicios simultáneos.

Toda esa serie o secuencia de actos que conforman el procedimiento previo a la emanación del acto administrativo constituyen un elemento indispensable de su validez<sup>22</sup> y de prueba en el expediente mismo. “Hace falta, pues, que existan antecedentes, caminos seguidos, surcos trazados, etc. [...] que permitan observar y conocer como han ido evolucionando a través de las épocas. Por esto se exige fundamentalmente el denominado expediente.”<sup>23</sup>

### 1.2.2. Instrumentación. Fundamentación o motivación

En el momento instrumentarse la declaración escrita es necesaria su expresa, razonada y explícita fundamentación. Ella permite entenderlo a través de sus propios fundamentos y tener prueba de él, su causa o sustento fáctico, su finalidad, etc., elementos de su contralor administrativo y jurisdiccional.<sup>24</sup>

### 1.2.3. Notificación

Por último, para nacer al mundo jurídico como tal el acto debe darse a conocimiento del público o de las personas a quienes afecta,<sup>25</sup> sin lo cual no es apto para producir efectos jurídicos y mal puede entonces ser llamado acto administrativo o

<sup>19</sup> *Dictámenes*, 74: 391, citado en coincidencia por CASSAGNE, *op. cit.*, p. 202, nota 138, quien también cita otra doctrina, entre ella la nuestra y jurisprudencia concordante en el mismo criterio, notas 135 y 136. Pero también hay fallos, que el mismo autor recuerda, que admiten el saneamiento judicial de la indefensión administrativa: CSJN, 253: 232; 258: 299.

<sup>20</sup> Dictamen del 2-III-78, *Ford Motor Argentina*, citado por CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 203, quien adhiere a dicho criterio. Hemos citado más arriba sus palabras y nuestro comentario.

<sup>21</sup> Ver *supra*, t.1, cap. XII, § 13.4, “El Procurador del Tesoro de la Nación.”

<sup>22</sup> Ver CSJN, *Adidas*, con nota de CANDA, FABIÁN OMAR, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación,” *ED, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 28-VI-2002, pp. 5-8.

<sup>23</sup> GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 157; o como dice también en la p. 135, “es en el proceso de formación donde se esconden los motivos reales de la actuación,” sin perjuicio desde luego del indispensable conocimiento directo e inmediato de la realidad que explicamos en el cap. I de los vols. 1 y 2; es el mismo criterio que orienta COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, *op. cit.*, p. 82 y ss.

<sup>24</sup> Ver *infra*, § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>25</sup> Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 111. ZELAYA, SIMÓN F., “Forma del acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 62 y ss., excluye a la publicidad como parte de la forma del acto administrativo.

norma jurídica.<sup>26</sup> Ya vimos en su oportunidad que la terminología que diferencia la “existencia” del acto, supuestamente nacido antes de su notificación y la eficacia que nacería con tal notificación, no es la más adecuada. En tal terminología el acto nace, pero no al mundo jurídico, sino al mundo de la experiencia. No parece una terminología apropiada para el lenguaje jurídico, sin perjuicio de que pueda ser sociológicamente apta.<sup>27</sup> No siempre se cumplen ni 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 positivo y el negativo. El primero, cuando el ordenamiento asigna a la falta de decisión expresa de una petición en el término que la ley o la reglamentación fija, el alcance de acceder a lo solicitado. Hay en este punto una doble expansión de lo que también se ha dado en llamar “modo no formal” de expresión de la voluntad administrativa.<sup>28</sup> Por un lado aumentan con el tiempo los supuestos en que textos expresos acuerdan valor al silencio de la administración;<sup>29</sup> por el otro, se confiere creciente importancia al cumplimiento y respeto del comportamiento administrativo a principios tales como la buena fe, la *confianza legítima*, la interdicción de contramarchas, la ausencia de sorpresas,<sup>30</sup> etc. El segundo, cuando la ley otorga al interesado, además del derecho que tiene *siempre* a exigir una decisión expresa a través del amparo por mora de la administración, la alternativa adicional —a su exclusiva opción— de seguir con las demás vías de impugnación, caso en el que entonces a veces se expresa que se ha producido un acto de denegación tácita,<sup>31</sup> 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

<sup>26</sup> Ver *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación.”

<sup>27</sup> Ver *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico;” BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 199.

<sup>28</sup> DEBBASCH, CHARLES, “Les modes non formels d’expression de la volonté de l’administration,” en *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XX, París, 1968, pp. 263-73.

<sup>29</sup> MONNIER, MIREILLE, *Les décisions implicites d’acceptation de l’Administration*, París, LGDJ, 1992, p. 93.

<sup>30</sup> Ver *supra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima;” *infra*, § 9.4, “El silencio,” nota 161.

<sup>31</sup> También se usan expresiones como acto ficto, ficticio, presunto, etc., aunque en realidad son expresiones que de alguna manera rinden todavía tributo a la vieja y superada idea de centrar lo procesal administrativo o “contencioso administrativo” sobre la “revisión” del acto y no sobre las pretensiones procesales del actor.

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. 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. 15); 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 más adelante,<sup>32</sup> consideramos que 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, el caso: Según dicha importancia corresponderá pronunciarnos por la validez, anulabilidad, nulidad o inexistencia del acto. En el caso de la falta de publicidad, en cambio, el acto no está viciado sino que no es exigible hasta tanto este requisito sea cumplimentado. En nuestra perspectiva, no ha nacido aún al mundo jurídico.

## 2. La forma escrita

### 2.1. Su exigibilidad

La forma de documentación por antonomasia es, desde luego, la escrita, que constituye la regla general,<sup>33</sup> aunque cabe advertir *ab initio* que así como ello pudo en la historia estar representada por piedras, tábulas, papiros, etc., para pasar recientemente al papel, abarca cualquier soporte físico que la tecnología produzca evolutivamente con algún grado de certeza.<sup>34</sup>

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,<sup>35</sup> 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;

<sup>32</sup> En § 14, “La distinción entre formas esenciales y no esenciales” y 15, “Crítica de la distinción entre forma y formalidad.”

<sup>33</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 8°; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. 182; PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 338; CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 166; BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento...*, *op. cit.*, séptima parte, secc. III, § 2, p. 222.

<sup>34</sup> Puede verse, para los comienzos de la era actual, BIELSA, RAFAEL ANTONIO, *Recuperación de documentos jurídicos por medios automatizados*, Milán, Giuffrè, 1986.

<sup>35</sup> HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 730, quien agrega que también es una garantía para el interés general.

con todo, “estos usos no tienen ninguna fuerza jurídica”<sup>36</sup> 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.).<sup>37</sup> 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, p. ej., 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 “solo por excepción y si las circunstancias lo permitieran podrá utilizarse una forma distinta.” Las posibles excepciones las analizamos más adelante.<sup>38</sup>

## 2.2. Su registro físico: el papel, o el soporte electrónico

Hay un aspecto de la forma escrita que los autores del decreto-ley no pudieron imaginar en 1972 y es la relativa a cuál es el soporte físico de la escritura. Nuestro pensamiento se hallaba demasiado habituado a la desaparición de los papiros, palimpsestos, inscripciones funerarias, tablas o tablillas, etc. y hubiera parecido en el pasado que el soporte en papel fuera el único modo de documentar algo por escrito. Sin embargo ello ya no es más así, como lo acredita hace tiempo en el derecho privado la microfilmación de cheques en los bancos, luego la digitalización de los comprobantes de gastos por las empresas de tarjetas de crédito, los cajeros automáticos, las compras por Internet, las operaciones telefónicas en directo o por *voice mail*, la transferencia bancaria de fondos por vía telefónica o de modem, la compraventa de acciones por órdenes emanadas de un programa de computación que tiene determinado de antemano los niveles de compra o de venta, la contratación de films por la televisión satelital, todo lo cual va progresivamente generalizándose con soporte fílmico, magnético, electrónico, etc., pero no ya de papel, al menos en el comercio privado. En todo caso, la lectura de medidores de gas, electricidad, etc., pasa por el inspector que lee (visualmente, perdónese el pleonasma) los instrumentos y toma a mano, en su agenda, notas provisionales. Ellas irán después a constituir la información que se traslada a la confección electrónica de la factura, con los datos así recolectados. El dato o registro inmediato de la facturación está en soporte informático, no en papel<sup>39</sup> y la notificación lo estará en papel por algún tiempo más, pero no necesariamente

<sup>36</sup> LIET-VEAUX, “L’acte administratif,” fascículo 106 del *Juris Classeur Administratif*, t. I, París, 1963.

<sup>37</sup> LIET VEAUX, *op. loc. cit.*; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 261, § 165, notas 103-5. Pero esto no sería ya aplicable a un decreto; *infra*, § 15, “Crítica de la distinción entre forma y formalidad;” ver ZELAYA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>38</sup> Ver *infra*, § 9, “Otras formas de instrumentación.”

<sup>39</sup> Salvo *mediata* y provisionalmente en los papeles de trabajo, cuaderno, libreta, etc., del inspector que toma las mediciones.

siempre. Algo parecido ocurre en materia de infracciones de tránsito en el ámbito local,<sup>40</sup> en que el registro se produce fotográficamente, luego se procesa, digitaliza e imprime. Si en el proceso penal se admite como prueba del delito la autenticidad de una filmación en la medida que el dato fílmico pueda ser corroborado por el juez y no sea fraguado,<sup>41</sup> con mayor razón en el proceso de faltas. Ni uno ni otro tienen asegurada perdurabilidad absoluta: Una acordada de la Cámara Nacional del Trabajo manda incinerar los poderes originales de más de dos años de antigüedad cuyos juicios no hayan sido iniciados, como también su soporte informático en las bases de datos del Poder Judicial.<sup>42</sup>

La legislación ha comenzado a dar sus pasos en la materia y así es como el art. 24 de la ley complementaria permanente de presupuesto autoriza el soporte electrónico u óptico indeleble de la documentación financiera, de personal y control de la administración pública nacional, los que serán considerados originales, con pleno valor probatorio en los términos del art. 995 del C.C. Los documentos originales o de primera generación carecerían, después, de valor jurídico.<sup>43</sup> Diversas facultades de la Universidad de Buenos Aires, de igual modo, admiten la inscripción a los cursos mediante su sitio *web*, contribuyendo de tal modo eficazmente a suprimir paulatinamente las colas y formularios; la proliferación del sistema al resto de la administración es sólo cuestión de tiempo.<sup>44</sup>

La AFIP-DGI, que fue pionera en exigir a los contribuyentes el soporte magnético de sus presentaciones, ha comenzado también a ampliar el rango de sus actos y comunicaciones por medios electrónicos. Se ha implementado la comunicación informática de ciertos actos administrativos<sup>45</sup> a pequeños contribuyentes; los medianos y grandes ya estaban comprendidos de antes. Así p. ej. para hacer imprimir facturas o recibos válidos es necesario acudir a una imprenta autorizada por la AFIP-DGI, imprenta que a su vez debe solicitar por Internet a la AFIP-DGI la autorización de la impresión solicitada por el contribuyente. El acto administrativo de autorización de la AFIP-DGI, expresado y transmitido por Internet, nos parece válido aún sin registro en soporte de papel. El Registro Nacional de Reincidencia está igualmente pasando los datos penales a soporte magnético, con los recaudos del caso. Es una tendencia claramente irreversible.

<sup>40</sup> *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas” y cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

<sup>41</sup> TOral Criminal Federal, Paraná, *Meichtry*, 1998, *LL*, 2000-A, 240, con nota de PALACIO, LINO ENRIQUE, “El principio de exclusión probatoria, el derecho a la intimidad y la videofilmación de consumo y fraccionamiento de estufefacientes,” *LL*, 2000-A, 239.

<sup>42</sup> *B.O.*, 3-III-1999, 1ª sección, p. 31, subsección “Avisos.”

<sup>43</sup> Ver la ley permanente de presupuesto 11.672, t.o. decreto 1.110/05.

<sup>44</sup> En la administración del sector energético la implementación y/o acentuación de estos medios y sistemas se hace presente tanto en el Estado como en otras organizaciones que ejercen función administrativa: GARCÍA MIRA, SANTIAGO J., “Energía: Aspectos positivos que trascienden la emergencia,” *LL*, 2007-A, 1192.

<sup>45</sup> Res. gral. AFIP 1995/06; con la opción de constituir domicilio fiscal electrónico, res. gral. AFIP 2109/06, aunque se conserva la obligación de que el individuo fije un domicilio fiscal real.

El geométrico aumento de documentación escrita lleva inexorablemente a que el acto escrito en papel vaya pasando a la categoría de acto denominado “de primera generación,” que a veces el derecho tiende a sustituir y eliminar.<sup>46</sup> Es posible que el registro electrónico de datos y de actos administrativos, no haga desaparecer *totalmente* al soporte en papel; ya se vio que las computadoras no han disminuido sino incrementado su uso en la oficina o la utilización personal y tener un libro en la computadora no supe tenerlo en las manos. Tampoco lo contrario es verdadero, por cierto: ya no alcanza tampoco con tener el papel impreso, es indispensable también contar con el soporte electrónico (digital, etc., o como se lo llame en el futuro) para un manejo más eficiente de la información. Nos parece que el acto que consta en una base de datos o *server*, sitio *web*, o lo que fuere en el futuro, cumple con el requisito de la forma escrita aunque no esté también asentado en papel.<sup>47</sup> Quedarán pendientes diversas cuestiones: que sea susceptible de prueba y pueda acreditarse que es fidedigno, la firma, el tema de la notificación o publicación según el caso —sobre lo que volvemos en este mismo cap.— pero son cuestiones técnicas que el tiempo habrá de resolver rápidamente. La economía de tiempo que se produce, en tanto se adopten los debidos recaudos de fidelidad, sobrepasa con creces cualquier dificultad material que se pueda puntualizar como obstáculo y que el avance tecnológico ciertamente habrá de superar. Lo mismo cabe decir de otras tecnologías, como las fotografías digitalizadas, etc.

### 3. Lugar y fecha

#### 3.1. La fecha

La omisión, el error o incluso la absurdidad de la fecha (*v. gr.*, 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 aquélla en que ha sido publicado o notificado.<sup>48</sup> En todo caso, la regla es que normalmente “no hay jamás vicio de forma por omisión o irregularidad de la fecha.”<sup>49</sup> Si la fecha es necesaria para determinar la competencia ella es exigible; señala HELLBLING asimismo que en el caso de actos de órganos colegiados es igualmente obligatoria la indicación de la fecha,<sup>50</sup> para así apreciar si se han cumplido los requisitos de *quorum* y sesión.

La fecha puede resultar importante para determinar la invalidez del acto cuando está ligada al ejercicio temporalmente limitado de una competencia: Así

<sup>46</sup> Ver PIAGGI, ANA I., “Reflexiones sobre la contratación electrónica,” *LL*, 1999-A, 750.

<sup>47</sup> La ley 24.624 de “despapelización” incentiva el reemplazo de la documentación original archi-  
vada del Estado por soportes electrónicos u ópticos de carácter indeleble.

<sup>48</sup> FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, pp. 329-30; PTN, 97: 248; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 26.

<sup>49</sup> HOSTIQU, *op. cit.*, p. 307.

<sup>50</sup> HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 338.

p. ej. en el contrato de suministro el acto de adjudicación debe *dictarse* dentro del plazo de mantenimiento de las propuestas y *notificarse* dentro del tercer día; la orden de compra debe *emitirse* en igual plazo y *notificarse* dentro de los siete días de la adjudicación.<sup>51</sup> Lógicamente, si la fecha en que figura que se dictó es posterior al término reglamentario, el acto es inválido por incompetencia; si no consigna fecha, podrá resultar que en verdad también fue dictado fuera de término, con igual consecuencia; o, aunque indique la fecha formalmente procedente, podrá también probarse que dicha fecha es falsa y que el acto fue antedatado.<sup>52</sup> Lo mismo cabe decir de las observaciones del Tribunal de Cuentas en las Provincias en que existe, de la decisión del Poder Ejecutivo en relación al veto del presidente en la sociedad de economía mixta, etc.

### 3.2. Lugar

Iguales principios cabe aplicar en relación al lugar.<sup>53</sup> Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, “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.”<sup>54</sup>

Esta regla tiene excepciones en materia de órganos colegiados, en los cuales suelen existir normas exigiendo que las sesiones se celebren en la sede del órgano o, en caso de necesidad, en lugar especialmente habilitado al efecto de la sesión, a los efectos de un mejor control social.

### 4. El número

El hábito del número para las resoluciones y decretos viene dado no por el derecho sino por la práctica administrativa, que siempre da un orden correlativo por fecha y por números a las decisiones, para su mejor constatación. La falta de número, en consecuencia, no vicia por sí sola el acto, a menos que sea indicación de otro vicio mayor.

<sup>51</sup> “Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado,” decreto 436/00, arts. 82 y 84 y pliego único de bases y condiciones generales para la contratación de bienes y servicios del Estado, res. ME 834/2000, B.O. 19-X-2000, arts. 21 y 22. Conviene recordar, en cualquier caso, las prevenciones de MAIRAL que recordamos en la “Introducción,” nota 3 y sus remisiones.

<sup>52</sup> HOSTIOU, *op. cit.*, p. 308, señala que con ello reaparece el vicio de incompetencia, que termina absorbiendo al vicio de forma. Si no hay incompetencia *ratione temporis*, ya vimos que la simulación en la fecha es común y fruto del hábito más que del dolo, por lo que algunos consideran que no afecta *per se* la validez del acto. Es el tema de la *retrodatazione* y *retroattività*, o de la *Rückdatierung* y *Rückwirkung*, que en español tiene menos plasticidad semántica, pero no por ello menos aplicación empírica. Ver: *supra*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

<sup>53</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*

<sup>54</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.* p. 333.

Sin embargo y precisamente porque ninguna norma lo exige, la falta de número en modo alguno vicia el acto en cuestión.<sup>55</sup> Algo parecido ocurre con las normas positivas que en algunos ordenamientos exigen el registro del acto, o su transcripción en el libro de actas: se lo considera un medio de prueba pero no un recaudo que condiciona su existencia.<sup>56</sup> Ambas soluciones se vinculan a veces en una *praxis* que combina esta informalidad con la simulación en la fecha, que parte de la doctrina considera no invalidante del acto. Se trata de emitir un acto con fecha posterior, pero dándole fecha anterior, e incluso otorgándole un número anterior de resolución a la que por orden le correspondería si se tomara la fecha real, pero que sí coincide con la fecha ficticia retrospectivamente elegida.<sup>57</sup> Por lo general, no se trata tanto de maniobras dirigidas a violar algún precepto legal, sino de pura ineficacia administrativa que lleva a dictar tardíamente los actos que debió dictar oportunamente y prefiere entonces hacer como que lo dictó en término.<sup>58</sup> Va de suyo que no es algo para aplaudir, pero no parece realista postular en nuestro derecho viviente la nulidad o anulabilidad de estos actos, en ausencia de otros vicios que puedan coadyuvar a la invalidez. Máxime cuando también la justicia los comete, por tradición.<sup>59</sup>

### 5. 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:<sup>60</sup> 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 aclaratorio<sup>61</sup> 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 otra parte del acto,<sup>62</sup> lo que es también forma usual: “El director de (cargo y entidad) [...] Resuelve:” existiendo dicha aclaración el acto no tiene vicio alguno por la falta de sello o por ilegibilidad de la firma. Si la firma es conocida (por regla general,

<sup>55</sup> PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252. En dicho pronunciamiento se siguió expresamente la tesis que sostuviéramos en tal sentido en la primera edición de esta obra *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 149.

<sup>56</sup> BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, 7ª ed., p. 302.

<sup>57</sup> Más aún, hay oficinas de despacho en que se “reservan” números de resoluciones “vacías” para el supuesto que haya que antedatar alguna ulterior. Sobre esta *fictio iuris* ver *supra*, cap. IX, § 11.3.1, “Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad.”

<sup>58</sup> Hemos explicado distintos supuestos *supra*, cap. IX, § 11.3.1.

<sup>59</sup> La práctica es en efecto común en la justicia, donde con el “despacho” a veces se pone a los actos procesales fecha anterior a la real, por lo cual no ha de sorprender que la justicia no considere que la administración viola el orden jurídico cuando antedata un acto; realmente, es una práctica corriente en el ámbito forense. Ver CNFed. CA, Sala III, *Bonfiglio, LL*, 1997-B, 405, año 1996, que comentamos en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 57, “Antedatar sin costas,” p. 135.

<sup>60</sup> WINKLER, *op. cit.*, p. 27; ZELAYA, *op. cit.*, p. 65.

<sup>61</sup> El cual no es, pues, imprescindible: HELLBLING, *op. loc. cit.*

<sup>62</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 329, nota 69.

la firma del Presidente o del ministro), podría también llegarse a sostener que la falta de aclaración no lo vicia. Pero, salvados todos estos casos, si el acto no aclara en parte alguna de qué autoridad proviene, de modo tal que no puede siquiera considerársele individualizable o identificable, es por lo tanto y como mínimo nulo,<sup>63</sup> o con mayor exactitud a nuestro juicio inexistente.

## 6. La fundamentación o motivación

### 6.1. Terminología y alcances

Antiguamente empleábamos principalmente el vocablo motivación, pero la crítica que nos formulara nuestro gran amigo ALBERTO RAMÓN REAL ha sido demoledora. Aceptamos su señalamiento de que motivación es débil y dice poco para nuestra cultura jurídica: Hay que decir *fundamentación*, en la esperanza de que se entienda y aplique como el necesario razonamiento lógico que une a los hechos del caso con la decisión que en él se adopta. Permítasenos la licencia de recordarla: “GORDILLO en un agudo párrafo sobre la motivación enseña que constituye «La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada». *Precisamente si es la fundamentación preferimos llamarla así.*”<sup>64</sup> Le hemos agregado la letra cursiva a unas palabras tan sencillas como irrefutables. Pero REAL agregó mucho más en este sentido resumen de toda una gran bibliografía coincidente salvo en la denominación.<sup>65</sup> La garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es

<sup>63</sup> WINKLER, *op. loc. cit.*; ZELAYA, *op. loc. cit.*

<sup>64</sup> REAL, ALBERTO RAMÓN, “La fundamentación del acto administrativo,” en AA.VV., *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Ediciones Rosarinas, 1980, p. 433 y ss., 439; “Fundamentación del acto administrativo,” *Revista de Direito Público*, 62: 5, San Pablo, Editora Revista Dos Tribunais, 1982.

<sup>65</sup> Ampliar en TAWIL, GUIDO S. y MONTI, LAURA M., *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, 1998; SUNDFELD, CARLOS ARI, “Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados,” *RDP*, 75: 118 (San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985); CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, Linotipia Germano, 1978; DE LA VALLINA VELARDE, JUAN LUIS, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967; DUTRADE ARAÚJO, FLORIVALDO, *Motivação e controle do ato administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1992 y demás bibliografía que todos ellos citan.

lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo,<sup>66</sup> por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.<sup>67</sup> Otros autores también han advertido contra ese fenómeno de mantener los vestigios del absolutismo, radicados ahora en el Poder Ejecutivo, de la clandestinidad (llámese reserva, discreción, secreto, etc., pero clandestinidad al fin), so pretexto de proteger o tutelar el bien común o el bienestar general.<sup>68</sup> Ya lo vimos en el “poder de policía.”<sup>69</sup>

Concluye por ello REAL con énfasis “Los latinoamericanos no necesitamos modelos absolutistas ni bonapartistas. Por el contrario, con toda evidencia nos sobra producción propia, exportable, de tales modelos.”<sup>70</sup>

Vale por ello la pena repetir también lo dicho por la Sala IV de la CNFed. Contenciosoadministrativo:<sup>71</sup> “La necesidad legal de fundar el acto administrativo no constituye una exigencia vacía de contenido ya que el propósito de la norma [...] radica en garantizar el derecho de los administrados haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto.”<sup>72</sup> “Ello es así por cuanto los principios republicanos imponen la obligación a la Administración de dar cuenta de sus actos cumpliendo los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes vean afectados sus derechos; y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad.”

La fundamentación debe mostrar el resultado final que se espera lograr con el objeto del acto, o sea su finalidad.<sup>73</sup> Más aún, sin una razonable fundamentación o explicación del acto caen también otras garantías constitucionales<sup>74</sup> y legales,

<sup>66</sup> CAETANO, MARCELO, *Principios fundamentales de derecho administrativo*, Río de Janeiro, Forense, 1977, p. 147: “La fundamentación ejerce en el acto resultante del ejercicio de poderes el mismo papel que en la sentencia: muestra cómo los hechos probados justifican la aplicación de cierta norma y la deducción de determinada conclusión, esclareciendo el objeto del acto;” PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 71 y ss.

<sup>67</sup> REAL, *op. cit.*, p. 444. Comp. ZELAYA, *op. loc. cit.* CNFed. CA, Sala II, 06/X/05, *Vitagliano Rochaix, María T v. Administración Federal de Ingresos Públicos*.

<sup>68</sup> REAL, *op. cit.*, p. 443, recordando a GARCÍA DE ENTERRÍA en *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1981 y *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1974 y posteriores ediciones. Dos trabajos que todo administrativista debiera conocer y aprehender, al igual que sus más recientes *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed.; *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 1997, 3ª ed.

<sup>69</sup> Nos remitimos a lo expuesto en el cap. V del t. 2 y en nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41; comp. *supra*, “Introducción,” las referencias de las notas 1 y 2.

<sup>70</sup> REAL, *op. cit.*, p. 444, a quien ya recordamos en igual sentido en la “Introducción” a este mismo vol. 3.

<sup>71</sup> *Negocios y Participaciones S.A.*, 16-III-98, cons. 8, 2º y 3º párrafos.

<sup>72</sup> Con cita de la CNFed. CA, Sala III, 7/4/83, *Cas T.V. S.A. s/ Comité Federal de Radiofusión*.

<sup>73</sup> REAL, *op. cit.*, p. 438. Permite por ende controlar si hay desviación de poder: CF Mendoza, Sala A, *Collado Cattani, LL*, 1997-D, 733, año 1996.

<sup>74</sup> Conf. Juzg. CA N° 1 de San Nicolás, causa 92, *D'Angelo c. Municipalidad de Baradero*, 15-III-2004, firme. CNFed. CA, Sala III, *Peralta c/ E.N. – PJN – C. Magistratura*, 26-IV-2006.

como el derecho a ser oído con prueba y alegato y tener dictamen jurídico previo al acto: Pues todo esto de nada vale si el acto nada dice de cuánto ha ocurrido antes de él para justificar y fundar por qué es dictado.<sup>75</sup> No basta con expresar una serie o secuencia de antecedentes de lo que se resuelve: pasó esto, pasó lo otro, pasó lo demás, ahora resuelvo tal cosa. Eso es escribir los antecedentes, hacer el relato circunstanciado del expediente, etc., pero le falta la argamasa de la razón: Debo decir además *por qué* considero que puedo hilar tales hechos en un *razonamiento* fundado, que me lleve al fin que deseo lograr en consonancia con la ley.<sup>76</sup>

Hace falta justificar<sup>77</sup> el acto, razonarlo en función de los hechos de los cuales se parte,<sup>78</sup> efectuar la evaluación comparativa entre el fin perseguido o el interés a realizar y el medio elegido.<sup>79</sup> Si hay varias opciones debe explicar por qué elige la más gravosa, bajo pena de nulidad insanable.<sup>80</sup>

La fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación,<sup>81</sup> o sea sus motivos o presupuestos;<sup>82</sup> es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad.<sup>83</sup> Debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una *argumentación* de ellos; o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.<sup>84</sup>

<sup>75</sup> REAL, *op. cit.*, p. 444; algo de esto hemos dicho en el t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa).”

<sup>76</sup> REAL, *op. cit.*, p. 438. En la jerga tribunalicia se ha llamado siempre relatores a los que preparan esa parte de la sentencia que cuenta el expediente: pero la decisión final, sea o no que también la prepare el relator, no puede prescindir del hilo conductor que lleva de ese relato a la decisión que se adopta. No puede haber un hiato, debe existir una línea argumental. Esto también funciona a la inversa, si un “mero error de cita” en la motivación se suple con el contexto del acto y del expediente: CSJN, *Dominique Val S.A.*, 6-03-07.

<sup>77</sup> REAL, *op. cit.*, p. 439.

<sup>78</sup> REAL, *op. loc. cit.*, con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ.

<sup>79</sup> REAL, *op. cit.*, p. 439, transcribiendo a ALESSI.

<sup>80</sup> CFed. Mendoza, *Collado Cattani, op. cit.*; THEA, FEDERICO G, “La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: ¿retroceso en el control judicial de los concursos docentes”, en *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

<sup>81</sup> RIVALTA, MARÍA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1960, p. 183 y ss. En igual sentido: España, art. 54; nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. h) y art. 63; Brasil, art. 50; Perú, art. 6°.

<sup>82</sup> JUSO, RAFFAELE, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milán, giuffrè, 1963, p. 18. Para su vinculación con la causa ver DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 23 y ss. y sus remisiones.

<sup>83</sup> Ver BREWER CARÍAS, *Las Instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 125.

<sup>84</sup> DE ARAÚJO CINTRA, ANTÔNIO CARLOS, *Motivo e motivação do ato administrativo*, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, a quien a su vez sigue MEDAUAR, ODETE, *Direito administrativo moderno*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed., p. 167.

De la motivación sólo puede prescindirse en los certificados que dejan constancia de algo sin emitir opinión, juicio o decisión, sino mera constatación y en los actos tácitos,<sup>85</sup> pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad. Salvo en ese tipo de casos, la fundamentación es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales<sup>86</sup> e incluso en alguno de los actos expresados por signos.<sup>87</sup> 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,”<sup>88</sup> sirviendo además para la interpretación del acto.<sup>89</sup>

## 6.2. *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 individuos, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva.<sup>90</sup> En ese sentido tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación aún antes de la norma referida que como mínimo todos los “actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos” requieren una “motivación razonablemente adecuada.”<sup>91</sup>

Pero es que en realidad todos los actos administrativos deben como regla ser fundamentados<sup>92</sup> y eso es por lo demás lo que exige el decreto-ley 19.549/72,<sup>93</sup> por lo que no cabe interpretarlo en forma menos exigente a la validez del acto que lo

<sup>85</sup> CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208; MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AAVV, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss.

<sup>86</sup> CRETILLA JÚNIOR, *op. loc. cit.*; pero 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.

<sup>87</sup> Ver más abajo la motivación en las señas, pitadas, etc. Cabe evitar el exceso ritual contra el que advierte COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 33, lo cual se logra con una aplicación razonable del concepto.

<sup>88</sup> RIVALTA, *op. cit.*, p. 186.

<sup>89</sup> RIVALTA, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*, p. 341; como indicó en su momento la Cám. Nac. Fed., Capital, *in re Fretes, LL*, 117: 608, año 1964, los considerandos integran el acto y determinan su extensión.

<sup>90</sup> La ley de procedimiento administrativo española exige la motivación en “los actos que limitan derechos subjetivos” y “los que resuelvan recursos,” por lo que GARRIDO FALLA la califica de “seguramente un retroceso” en la materia (*op. cit.*, 10ª ed., p. 446, quien agrega otros supuestos). Comparar COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, pp. 33-4.

<sup>91</sup> *Dictámenes*, 96: 299, 307 vta., en que se declaró nulo el acto, enviándose las actuaciones a la autoridad que la dictó para que previa vista al interesado, volviera a dictar el acto con los recaudos legales; 77: 71 y 74; 84: 154; 100: 205, etc. En *Dictámenes*, 84: 154 y 103: 105, se reafirmó que la necesidad de motivación es inherente a la forma de gobierno que nos rige.

<sup>92</sup> TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 59. Pareciera pues errada la jurisprudencia de la CSJN que admite las “razones de servicio” para “fundamentar” la prescindibilidad de un agente público, aún con indemnización, que relata COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, 1992, p. 84, nota 194. En realidad ese fraseo es paradigmático de la sinrazón, la arbitrariedad, la inmotivación; la CSJN lo sigue admitiendo, sin fuerza de convicción alguna.

<sup>93</sup> Art. 7º, inc. e); Ecuador, art. 31, con la salvedad de que “La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios;” Uruguay, art. 123. Cfr. Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 7647/70, art. 108; Brasil, art. 50; Costa Rica, art. 136.

que él mismo postula.<sup>94</sup> Sólo los actos que se emiten por señales, los certificados, diplomas, recibos, órdenes de pago, etc., pueden no expresar fundamentación, aunque sí deben indicar dónde rastrear sus antecedentes y encontrar el sustento de la decisión. Si en lugar de una orden de pago conforme a los antecedentes documentales, se emite una liquidación con descuentos, ello requiere de un acto administrativo expreso y previo, dictaminado, fundado y notificado a la parte.<sup>95</sup> En los órganos colegiados el voto de cada uno de los miembros no necesita ser fundado, pero sí el acto que el cuerpo dicte; como indica THEA “la peculiar estructura orgánica de la autoridad emisora del acto administrativo, no implica que el mero cumplimiento de los recaudos mínimos de forma la dispense del cumplimiento del requisito de fundamentación de sus decisiones. Por el contrario, el contenido mínimo y necesario de las actas de sesión de los órganos colegiados en que se emiten actos administrativos, comprende su fundamentación, la cual no es diferente de la de los actos emanados de órganos unipersonales.”<sup>96</sup> Por otra parte, nadie puede privar a cada miembro de dejar constancia escrita en el libro de actas de su voto y los fundamentos, o del por qué de su abstención en su caso.<sup>97</sup> En cuanto a los actos fundados en parte en facultades discrecionales no habría casi forma de controlarlos si no se exigiera una fundamentación suficiente y adecuada, pues ello equipararía a la existente discrecionalidad como sinónimo de arbitrariedad. El acto “discrecional” inmotivado es lo mismo que decir “lo hago porque quiero,” “porque sí;” eso es demasiado absurdo y autoritario como para admitirlo en un Estado de derecho. El concepto moderno de autoridad ya no se contenta con la mera orden y requiere la explicación que a su vez es condición del necesario consenso social, determinante de su plena efectividad. Si falta la motivación que condiciona el consenso, puede afirmarse que falta un elemento mínimo de una democracia, tal como lo explicara RIVERO.<sup>98</sup>

No cumple los requisitos de una motivación válida cualquier frase o conjunto de frases de compromiso o de *cliché* referidas ampulosa o vagamente al interés público, las necesidades del servicio, el buen orden de la comunidad, el bien co-

<sup>94</sup> TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 59.

<sup>95</sup> SCJBA, *Curone*, 2006, que transcribimos *supra*, cap. VIII, § 5.2 y citamos allí en nota 65.

<sup>96</sup> THEA, FEDERICO G, “La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: ¿retroceso en el control judicial de los concursos docentes”, en *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

<sup>97</sup> En cuanto al voto en los cuerpos colegiados, § 9.5, “El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?” Ver también *supra*, cap. IX, § 5.1., nota 95 *in fine*, respecto a los órganos que representan diferentes estamentos, como podría ser el Consejo Directivo de una Facultad o el Consejo Superior de una Universidad, o en el ámbito judicial el Tribunal de Enjuiciamiento, en que debería ser necesario oír los fundamentos de todos los representantes, aunque la CSJN no lo haya entendido así: *Torres Nieto*, 13-III-2007, con nota de CISERCHIA, GUILLERMO A., “Sobre el Jurado de Enjuiciamiento y la necesidad de un pronunciamiento integral,” en preparación.

<sup>98</sup> RIVERO, JEAN, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration,” en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., 830. Nos remitimos a lo dicho en la última parte de la nota anterior y a lo expuesto en el t. 1, cap. II, § 4.2.2, “El cambio social y la administración pública,” 4.2.2.1, “El consenso y la adhesión,” 4.2.2.2, “La motivación o explicación” y 4.2.2.3, “La participación administrativa.”

mún,<sup>99</sup> o las normas aplicables; ni tampoco una explicación nebulosa, ininteligible, etc.<sup>100</sup> Pero no siempre la jurisprudencia lo entiende así, lo que es un apartamiento más de los principios que deben regir el Estado de Derecho.

### 6.3. *Consecuencias de su omisión*

La omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar, por regla, la nulidad del acto.<sup>101</sup> Pero a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropiaamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de fundamentación 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.”<sup>102</sup>

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 parcialmente producto de facultades regladas o discrecionales. Salvo las excepciones emergentes del sentido común, expuestas en el acápite precedente, el decreto-ley exige la adecuada motivación y su omisión ha de considerarse causal de nulidad.

### 6.4. *Requisitos de una fundamentación suficiente*

La necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como “por razones de mejor servicio;” “por ser conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado;” “en virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley n° [...]” etc.<sup>103</sup> Sin embargo, existe al menos un caso en que de antaño se admite en la jurisprudencia que la autoridad administrativa no necesita fundar

<sup>99</sup> El “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro,” como señala expresivamente GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1263; *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” MAIRAL, *op.cit.*, t. II, p. 829, § 468. En sentido similar a GONZÁLEZ NAVARRO hemos utilizado la expresión “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.,” *supra*, cap. IX, § 8.4.1.1., p. IX-43 de esta 9ª ed.

<sup>100</sup> DE ARAÚJO CINTRA, *op. loc. cit.*; MEDAUAR, *op. loc. cit.*

<sup>101</sup> COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 83; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 6, § 6.6.2, p. 118; con LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, arts. 14, 15 y 16, § 2.6.2, p. 321. Confr. ZELAYA, *op. cit.*, pp. 71-2.

<sup>102</sup> ZELAYA, *op. cit.*, p. 71.

<sup>103</sup> BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 35; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 344; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 27 y ss.; CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208.

el acto más allá de remitirse a la ley aplicable y razones de servicio.<sup>104</sup> Se trata de las prescindibilidades, racionalizaciones, etc. en que la ley faculta a separar a los agentes públicos de su cargo, con una indemnización.<sup>105</sup> Pero se mantiene vigente el control de desviación de poder, para el supuesto de una sanción encubierta.<sup>106</sup>

Hay veces que hasta los organismos de control, que debieran predicar con el ejemplo, rechazan los distintos descargos de los entes auditados con una misma fórmula repetida año tras año, *v. gr.* la Auditoría General de la Nación hasta hace algún tiempo diciendo como única “fundamentación” que tales consideraciones “carecen de virtualidad para modificar el criterio del [sic] oportunamente sustentado,” lo cual es por supuesto no motivar ni fundamentar el acto que resuelve el descargo; ante lo que el ente controlado, con toda razonabilidad, opta finalmente por no contestar nada ya que nada es meritado.

La justicia debe estar especialmente atenta, al igual que la administración, a la utilización indebida de fórmulas vacías, carentes de contenido alguno, que simplemente parecen sonar bien a los oídos de la burocracia, pero que no debieran ni deben satisfacer al derecho. Hay muchos ejemplos de este tipo de fórmulas. No debe pues facilitarse el empleo de fórmulas dogmáticas, que puedan ser resueltas con una frase del estilo que el informe “fue puesto en conocimiento del organismo auditado, el que no ha formulado consideración alguna.” Esta fórmula, y la análoga expuesta más arriba, son ambas igualmente vacías y significan exactamente lo mismo: Nada.

La no fundamentación o utilización de fórmulas vacuas y vacías, o dogmáticas, apodícticas, etc., en esta lista de ejemplos, significa inutilizar totalmente la defensa o argumentación y es vicio que debiera ser insanable: Son exactamente lo mismo que la desnuda invocación del interés público, el bien común, la oportunidad, el mérito, la conveniencia. Sin una explicación razonable y racional, no significan nada.

Por supuesto que tampoco agregan nada a la fundamentación del acto todas las cuestiones que constituyan un mero *relato del expediente* (“a fs.[...] se hizo tal cosa, a fs.[...] tal otra, a fs.[...], lo demás,” etc.) pero no una *argumentación del nexo lógico* entre la prueba y la decisión que se adopta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió de antaño a la ausencia de causa y motivación y por ende posibilidad de defensa y consecuente nulidad, en un caso en que la razón “por la cual no se confirmó la designación interina y se la separó del cargo se funda en *imprecisas* «razones de seguridad», afirmación ésta que *carece de la*

<sup>104</sup> En este sentido CNFed. CA, Sala III, *Carro César A. c/ Dirección de Bienestar de la Armada Argentina, LL*, 2005-C, 772 con nota de AMONDARAIN, MARIANA, “La discrecionalidad administrativa ¿autoriza el dictado de una sentencia sin motivación suficiente?” *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

<sup>105</sup> CSJN, *Nieva Alejandro y ot. c/ PEN decreto 375/97 s/ amparo, ED*, 176: 40, año 1997. Tales leyes son consideradas constitucionales: Sala I, *ED*, 176: 40.

<sup>106</sup> CSJN, *Fallos*, 310: 1589, *Arce*, año 1987; pero allí la carga de la prueba se ha revertido sobre el actor, Sala IV, *Nieva*, 7-XII-98.

*razonabilidad necesaria para dar basamento a lo resuelto.*<sup>107</sup> En un estado de derecho la sólo invocación de razones de seguridad, sin un andamiaje objetivo que la motive y sin que el interesado tenga garantizada su defensa, no puede justificar nunca, como pretende la recurrente, la privación del pleno goce de los derechos constitucionales.<sup>108</sup>

Lo mismo vale, como quedó expuesto más arriba, para otras fórmulas vacías como mérito, conveniencia, oportunidad, interés público, bien común, etc.: Sin explicación, carecen de significado empírico. En cada caso será indispensable explicar clara y acabada, exhaustivamente, cuáles son los hechos que la administración considera que están probados, cuál es la prueba que a su juicio lo sustenta, qué valoración reciben dichas pruebas, 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)<sup>109</sup> y por qué se las aplica, etc.<sup>110</sup> Esto demuestra que la razonable y necesaria fundamentación o 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.<sup>111</sup>

### 6.5. La fundamentación previa, concomitante y ulterior

Si bien lo normal es que la fundamentación 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.<sup>112</sup> Con todo, algunos pronunciamientos niegan la validez de una tal remisión.<sup>113</sup> Incluso hay hipótesis en que se ha hecho mérito, acertadamente y entre otros factores, en la inexistente fundamentación de los actos preparatorios que por su naturaleza debían precisamente autoexplicarse. En uno de estos

<sup>107</sup> CSJN, *Fadlala de Ferreyra, Fallos*, 306: 126, año 1984; *ED*, 108: 460, cons. 7°. CNFed, CA, Sala II, *Vitagliano, SJA*, 14-XII-05; nota de ANTONIETTA, CARLOS MAXIMILIANO, “El escaso margen de maniobra del Estado en materia de empleo público,” *LL, Sup. Adm.*, 2007, en prensa. Ver *supra*, t.1, cap. I, “La importancia de los hechos en el caso,” pp. 1-24/42.

<sup>108</sup> CSJN, *Fadlala de Ferreyra, op. loc. cit.*, cons. 7°.

<sup>109</sup> Juzg. CA n° 1 de San Nicolás, *D’Angelo*, causa 92, 15-III-04, firme.

<sup>110</sup> En sentido similar BIELSA, *op. loc. cit.*

<sup>111</sup> Comparar ZELAYA, *op. cit.*, p. 72. Con todo, no ha de confundirse el excesivo ritualismo contra el particular, que es inaplicable por el principio del informalismo a favor del individuo, con el mínimo ritualismo que debe revestir la forma del acto administrativo. Por ello puede ser equívoca la expresión en el sentido que debe evitarse el exceso ritual en el acto administrativo, como propone COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 33, pues cabe precaverse, con mayor razón, contra el extremo más frecuente de no darle suficiente importancia. La ausencia de fundamentación adecuada pretende burlar el control judicial.

<sup>112</sup> SCJBA, *Acuña, LL*, 118: 250 y 251, año 1965; PTN, *Dictámenes*, 100: 205; 103: 105; DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, p. 62; HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 323; TAWIL y MONTI, *op. cit.*, pp. 66-74.

<sup>113</sup> CNPenal Económico, Sala B, *EVT Cevitur S.R.L., LL*, 2000-D, 884; HENRÍQUEZ MAIÓNICA, GIANCARLO, “La experiencia de doña Rosa: la motivación *in aliunde* ante el derecho de petición,” *LL*, 2006-A, 900.

casos se señaló “que no se conocen las concretas razones por las cuales fueron discernidas las distintas calificaciones, órdenes de mérito o evaluaciones de los postulantes o los cargos [...], de donde se sigue la nulidad del acto impugnado —como de los que lo precedieron— por carecer de causa —puesto que no constan sus fundamentos— y de motivación.”<sup>114</sup> En tal sentido, se ha señalado que puede admitirse la llamada fundamentación previa al acto, a condición de que los informes y dictámenes sean *expresamente* invocados como fundamento de la decisión y *comunicados* al interesado. El acto que no tiene fundamentación 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. Milita a favor de la admisión de esta forma remisiva de motivación el hecho de que el comportamiento administrativo debe apreciarse en su integralidad, pues se trata del mismo procedimiento de formación de la voluntad administrativa.<sup>115</sup>

Pero cabe advertir que en verdad ese tipo de motivación se ha transformado en un ritualismo a cargo del órgano de asesoramiento letrado. No es un razonamiento de la propia autoridad decidente. Por estas razones pensamos que al menos por vía de principio es un criterio que convendría desechar.<sup>116</sup>

Desde nuestro punto de vista, debiera ser total y absolutamente inadmisibles la motivación *ulterior del acto*.<sup>117</sup> Pero en la práctica administrativa no siempre se cumple con la fundamentación concomitante y ni siquiera ulterior, ni se declara la nulidad del acto que no la ha cumplido. Cuando llegan a la justicia las tardías explicaciones de la administración de por qué actuó de determinada manera, nos hace acordar a la reflexión de un juez penal ante parecidas letanías, “Lo hubiera pensado antes.”

Hay una displicencia en la aplicación del orden jurídico. El compromiso con el poder es aún muy fuerte en el país y se disocia siempre demasiado el derecho de la realidad,<sup>118</sup> o tal vez sea que los jueces, constreñidos ellos mismos por la necesidad de fundar sus sentencias y ver cómo ello consume tiempo y esfuerzo, sientan solidaridad con una administración que inexactamente imaginan más desprovista de medios que ella y la liberen así de la obligación que ellos no pue-

<sup>114</sup> CNFed, CA, Sala I, *Castro, LL*, 2000-B, 305, 310, año 1999.

<sup>115</sup> TAWIL y MONTI, *op. cit.*, p. 66 y ss.

<sup>116</sup> Ver 2ª ed., 1969, p. 314; 3ª, p. X-10. Ver también, HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, 323.

<sup>117</sup> RIVALTA, *op. cit.*, p. 173; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 331; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 657; TAWIL y MONTI, *op. cit.*, pp. 75-6.

<sup>118</sup> Es otro de los ejemplos que pueden agregarse en la actualidad a nuestro libro la *Administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y reimpressiones; traducido al italiano, con introducción de FELICIANO BENVENUTI, como *L'Amministrazione Parallela. Il "Parasistema" Giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987. Reflexiones parecidas pueden encontrarse en diversas obras, entre ellas ALEJANDRO NIETO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *El derecho y el revés*, *op. cit.*, en interesante y afectuoso contrapunto. Desde otro punto de comparación nos remitimos también a NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

den despojarse. Una prueba de ello es que ya se haya admitido la mencionada motivación “previa” que emana de los informes y dictámenes.

Si se sigue en esa línea de retroceso y se admite también la motivación ulterior ya se entra en el terreno de aceptar que se brinden explicaciones o excusas de lo ya *hecho*, no fundar por qué se lo *hace*. Allí entramos en el terreno de la fundamentación o motivación fabricada, *ad hoc* del acto ya dictado, lo que constituye un vicio de razonamiento en cualquier ciencia. Por ello se ha dicho, con carácter más general, 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.”<sup>119</sup> Esa tarea no difiere en mucho de la que hace todo abogado cuando debe defender la posición de su cliente, con los argumentos que se le ocurran después del hecho. Podrá ser una adecuada defensa de la parte, pero nadie afirmará razonablemente que constituye una fundamentación oportuna del *autor* del comportamiento sometido a juzgamiento. Será buena defensa letrada, buena explicación tardía, pero no es la fundamentación oportuna y racional del acto, que sólo tiene sentido si es contemporánea a él.

Esto no significa que no sea también exigible que la administración proporcione las informaciones adicionales que a su juicio hacen a su mejor defensa, cuando contesta p. ej. el pedido de informes en una acción de amparo; pero parece una exageración semántica expresar que en tales casos tenemos una motivación ulterior, quizás preferible antes que permitir la ausencia de toda motivación.<sup>120</sup> Entendemos que a este principio responde precisamente el procedimiento seguido en los sistemas “contencioso administrativos” tradicionales, pero que no cabe ya admitirlo al presente. Pero debemos advertir al lector que la jurisprudencia

<sup>119</sup> HEMPEL, CARL H. y OPPENHEIM, PAUL, “La lógica de la explicación,” en Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, *Cuadernos de Epistemología*, n° 4, Buenos Aires, 1961, p. 13 y 17. Desde luego, estos autores no se refieren 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.

<sup>120</sup> Retomamos así el criterio que expusieramos en la 1ª ed., 1963, p. 149 y que flexibilizáramos en las ediciones de 1969 y 1979. Este optimismo tiene algunos fundamentos fácticos, como el pronunciamiento de la SCJBA en *S., M.H.*, causa B 57.995 del 30-VIII-06, publicado en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar), con nota de HERRERO DUCLOUX, JUAN J., “La debida motivación de los actos administrativos según la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,” en *Derecho Administrativo*, La Plata, ABDA, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, año 1, n° 0, Diciembre de 2006, pp. 123-9. El tribunal argumentó que el hecho que “la autoridad intente brindar ante el Tribunal unos fundamentos que verosímilmente, debieron formar parte de la decisión cuestionada, no remedia —sino más bien evidencia— la falta de motivación jurídica de la determinación.”

no es todavía lo suficientemente obstinada en la aplicación del derecho en esta cuestión.

En suma, la motivación debe ser concomitante; por excepción se ha admitido la motivación previa si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y comunicados. En ausencia de ambas el acto estará viciado por falta de motivación, pero este vicio para alguna jurisprudencia no necesariamente es insanable<sup>121</sup> y puede —en ese criterio, que no nos parece adecuado a los tiempos— excepcionalmente ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada.

En otras palabras, ha de ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de hecho y de derecho que llevaron al dictado del acto y no algunas palabras de compromiso, *pour la gallerie*; el cumplimiento de un escrúpulo puramente formalista y por ende insuficiente. Si tales razones no son amplias y convincentes, o si por la importancia del acto es inadmisibles que no se lo haya motivado oportunamente, el acto deberá entonces anularse. La regla, por tanto, es que la ausencia de motivación no puede sanearse y esa falta ocasiona la nulidad del acto; la excepción es 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 a nuestro juicio confirmación ni ratificación alguna a su respecto, sino sólo y como mínimo, saneamiento. *Alguien* tiene que dar explicaciones de lo hecho.

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,<sup>122</sup> allí 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.

En cualquier hipótesis, la fundamentación es la manifestación externa de la *interna corporis* del acto y como tal insoslayable, indispensable, esencial.<sup>123</sup> El acto que no manifiesta su *interna corporis* por eso sólo ya no merece el nombre ni el tratamiento de acto administrativo.

### 6.6. *La fundamentación defectuosa como excusa de la anulación judicial*

No hemos visto hasta ahora en la jurisprudencia argentina la utilización de este tipo de defectos del acto para anularlo sin hacer una censura de fondo sobre su contenido, como hace el Consejo de Estado de Grecia.<sup>124</sup> Parece una solución creativa con un cierto paralelismo o espejo de las llamadas falsas cuestiones políticas, en que el tribunal considera que el acto es válido y rechaza la acción, pero

<sup>121</sup> La PTN ha dicho que el vicio es insanable en algunos casos: *Dictámenes*, 96: 299. FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 328-9, sostiene que el vicio es insanable pero el acto anulable, lo que no parece coherente, ya que lo segundo supone que el vicio puede ser saneado.

<sup>122</sup> Este ejemplo y la aclaración que sigue en el texto, provienen de la 2ª ed., 1969, p. 316.

<sup>123</sup> Según la feliz expresión que recoge GARCÍA TREVLIANO, *Los actos administrativos*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>124</sup> Así lo sugiere PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, "Note sur la motivation des actes administratifs en droit héliénique," en DUPUIS, *op. cit.*, p. 31 y ss., p. 40, nota 1 *in fine*.

para no respaldar políticamente la solución dice no entender del asunto.<sup>125</sup> Acá lo considera inválido en cuanto al fondo, pero para morigerar la censura política lo presenta como vicio de forma o de procedimiento.<sup>126</sup> En el derecho helénico, en este esquema y en estos casos, la jurisprudencia utiliza fórmulas ambiguas como “motivación insuficiente, motivación ilegal, motivación imprecisa o acto no motivado, ilegalmente motivado, insuficientemente motivado, imprecisamente motivado.”<sup>127</sup> No se trata de una sobreabundancia de palabras, sino de la necesidad de enfatizar un punto tan descuidado en la práctica administrativa, en todos los países del mundo: es a veces fácil tomar la decisión política, lo que no es fácil es hallar una buena fundamentación de lo que se pretende resolver.

### 7. 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.<sup>128</sup>

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* 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

<sup>125</sup> MAIRAL, *Control...*, op. cit., t. I, § 305, pp. 511-3. *Supra*, t. 2, cap. VIII, § 3, “Gobierno y actos de gobierno” y § 4, “Carácter metajurídico de la teoría.”

<sup>126</sup> Si la universidad deja cesante a un profesor por un libro suyo y sin audiencia previa, el juez puede preferir no utilizar como argumento la irrazonabilidad del acto y su violación del derecho objetivo (libertad de pensamiento, de expresión, de cátedra, etc.) sino tan sólo la indefensión. Eso es más cómodo y menos comprometido para él en el corto plazo, pero en el largo plazo no contribuye a su prestigio, aunque tal vez sí a su carrera. Pero no hace bien a la administración, al derecho, ni a la sociedad.

<sup>127</sup> PÉTROULIAS, op. cit., p. 40, nota 1.

<sup>128</sup> PTN, *Dictámenes*, 96: 230-4. 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 16.432.

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.”

Dado que la parte resolutive constituye el objeto o contenido del acto (aquello que el acto decide, certifica u opina con efecto jurídico directo), sus problemas son los ya expuestos.<sup>129</sup> En consecuencia: si el contenido es insalvablemente oscuro o impreciso ante una lectura cuidadosa; 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.<sup>130</sup>

## 8. La firma del acto

### 8.1. Distintos tipos de firma

Un concepto que pudo parecer unívoco durante milenios, el de la firma autógrafa, adquiere ribetes que exceden los del sucedáneo tradicional de la firma a ruego. Va cundiendo la firma digital o electrónica,<sup>131</sup> que puede tanto ser un dibujo de la firma real (que se reproduce visualmente desde una computadora en la cual está guardada bajo forma gráfica, previo empleo, si se desea, de un código de identificación personal), como simplemente del código que identifica el documento como perteneciente a determinada persona, sin que exista la reproducción gráfica de la firma virtual. Quizás la firma autógrafa vaya perdiendo importancia con el tiempo, así como el código de barras y no un texto alfanumérico proporciona la identificación de un objeto para la lectura digital, pero es prematuro anunciar su muerte.

### 8.2. El acto sin firma alguna

Por ahora, claro está, la firma —bajo una u otra forma— es todavía un requisito fundamental del acto,<sup>132</sup> tanto en derecho privado<sup>133</sup> como público, en el sentido que es aún el modo normal o habitual de acreditar que la voluntad efectivamente

<sup>129</sup> Ver *supra*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo.”

<sup>130</sup> Ver *supra*, cap. VIII, § 4, “Objeto prohibido” y ss.

<sup>131</sup> Los arts. 2º y 5º de la ley 25.506 diferencian entre firma *digital* y *electrónica*, que nos hace recordar al criterio francés de emplear *numérotique* en vez de *digital*... Es, otra vez, una cuestión de teoría general: *supra*, t. 1, cap. I. Parece más prudente el enfoque uruguayo de este mismo tema: Ver *infra*, nota 145 y texto.

<sup>132</sup> Art. 8º del decreto-ley 19.549/72; Costa Rica, art. 134; México, 3º; Perú, 4.2; Venezuela, 18.

<sup>133</sup> Si el escrito de demanda que inicia la causa no tiene firma o se comprueba que no es auténtica, corresponde declarar la inexistencia de la demanda y de todo lo actuado, sin límite temporal alguno: CNCiv., Sala K, *Jaramillo, LL*, 2000-B, 864, año 1999.

ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma, entonces no hay acto.<sup>134</sup> No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto.<sup>135</sup> Esta es la antigua doctrina alemana, que estimamos correcta y como dice HUTCHINSON, “Si un decreto o una resolución no están firmados, significa que no hay decreto ni resolución. Hay un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Podría verse en ello un proyecto de acto, a lo sumo;” por ello concluye que “no nos parece jurídico proclamar la nulidad de un acto no firmado,”<sup>136</sup> lo cual con toda razón obviamente sería un absurdo, tanto como decir que una hoja en blanco pueda estar viciada de nulidad. 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. Claro está, ello es así cuando se utiliza este soporte físico, hoy llamado de primera generación, para la escritura.

Los medios electrónicos plantean una problemática diversa a propósito de la encriptación de la firma. Si existe un documento en la base de datos que no está identificado con los códigos o consignas que en ella se usen, tampoco podrá ser un acto administrativo.

### 8.3. Variantes de firma a ruego en la función pública

Han existido en el pasado algunos casos que por curiosos merecen todavía recordarse. No se trata, como el título pudiera sugerirlo, estrictamente de la firma “a ruego” del derecho privado, o sea cuando alguien que sabe firmar lo hace por otro que no lo sabe. Se trata en cambio de un funcionario que suscribe un acto expresando que lo hace por orden de otro que es el competente para suscribir el acto, pero no lo firma sino que lo manda supuestamente confeccionar y firmar por otro en nombre suyo. Creemos que no existe allí el acto administrativo del superior, cuando el inferior lo dicta invocando su orden. En tal caso el acto es del inferior, no del superior y ya que no tiene la firma de éste, requiere al menos la firma de aquél.<sup>137</sup> Últimamente hemos visto renacer la práctica, de un modo que nos parece enteramente anómalo: un asesor en una Secretaría de Estado comunica a un ente regulador que “Por disposición de” el o la Secretario de Estado, el ente debe hacer tal o cual cosa. Ello comporta inexistencia de acto administrativo del Secretario de Estado y no parece que puedan delegarse en forma expresa facultades que ni siquiera son propias de ese o ningún Secretario

<sup>134</sup> Conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.6.3, p. 328; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 6, § 6.6.3, p. 124.

<sup>135</sup> HELLEBLING, *op. cit.*, p. 338; sólo estamos ante un “trozo de escritura,” “un trozo de papel.” En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 99: 115; ZELAYA, *op. cit.*, p. 64; HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 4ª ed., p. 90.

<sup>136</sup> HUTCHINSON, *op. loc. cit.*

<sup>137</sup> Este caso era frecuente antes de la reforma constitucional (ahora la figura del Jefe de Gabinete permite recurrir a sus directivas en materia de administración).

de Estado luego de la reforma constitucional de 1994 y la expresa norma del siempre olvidado art. 76.<sup>138</sup>

#### 8.4. *Algunas formas anómalas de certificación*

Algo parecido ocurre también con los actos *certificantes* emitidos por las autoridades intervinientes con un sello imitando la firma del órgano respectivo y alguna inicial o media firma<sup>139</sup> dejando constancia de haber intervenido en su elaboración otro órgano. 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 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.

#### 8.5. *La firma por sello*

Otras veces se emplea un sello de goma, imitando la firma del funcionario. Sin embargo, en materia de *decisiones*, creemos que no puede admitirse que el acto sea válido en el original o exista si tan sólo hay un sello imitando la firma del funcionario: el sello no es una firma.<sup>140</sup> La historia de los sellos reales lacrados, como medio de autenticación pero no de firma, de algún modo lo anticipa.

#### 8.6. *El correo electrónico sin firma*

El correo electrónico sin firma pero con la indicación supuestamente fehaciente del emisor y destinatario, es una práctica ya usual en las relaciones privadas, en las cuales de pronto se ha desjerarquizado la firma real. Su valor como prueba ha sido admitido en el juicio por monopolio a Microsoft, en EE.UU. La cuestión a dilucidar aquí es si es también un medio admisible en el derecho público en las relaciones con la administración pública.

En estos casos el soporte del documento mismo es electrónico, no el papel; si se admite la forma electrónica como soporte del documento, pareciera que cabe

<sup>138</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” Ver también MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2004, esp. secc. II, § 3.b); del mismo autor, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, 2007, Cuadernos de la RPA, Rap.; ver también las referencias dadas *supra*, “Introducción,” notas 3 a 5.

<sup>139</sup> Es la inicial o firma abreviada puesta por un funcionario a la izquierda del acto, dentro de un sello vertical con cuadrícula, que ha sido llamado en la jerga administrativa local “la escalerita.” Ver también PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, pp. 167-8.

<sup>140</sup> PETERS, *op. cit.*, p. 167. La copia autenticada por otro funcionario es válida, en la práctica.

también admitir que no porque no exista firma el acto deja de adquirir existencia, por lo menos en tanto no se trate de actos que impliquen disposición de fondos de la hacienda pública, compromisos o comunicaciones sustanciales, etc.

En los casos de *e-mail*, cabe suponer *prima facie* que la autenticidad del documento está asegurada por el envío de la carta electrónica y que en consecuencia puede presumirse —*juris tantum*— su existencia como acto productor de efectos jurídicos directos, aunque no conste y ni siquiera exista firma. La voluntad se expresa allí en el envío del *e-mail* desde una dirección registrada y autorizada.

Pero esto es por ahora una hipótesis que requiere ser contrastada empíricamente. A ese título experimental, lo estamos utilizando sin inconvenientes en todos los cursos de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, donde damos nuestras direcciones de *e-mail* (las mismas que consta en la segunda carilla de la portada y a una de las cuales también se puede acceder desde el sitio *web* que figura en la tapa) y pedimos a los cursantes que constituyan domicilio electrónico, realicen sus presentaciones por este medio y también les efectuamos comunicación de decisiones atinentes al curso por la misma vía. Existen allí actos administrativos de instrumentación y notificación virtual o electrónica, cuya validez pensamos no tiene óbice, pues en verdad también serían válidos si fueren emitidos verbalmente. El acto mismo por el cual se instrumenta este sistema bidireccional de comunicaciones, por lo demás, se expresa en forma verbal al comienzo del curso o actividad de que se trate. Resulta difícil con el conocimiento tecnológico actual aventurar si este mecanismo habrá o no de generalizarse, pero nos inclinamos a pensar que lo hará, en la medida que exista certeza en las encriptaciones, en su caso; de hecho se ha admitido el fax, que tiene menos certeza y seguridad. A nosotros nos ha resultado sumamente práctico y no hemos tenido quejas de los participantes en esos cursos; más aún, hemos recibido *e-mails* de alumnos de *primer* año que se han dirigido a nosotros con relación a la materia Derechos Humanos, que lo consideraron por lo visto un modo lógico de comunicarse con la administración; de igual modo proceden las agrupaciones estudiantiles para comunicar o invitar a alguna de sus actividades. Ello da una pauta de cómo las generaciones siguientes enfocan la cuestión.

La DGI-AFIP ha sido pionera en esta materia, al prever distintos supuestos tanto de declaraciones juradas de impuestos y otros actos de los contribuyentes con efectos jurídicos, como decisiones del propio fisco, efectuadas por esta vía. Pensamos que la práctica se va a extender en el futuro inmediato. Son demasiados sus beneficios para administración y individuos como para prescindir del sistema.

### 8.7. La firma electrónica o digital

Finalmente, cabe destacar que distintas administraciones ya admiten, a texto expreso y cumpliendo con algunos recaudos de encriptación que aseguren invio-

labilidad (dentro de lo relativo de esta cuestión), que la firma del acto emanado de la administración pueda ser reproducida por la computadora.

Dice así el decreto 427/98: “Autorízase [...] el empleo de la firma digital en la instrumentación de los actos [...] que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa [...] la firma digital tendrá los mismos efectos de la firma ológrafa.”<sup>141</sup> La ley 25.506 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones establecidas en dicha norma y su reglamentación.<sup>142</sup> El reglamento de contrataciones de la administración nacional también prevé las contrataciones en formato digital, y lo propio hace el régimen de la Ciudad de Buenos Aires.<sup>143</sup> En la CABA la ley autoriza además al gobierno a instrumentar un sistema de firma digitalizada para las actas relativas a infracciones de tránsito y estacionamiento, como ya lo hemos explicado en otro lugar.<sup>144</sup>

En Uruguay se distingue la firma electrónica de la digital, en lo tecnológico pero no en lo jurídico, aunque de todas maneras se deja a salvo que inevitablemente los sistemas habrán de cambiar con el desarrollo tecnológico.<sup>145</sup>

## 9. Otras formas de instrumentación

### 9.1. 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, p. ej., órdenes de agentes de policía, órdenes comunes de los superiores a los funcionarios o agentes públicos, relativos al desempeño diario de sus tareas,<sup>146</sup> etc.

En estos casos y en los que luego veremos, la falta de una forma específica de documentación del acto hace que su exigibilidad quede disminuida, pues ella

<sup>141</sup> Art. 1º: “Autorízase por el plazo de DOS (2) años, a contar del dictado de los manuales de procedimiento y de los estándares aludidos en el art. 6º del presente Decreto, el empleo de la firma digital en la instrumentación de los actos internos del Sector Público Nacional, que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa [...] [L]a firma digital tendrá los mismos efectos de la firma ológrafa, siempre que se hayan cumplido los recaudos establecidos [...]” La bastardilla nos pertenece. Adviértase el empleo de la fórmula que hemos utilizado siempre, aquí en el cap. t. 3, II, § 2, o sea efectos jurídicos individuales en forma directa.

<sup>142</sup> Decreto 2628/02.

<sup>143</sup> Arts. 21 y 22 del decreto 1023/01; art. 83 de la ley 2.095 de contrataciones de la CABA, cuyo decreto reglamentario 408/07 obliga en su art 33 al organismo competente a elaborar los procedimientos necesarios para el cumplimiento de la norma. Por ahora son innovaciones normativas que se adelantan a su factibilidad empírica. Ver *infra*, § 11.1.

<sup>144</sup> *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizada.” Ver decreto GCBA 1079/05, que implementa el uso de la firma electrónica y digital en el Poder Ejecutivo de la Ciudad, aplicando la ley nacional 25.506 y decreto 2682/02. La acordada 2/01 del Tribunal Superior de Justicia de la CABA fijó las normas de procedimiento para el uso de la comunicación electrónica interjurisdiccional.

<sup>145</sup> Arts. 18 y ss. del decreto 65/98, que se puede consultar en CORREA FREITAS, RUBÉN (compilador), *Procedimiento administrativo común y disciplinario*, Montevideo, Oficina Nacional del Servicio Civil, 1998, p. 86 y ss.

<sup>146</sup> Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

existirá sólo en tanto se mantenga presente la forma de instrumentación elegida, o se la pueda razonablemente recordar.

La orden verbal es normalmente exigible sólo en los momentos que siguen en forma razonablemente inmediata a su emisión, pero no necesariamente horas o días siguientes y ciertamente no un año después, en el caso de una orden verbal de un agente de policía. En cambio en el supuesto de la orden verbal dentro de la función pública, del superior al inferior existe naturalmente mayor latitud para considerar vigente la orden verbal hasta su completa ejecución.

En lo que se refiere a los particulares, la admisibilidad de la forma verbal de un acto emanado de la administración pública debe ser interpretada restrictivamente, por las pocas garantías que ofrece “de poder ser exactamente percibida y seguida, de poder ser conocida en cualquier momento.”<sup>147</sup>

## 9.2. *Signos*

En lo que respecta al acto administrativo a través de signos, algunos autores estiman que ello es una declaración tácita de la administración, es decir, en una voluntad no expresa, pero parece más lógica estimar que hay allí una manifestación *expresa*,<sup>148</sup> pues el empleo de un sistema de signos no quita que se esté 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 chino, en ese país, habría de ser un acto “tácito,” porque el idioma es de tipo ideográfico.

Los signos pueden variar al infinito: Las clásicas señales sonoras (timbres, alarmas, pitadas), telegráficas, lumínicas (luces de tránsito vial<sup>149</sup> y ferroviario, o de carreteo y aterrizaje de aviones, etc.) por medio de banderas (los signos de comunicación naval, entre otros), 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,<sup>150</sup> o muñecos que así lo representan. Por supuesto, la evolución de la tecnología irá proporcionando nuevos y cambiantes medios de transmisión. Todos ellos están

<sup>147</sup> DE VALLES, ARNALDO, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 190. En igual sentido restrictivo CSJN, *Fallos*, 256: 277, 280, *Gómez Zorrilla*, 1963, que ya citamos *supra*, cap. V. Confr. ZELAYA, *op. cit.*, p. 66.

<sup>148</sup> FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, 1964, 2ª ed., p. 45; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 339; CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 147; HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>149</sup> El carácter de acto administrativo de la voluntad administrativa expresada a través de las luces de tránsito ha sido reconocido por DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, 1ª ed., p. 270; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310.

<sup>150</sup> Comp. FRAGOLA, *op. cit.*, p. 45: menciona los signos acústicos, telegráficos, banderines y otros. Por su parte, ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1965, 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 DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 270.

sujetos a las mismas reglas: Atento 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,<sup>151</sup> 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. También se los denomina actos mecánicos, en los cuales la voluntad ha intervenido regulando los mecanismos para que un semáforo muestre una u otra luz: “Esto puede igualmente suceder en relación con los actos de constancia. Teóricamente nada se opone a que estos actos sean emitidos mecánicamente; el carnet de identidad puede ser, p. ej., producido por un ordenador electrónico, los certificados de antecedentes penales se producirán en el futuro por estos medios.”<sup>152</sup>

### 9.3. *Actos tácitos*

Algunos autores también admiten que la voluntad administrativa pueda expresarse tácitamente.<sup>153</sup> Si excluimos de estos casos los 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 o lo presuponga. En ausencia de declaración alguna expresa, sea por el lenguaje escrito u oral, o por signos, entendemos que no corresponde hablar de actos tácitos.

El acto tácito puede surgir de actos *escritos*<sup>154</sup> y debe emanar de la misma autoridad competente para dictar el acto expreso.<sup>155</sup> Así p. ej., 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;<sup>156</sup> 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 autoriza-

<sup>151</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 314.

<sup>152</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 325.

<sup>153</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 4; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 310; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, *op. cit.*, p. 47. La PTN lo ha admitido con carácter restringido en *Dictámenes*, 74: 120; 105: 90 y otros.

<sup>154</sup> Conf. PTN, *Dictámenes*, 117: 4. Doctrina uniforme. Comp. DE VALLES, *op. cit.*, pp. 180-1.

<sup>155</sup> PTN, *Dictámenes*, 105: 90.

<sup>156</sup> DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 310. Claro está, tal revocación produce efectos sólo para el futuro.

ción en cuanto agente público para salir del país,<sup>157</sup> etc. Salvo estos casos en que la decisión tácita surge de un acto escrito, entendiendo 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.<sup>158</sup>

#### 9.4. *El silencio*<sup>159</sup>

La doctrina consideraba que el silencio era tan sólo conducta inexpressiva de la administración, inapta como manifestación de voluntad.<sup>160</sup> Sin embargo, recientemente se ha apuntado que la conducta omisiva de la administración puede permitir aplicar principios jurídicos como el de la *confianza legítima* o buena fe, en el sentido que era razonable extraer determinada interpretación de ese silencio.<sup>161</sup> Puede haber también manifestación tácita o implícita de voluntad, cuando ella surge de otros actos en forma inequívoca o unívoca.<sup>162</sup>

Por excepción, cuando el orden jurídico expresamente dispone que ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considerará que la petición ha sido aceptada, el silencio vale como acto administrativo. Ejemplos de ello son el 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 administración, en caso de silencio, se considera aceptado;<sup>163</sup> el primer intento de desmonopolización de servicios públicos, decreto 1842/87, al abrigo del cual nacieron los servicios de teléfonos celulares; el decreto 1470/97, de vuelo no regulares (*charters*) de transporte aéreo; la ley 13.064 de obras públicas prevé que en caso de que el Congreso no se hubiera expedido dentro del período ordinario correspondiente, se tendrá por acordado el crédito solicitado, así como la autorización para financiarlo, respecto de construcciones declaradas de reco-

<sup>157</sup> CAETANO, *op. cit.*, p. 250.

<sup>158</sup> Ver *supra*, cap. III, acerca de la distinción entre acto y hecho administrativo.

<sup>159</sup> Ver nota 3.3. del cap. III y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990; SOTELO DE ANDREAU, MIRTA G., "El silencio de la administración," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1999, p. 48 y ss.; RASPI, ARTURO EMILIO, "El silencio de la administración," igual libro, p. 121 y ss.; REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. VI, "La impugnación judicial frente al silencio administrativo."

<sup>160</sup> FRAGOLA, *op. cit.*, p. 46 y otros.

<sup>161</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *op. cit.*, p. 73: "tal voluntad puede derivarse [...] porque así lo hayan establecido contractualmente las partes intervinientes, o simplemente porque tal voluntad se deduzca teniendo en cuenta las circunstancias particulares, los usos del lugar, la calidad de las personas, etc. No cabe desconocer que el principio de confianza y la necesidad social de dar certidumbre a las relaciones jurídicas constituyen firmes fundamentos favorables a otorgar al silencio un significado," lo cual depende del caso: *op. cit.*, p. 72; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10ª ed., p. 449; *supra*, cap. IX, § 4.2, "Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima."

<sup>162</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *op. cit.*, p. 71 y ss.

<sup>163</sup> Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. IV.

nocida urgencia. Como estos ejemplos lo demuestran, se trata de un supuesto infrecuente. La administración y la ley son muy renuentes en dictar normas que establezcan el silencio positivo en los casos concretos.

Salvo los casos de silencio positivo previstos por el ordenamiento jurídico, en los demás, el interesado puede tanto instar una decisión expresa a través del amparo por mora de la administración, como proseguir con su impugnación en el plazo que las normas fijen, que usualmente lo expresan como la alternativa de considerar denegado su pedido. Tal el caso del recurso de reconsideración,<sup>164</sup> que a los treinta días de su presentación puede reputarse denegado; del reclamo administrativo previo,<sup>165</sup> que luego de noventa días de presentado y cuarenta y cinco más después de requerido pronto despacho, también puede considerarse denegado.<sup>166</sup>

En estos casos ha podido decirse que se trataría de un acto presunto,<sup>167</sup> en el sentido de presunción *legal*, a diferencia de los actos tácitos en los cuales habría sólo una presunción racional; pero tal vez sea preferible considerar que no hay sino simplemente continuación de la impugnación en sede administrativa o judicial según el caso. Admitir como acto administrativo el acto tácito, en el supuesto de silencio negativo, importaría tolerar en desmedro del particular un acto sin fundamentación o motivación, sin dictamen previo, etc., lo cual no nos parece hoy una construcción razonable.<sup>168</sup>

### 9.5. *El voto emitido por signos, ¿o también por silencio?*

Ya vimos que en los órganos colegiados de la administración, el voto de cada uno de los miembros no necesita ser fundado, pero sí el acto que el cuerpo dicte.

La expresión del voto afirmativo, negativo, o abstención de voto de cada miembro del cuerpo colegiado puede a su vez efectuarse mediante signos electrónicos (el sistema del Congreso de la Nación), o signos o señales claras. En el viejo Concejo Deliberante de la ex MCBA todo se discutía y aprobaba privadamente en la comisión interbloques. Los temas llegaban pues a la sesión pública ya discutidos y acordados. Nada quedaba por decir, salvo un ocasional discurso “para la bancada” que sólo a los ingenuos e ilusos espectadores que la integraban parecía

<sup>164</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. IX, “Los recursos de reconsideración.”

<sup>165</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. XII, “El reclamo administrativo previo;” VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Apostillas jurisprudenciales sobre el *agotamiento de la instancia administrativa* en la vía reclamatoria,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 83-103.

<sup>166</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 31.

<sup>167</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 340.

<sup>168</sup> Modificamos así, a partir de 1999, lo sostenido en las ediciones anteriores. REJTMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el Procedimiento Administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 809 y ss., critica la pretendida exigibilidad del reclamo administrativo previo introducida por el art. 31 del decreto-ley 19.549/72 según la reforma dispuesta por el art. 12 de la ley 25.344 y analiza los efectos en caso de silencio si se pidiere pronto despacho.

de interés. A veces el presidente de la sesión pública, luego de leer el nombre del tema puesto a consideración y sin levantar siquiera la vista pronunciaba *Aprobado*, sin que nadie del recinto tampoco levantara la vista ni hiciera signo alguno. Pero no puede tomarse el silencio como voto. Muestra la irregularidad de la sesión y cuánto más.

### 10. *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 aquél que es apto para producir 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 puede producir efectos jurídicos inmediatos y por lo tanto *no es acto administrativo*.<sup>169</sup> Luego, la publicidad es un elemento del acto mismo<sup>170</sup> y no otra cosa que un elemento formal. Claro está, si se quiere buscar el acto y la notificación desde un punto de vista fenoménico, para determinar su esencia inmanente y eterna, la discusión se mezcla sólo equívocamente con el derecho. Tanto puede decirse, con el más vehemente tono que “La comunicación constituye un acto distinto de aquel que se comunica, con lo que rechazamos de plano la tesis según la cual aquélla se integra en el acto comunicado,”<sup>171</sup> como el viejo juego verbal de que el acto no notificado *a) existe, b) existe y es válido, c) existe y es válido y perfecto... pero no es eficaz*. En otra variante de ese discurso se puede empezar todavía antes y decir que el acto que está en la mente del funcionario, o en el papel pero sin firma, *d) existe en un plano abstracto y de las ideas, pero no en la experiencia, en la materialidad; e) que una vez firmado y antes de ser notificado, existe en el plano jurídico... pero no es eficaz*.<sup>172</sup> Ya hemos visto el juego verbal, tanto o más interesante que estos que procuran determinar verdades aristotélicas, de un funcionario que muestra al particular el acto escrito pero sin firma y después de su lectura como trozo de papel, bajo su mirada procede a firmarlo... y se lo guarda en el bolsillo; o lo rompe. Ese papel firmado existía, estaba en el mundo de la experiencia, no contravenía el orden jurídico, tenía una perfección fenoménica. ¿Pero qué utilidad tiene todo ello para el mundo jurídico

<sup>169</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 730. BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 199.

<sup>170</sup> Ha seguido nuestro criterio la PTN, *Dictámenes*, 97: 248 y 252 vta.

<sup>171</sup> MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Teoría de la forma de los actos jurídicos en el derecho público*, Valencia, Marfil, 1976, 171.

<sup>172</sup> Todo ello pertenece al campo no jurídico de las “delimitaciones apriorísticas,” cuya “reconocida imposibilidad” las ha rendido siempre “utópicas:” VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des Fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, Springer, 1960, 2ª ed., § 1, pp. 1-2.

si no era apto, por sí, para producir efectos jurídicos? Solamente con abuso del lenguaje pueden mezclarse, como si se hablara de las mismas cosas, de los planos abstractos de las ideas no expresadas, o volcadas al papel y no firmadas, o firmadas y guardadas en el bolsillo, o firmadas y luego rotas en presencia del destinatario. Todas son iguales para el derecho: no producen todavía efecto jurídico alguno. Si jamás son notificadas,<sup>173</sup> todas carecen de interés para el análisis y da lo mismo para el derecho que se las llame a todas por igual o a todas distinto. Podrá ser de interés sociológico,<sup>174</sup> conceptual, filosófico, político, etc., pero no jurídico. Una vez notificado habrá que ver si tiene la firma y demás recaudos. Antes, no es —para un abogado practicante— acto administrativo, no al menos todavía.

Los abogados a los que nos interesa el funcionamiento del derecho prescindiremos de otras categorizaciones y nos ocuparemos de sus efectos jurídicos o carencia de ellos. Por ello decimos que además de las formas de instrumentación o documentación deben enunciarse las formas de publicidad. Poco importa que se postule que la publicidad es o no elemento del acto, o si el acto y su notificación concurren o no como dos actos separados a producir un mismo efecto jurídico. No tiene importancia que en la orden verbal al destinatario, coincida en un mismo instante la expresión de la voluntad y la toma de conocimiento por aquél a quien va dirigida. Los ejemplos se pueden expandir y preguntarse si un acto que requiere aprobación antes de poder ejecutarse existe ya para el derecho. Para la sociología, existe; pero no crea todavía derechos ni deberes para el destinatario. Producida la aprobación pero no notificada, la situación se vuelve a repetir. Todo esto se remonta a la teoría general.<sup>175</sup> Sólo adquiere importancia —negativa— cuando de esas disquisiciones fenoménicas, sociológicas, filosóficas, abstractas, conceptuales, se quiere deducir consecuencias jurídicas. El resultado es perverso, pues resulta que se admite que un acto se dicte con fecha antedatada, como si fuera de una época en que el agente tenía competencia temporal para firmarlo y que pueda válidamente ser notificado *meses* y hasta *años* después.<sup>176</sup>

### 11. *Especies de formas de publicidad: publicación y notificación*<sup>177</sup>

Se diferencia la publicación, conocimiento *ficto* del acto de carácter general, de la notificación, conocimiento *cierto* del acto singular.

<sup>173</sup> Ver *supra*, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación.”

<sup>174</sup> VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 7, nota 6.

<sup>175</sup> En la primera mitad del cap. I del t. 1.

<sup>176</sup> C 1<sup>a</sup> CA, Córdoba, *Celotti, LL Córdoba*, 2000: 843, año 1999.

<sup>177</sup> Ampliar en GAMBIER, BELTRÁN, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 321 y ss.; STORTONI, GABRIELA, “Sobre la viabilidad de utilizar técnicas telemáticas para la notificación de actos administrativos,” misma obra, p. 327 y ss. y sus respectivas referencias; SALAS, VIVIANA SEVILLE, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo: su tratamiento a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso-Administrativo Federal y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación,” igual libro, p. 342 y ss.; *infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación.”

### 11.1. *¿La publicidad no integra el acto?*

Hemos visto ya la discusión acerca de si la notificación integra o no el acto administrativo y la publicación del reglamento. Prevalece la opinión de que el acto puede ser perfecto desde su emisión y eficaz desde su notificación o publicación.<sup>178</sup> En su consecuencia, se admite que si el acto administrativo estaba limitado en la competencia en razón del tiempo, pueda dictarse<sup>179</sup> dentro del plazo legal y notificarse meses<sup>180</sup> después de haber expirado tal plazo.<sup>181</sup> Es una solución claramente disvaliosa que emerge de una distinción que, como se aprecia, no es inocente. Ello surge de que se puede arribar por otra vía a la solución justa y normativa correcta<sup>182</sup> y no se lo ha hecho aún. Lo mismo ocurre con los actos generales. Se ha admitido en un caso que pueden válidamente fijar como fecha de entrada en vigencia la de su emisión, pero que ello recién se sepa con la publicación, lo cual no sólo importa violar el principio de la irretroactividad sino también consagrar una solución absurda que ya hemos criticado de antaño sin éxito.<sup>183</sup>

### 11.2. *Publicación*

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un boletín oficial,<sup>184</sup> o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.<sup>185</sup> Actualmente el *Boletín Oficial de la Nación* es accesible desde Internet, suscribiéndose en forma onerosa, pero dado el bajo costo de tener un portal en Internet pareciera un indispensable deber republicano del Estado tenerlo allí gratuitamente y bajo forma de texto, no de imágenes como en la actualidad, lo cual solamente perjudica a los ciudadanos sin ningún beneficio público. Lo mismo resulta aplicable a los boletines oficiales provinciales.

En situaciones excepcionales se ha admitido, una vez, la publicación por los diarios en lugar de notificación y otra la notificación de un acto reglamentario,

<sup>178</sup> Hemos disentido de esa solución *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico.”

<sup>179</sup> Si se suma a esto que se admite la simulación de la fecha y ello es práctica corriente, fácil es ver que esta solución promueve el dolo administrativo. El funcionario aprende, en la administración, de esta defectuosa escuela.

<sup>180</sup> *Supra*, nota 176.

<sup>181</sup> OTTAVIANO, VITTORIO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1953, § 25, pp. 68-9. Sin embargo, expone la solución contraria, igual a la que aquí sostenemos en el texto, para un tipo particular de actos, los no *recettizi*, que asemeja al concepto francés de acto de gestión y no de autoridad, p. 7 y ss.

<sup>182</sup> Ver *infra*, § 11.3.1.4, “Plazo de la notificación válida.”

<sup>183</sup> Hemos expuesto la opinión contraria en “Promulgación y publicación de las leyes,” *Derecho del Trabajo*, XXIX: 592, año 1969, criterio que mantenemos desde entonces.

<sup>184</sup> No necesariamente el *Boletín Oficial*: CNFed. CA, Sala IV, *IZE, LL*, 2000-D, 860, año 1999.

<sup>185</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; del mismo autor, *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13; CSJN, *Fallos*, 252: 19, *Amaya*; 251: 404, año 1962; *Signo Publicaciones*, año 1961; 191: 442; 179: 39. Ampliar *infra*, t. 4, cap. V.

por dificultades con la aparición del *B.O.* entonces en manos del Estado. Hoy en día el *B.O.* funciona eficazmente y lo entregado por los funcionarios a la imprenta hasta última hora de cada día aparece a la medianoche de ese día o más precisamente a las cero horas del siguiente en Internet y a la mañana siguiente en la impresión en papel. Ha desaparecido pues el sustento fáctico de aquellos precedentes.<sup>186</sup> Las normas del Ministerio Público establecen que sus actos generales serán incorporados a su sitio en Internet, lo que se considerará publicación oficial del organismo.<sup>187</sup> Desde luego, no suple su necesaria publicación en el *B.O.* de la Nación.

Por su parte la ley de contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires<sup>188</sup> establece en su art. 83 que todos los procesos de compras, ventas y contrataciones que se efectúen deben realizarse utilizando sistemas electrónicos o digitales, abarcando todas las instancias y actos administrativos del trámite.<sup>189</sup> Tenemos noticias, con todo, a partir de experiencias concretas, que no se le está dando cumplimiento. Es lo que ocurre con las innovaciones legislativas que se adelantan a su factibilidad empírica.

### 11.3. Notificación

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo, sin cuyo requisito éste no produce efectos jurídicos<sup>190</sup> 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;<sup>191</sup> *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*;<sup>192</sup> *d)* por telegrama con aviso de entrega;<sup>193</sup>

<sup>186</sup> No obstante, hay casos en los que la jurisprudencia sigue tolerando que, en determinados sectores, la autoridad administrativa notifique los reglamentos a los “interesados,” en lugar de publicarlos. De esta forma se excluye, claro está, el control social. Ver CSJN, *Finexcor S.A.*, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., “Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton,” *LL*, 2005-F, 331.

<sup>187</sup> Ver MOLINA QUIROGA, EDUARDO, “Equiparación de un Web site de Internet a la Publicación Oficial. A propósito de la Res. 97/2005 PGN,” *RDA*, Buenos Aires, LexisNexis, 55: 202.

<sup>188</sup> Ley 2.095 reglamentada por decreto 408/07.

<sup>189</sup> Esta disposición se encuentra reglamentada por el art. 33 del decreto 408/07 que obliga al organismo competente a elaborar los procedimientos necesarios para el cumplimiento de los dispuesto en la norma legislativa.

<sup>190</sup> PTN, *Dictámenes*, 97: 248; 98: 149 y otros; decreto-ley 19.549/72, art. 11.

<sup>191</sup> Decreto 1759/72, art. 41, inc. *a)*: “por acceso directo de la parte interesada, su apoderado o representante legal al expediente, dejándose constancia expresa y previa justificación de identidad del notificado; se certificará copia íntegra del acto, si fuere reclamada.”

<sup>192</sup> El inc. *e)* del art. 41 citado expresa “por oficio impuesto como certificado o expreso con aviso de recepción; en este caso el oficio y los documentos anexos deberán exhibirse en sobre abierto al agente postal habilitado, antes del despacho, quien los sellará juntamente con las copias que se agregarán al expediente.” Si se recibe la carta sin la debida certificación del agente de correos, entendemos que la notificación es inválida (arg. art. 44).

<sup>193</sup> Decreto 1759/72, art. 41, inc. *d)*.

e) por cédula;<sup>194</sup> f) por comunicación informática, en aquellos casos en que hay fehaciencia, encriptación y la norma lo prevé;<sup>195</sup> g) por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto, o impugnando los deberes u obligaciones que impone. En el caso de acto que otorga derechos al interesado, esta invocación importa una recepción del acto, esto es notificarse de él, a los efectos de la estabilidad del acto.<sup>196</sup>

### 11.3.1. *Requisitos de validez*

#### 11.3.1.1. *Transcripción íntegra del acto*

En los casos c) y d) que como decimos resultan de dudosa validez como 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.<sup>197</sup> Esta es la solución doctrinaria; el decreto 1759/72 admite la notificación de “la parte dispositiva,” 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.<sup>198</sup>

#### 11.3.1.2. *Recursos, plazos y efectos*

La notificación debe señalar los recursos existentes contra el acto<sup>199</sup> y su plazo de interposición. Si el acto es de los que agotan la vía administrativa y dejan expedita la instancia judicial, perdiéndola en caso de no impugnar, el acto debe así consignarlo y no solamente indicar los plazos sino *computarlos*, indicando el día en que se pierden todos los derechos, y explicando al interesado que el plazo

<sup>194</sup> La cédula es poco habitual, pero está prevista en el inc. c), el cual remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 140 y 141.

<sup>195</sup> Como ocurre con la resolución general AFIP 1995/06.

<sup>196</sup> El inc. b) del art. 41 recoge esta solución del derecho comparado, p. ej. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, 9ª ed., 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: p. ej., 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.” Entendemos 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 individuo.

<sup>197</sup> 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.

<sup>198</sup> Según el art. 43 del decreto 1759/72, “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.” “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.”

<sup>199</sup> El *right of appeal*; de no informarse su existencia ello constituye indefensión: FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, p. 190.

se corre si la notificación se produce después. Si no se cumple con esos recaudos a nuestro juicio la notificación no es apta para cerrar el acceso a la justicia.<sup>200</sup>

### 11.3.1.3. *Vista de las actuaciones*

La notificación supone el otorgamiento implícito de la vista de las actuaciones y de los dictámenes, informes, etc., que han dado lugar al acto, sea que coincidan o no con él.<sup>201</sup> 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 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,<sup>202</sup> del cual fluye el necesario conocimiento de su fundamentación, para permitir la demostración y el juzgamiento de su legitimidad. Se transgrede también la categórica norma del art. 38 del decreto 1759/72.<sup>203</sup>

### 11.3.1.4. *Plazo para la notificación válida*

En el derecho español la notificación debe hacerse dentro del plazo de diez días de la suscripción o firma del acto.<sup>204</sup>

Así lo dispuso desde un comienzo el art. 79.2 de la LPA, a tenor del cual “Toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique.”

En nuestro derecho corresponde aplicar también el plazo genérico de diez días previsto en el decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, ese plazo se ha ignorado en

<sup>200</sup> *Infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación,” § 10.3, “El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial.” Ver *Gómez Langenhein*, CNCiv., Sala K, LL, 2000-D, 129, año 1999.

<sup>201</sup> Pues como dice LOPES MEIRELLES, “A publicidade dos atos administrativos,” en su 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.”

<sup>202</sup> *Infra*, t. 4, cap. V, § 5, “Notificación” y 6, “Requisitos y formas de la notificación válida. El acto y sus circunstancias;” *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.4.1.1 y ss., notas. Respecto a diversas omisiones que suelen observarse en materia de vista y publicidad del acto administrativo, incluyendo su notificación, ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, op. cit. p. 79 y ss., p. 93 y ss.; CORNEJO, MARCELINO A., “¿Me permite ver el expediente?” (En preparación.)

<sup>203</sup> Decreto 1759/72, 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 Recepción.*” La bastardilla es nuestra. El art. proviene de nuestro Proyecto de 1964.

<sup>204</sup> MONTORO PUERTO, op. cit., pp. 184-7, quien recuerda diversas normas con la misma solución, en distintos procedimientos.

muchos casos sin que la nulidad fuera declarada, a pesar del carácter taxativo y categórico de la norma. Pero como el punto no fue en realidad objeto de análisis específico en los fallos que han omitido merituarlo, pensamos que ha sido un *lapsus* normativo del fallo antes que una solución que expresamente descalifique la norma. En todo caso y como es sabido, es la sentencia la que en tales supuestos queda descalificada como acto jurisdiccional válido.

#### 11.3.1.5. *Otros*

La notificación no puede añadir nada al acto notificado,<sup>205</sup> excepto la obligación de hacer saber al destinatario del acto cuáles son los recursos que puede interponer contra él y el plazo para hacerlo; también, en la práctica judicial a veces la cautelar dictada por el juez es precisada, ampliada o modificada en el oficio que la notifica, lo cual entra dentro de las facultades del tribunal.

#### 11.4. *La notificación verbal*

No es procedente la notificación verbal de actos escritos, por cuanto ello no permite cumplir con el recaudo de explicar los recursos y sus plazos. Dice en este sentido el art. 45 del decreto 1759/72 que “Cuando válidamente el acto no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal.”

Va de suyo que un acto verbal no podría notificarse por escrito. En todo caso, resulta manifiesto que no tendría sentido hacerlo, si es que pudo válidamente utilizarse la forma verbal; suena casi a risueño que alguien ordene algo verbalmente y luego lo escriba para notificarlo: allí habrá transformado el acto verbal en acto escrito.

Por otra parte, si *ab initio* el acto debía ser escrito y fue en cambio verbal, entonces no sólo será inválida la notificación, por este criterio normativo, sino que también lo será el acto mismo, por transgresión al principio del art. 8º del decreto-ley. Si bien la disposición se refiere a la notificación verbal de actos no escritos, cabe admitir también la notificación por signos o señales, cuando el acto se manifieste de este modo.

En tales casos la forma de instrumentación es al mismo tiempo forma de publicidad y ambas se confunden en una, al igual que en los actos verbales. La notificación escrita, como acto separado del acto mismo, sólo se aplica en suma en los actos escritos; los actos verbales, por signos o señales, se notifican con su misma instrumentación, si ésta es apta para ponerlos inteligiblemente en conocimiento del interesado. Los actos escritos, en suma, no se notifican oralmente,<sup>206</sup> al igual que los actos orales no se notifican por escrito. MARIENHOFF lo llamaría el necesario paralelismo de las formas.

<sup>205</sup> GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos, op. cit.*, p. 278.

<sup>206</sup> GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos, op. cit.*, p. 278.

### 11.5. *La notificación espontánea*

El acto administrativo no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado.

Lo mismo ocurre si el acto crea derechos o impone obligaciones, o ambas cosas a la vez, o incluso puede resultar dudoso en cuanto al interés del afectado. Si se ha dictado un acto dando por terminada la relación de empleo público, el agente tiene derecho a darse por notificado y dejar el cargo.<sup>207</sup> “Si la administración tiene interés en procastinar los efectos del acto, debe establecerlo en el acto mismo.”<sup>208</sup>

### 11.6. *No cabe la notificación espontánea de un reglamento*

El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, porque ello violaría la igualdad ante la ley. Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos, sin hacer el intérprete distinciones no establecidas en él.<sup>209</sup> Por excepción, si su aplicación a algunos sujetos no perjudica derechos de terceros puede pedirse su aplicación previa a la publicación.<sup>210</sup>

## II. *Otros criterios relativos a la forma. Crítica*

### 12. *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 *quorum* en las deliberaciones de un órgano colegiado es un requisito de forma,<sup>211</sup> siendo que, si no hay *quorum*, no funciona siquiera el órgano legalmente previsto para hacer una manifestación de voluntad administrativa: si falta el órgano y la voluntad contemplada por la ley, no se puede decir que el vicio resultante sea un vicio de forma.

<sup>207</sup> OTTAVIANO, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>208</sup> OTTAVIANO, *op. loc. cit.*, p. 80, nota 100 *in fine*.

<sup>209</sup> Cfr. DE LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*; ver *infra*, t. 4, cap. V, § 3, “Publicación.”

<sup>210</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 11, *in fine*.

<sup>211</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 59; HUBER, *op. cit.*, p. 727.

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,<sup>212</sup> ya que lo que allí falta es la voluntad del órgano competente y no sólo su forma. En igual sentido, si se designa un funcionario —en los casos en que debe serlo por el Poder Ejecutivo— sin un *decreto*, no se está ante un vicio de forma.<sup>213</sup>

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 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.

### 13. *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*<sup>214</sup> (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 prescriptas por la ley son sustanciales*;<sup>215</sup> o sea, que su omisión o defecto vicia de nulidad al acto en mayor o menor grado según las circunstancias.<sup>216</sup>

Nosotros no consideramos, tampoco, que deba incorporarse al derecho administrativo la distinción entre formas *ad substantiam* y *ad probationem*. Cabe sin embargo observar la tendencia generalizada de mucha doctrina y jurisprudencia nacional a caratular a casi todos los vicios del acto administrativo como de forma,

<sup>212</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 59.

<sup>213</sup> O, dicho de otra manera, se viola una forma esencial: BIELSA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>214</sup> 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.

<sup>215</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 179; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458, dice que los actos son “esencialmente formales.”

<sup>216</sup> GARRIDO FALLA, t. I, *op. cit.*, 10ª ed., p. 444; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 315-6.

con el resultado objetivo de desjerarquizarlos e incumplirlos. Ante esa realidad optamos ahora por modificar nuestro lenguaje y sostener que en definitiva todas las formalidades del acto deben cumplirse bajo pena de nulidad y en tal alcance pueden considerarse sustanciales, si con ello se quiere expresar que hay que adecuarse a ellas para dictar un acto regular.<sup>217</sup>

#### 14. *La distinción entre formas esenciales y no esenciales*

##### 14.1. *El criterio doctrinario y legal*

El decreto-ley 19.549/72 se inclina por distinguir entre formas esenciales y no esenciales, lo cual no cabe sino referirlo a su incidencia en la validez del acto; las formas más importantes (fundamentación o motivación; si se elige denominarlos forma, entonces también los procedimientos previos a la emanación del acto, como la audiencia, prueba, el dictamen jurídico, el informe o trámite sustancial) debieran acarrear la nulidad insanable del acto; las formas menos importantes tendrán menor gravedad y sólo determinarán su anulabilidad o incluso pueden no afectar su validez (numeración, registración).<sup>218</sup>

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 *todo* lo relativo a la forma, pero sí —cualquiera fuere la denominación elegida— las formas del procedimiento previo a la emanación del acto (audiencia del individuo, dictamen jurídico, informe técnico sustancial) y la fundamentación o motivación. 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 (los mencionados en el art. 7°) 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 (*v.gr.*, la indicación

<sup>217</sup> ALESSI, *op. loc. cit.*; modificamos así lo sostenido en ediciones anteriores. Ver HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos, op. cit.*, 4ª ed., p. 92.

<sup>218</sup> Comp. HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos, op. cit.*, 4ª ed., p. 92; CAETANO, *op. cit.*, pp. 247-8.

del lugar y fecha del acto) que no afectan la validez del acto. Habría así formas intrascendentes, formas no esenciales y formas esenciales.

La práctica judicial suele ser mucho más complaciente con los funcionarios de la administración que incumplen preceptos tan terminantes de la norma y del sentido común y admite con frecuencia el saneamiento judicial de la indefensión del individuo en sede administrativa, la falta de dictamen previo, la ausencia de fundamentación razonable, oportuna y comprensiva, etc., lo cual es echar por tierra todo el sistema de control previsto en el decreto-ley.

#### 14.2. *Casos de nulidad por violación de formas*

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,”<sup>219</sup> tampoco podría hacerse un *nombramiento* por carta particular, aunque en ella constara la firma del que refrenda.<sup>220</sup> En verdad, si bien se piensa, son pocas las normas que exigen formalidades determinadas, *v.gr.*, el carácter escrito del acto, lo que no impide que por la naturaleza del acto (*v. gr.*, un acto que reconoce un derecho o declara un deber de un individuo) en muchos casos puede considerarse causal de nulidad la omisión de la forma escrita.<sup>221</sup>

El art. 8 del decreto-ley permite ratificar esta interpretación, pues dicha norma exige que el acto se manifieste “expresamente,” aunque ya vimos que puede haber actos tácitos.<sup>222</sup> 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;<sup>223</sup> igualmente, la omisión de la expresión del lugar no produce la nulidad del acto y hasta autores hay que sostienen que incluso la simulación del acto, expresando un lugar distinto del verdadero como sede de la emisión del acto, no afecta su validez.<sup>224</sup>

Que el acto deba ser firmado y no lo esté es en verdad una situación de inexistencia, salvo los supuestos de firma digital u otras formas de identificación electrónica.<sup>225</sup>

<sup>219</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 57, texto y nota.

<sup>220</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 50, nota.

<sup>221</sup> PTN, *Dictámenes*, 96: 230; 99: 76; 102: 149; 104: 4, etc.

<sup>222</sup> Ver *supra*, § 9.3, “Actos tácitos.”

<sup>223</sup> Como ya lo hemos explicado *supra*, § 3, “Lugar y fecha.”

<sup>224</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 279.

<sup>225</sup> Ver *supra*, § 8, “La firma del acto.”

En el derecho austríaco, la ley de procedimiento administrativo exige que las decisiones “expresamente se denominen como tales,”<sup>226</sup> requisito que no se ha considerado vicio el acto en caso de omisión,<sup>227</sup> estimándose por el contrario que la falta de aclaración de cuál es el órgano emisor del acto y que función ejerce, que no son exigidas por la ley, vician de nulidad el acto.<sup>228</sup> La misma posición encontramos en la doctrina alemana.<sup>229</sup>

### 15. Crítica de la distinción entre forma y formalidad

Nos apartamos también de la distinción entre forma y formalidad, en el objetivo de enfatizar si ello fuere posible la importancia del cumplimiento de las formas que estamos comentando, que exceden de un mero rito secundario para configurar verdaderas condiciones de validez del acto. Algunos autores dan la noción de que “formalidad son las formas del procedimiento administrativo previo a la emisión del acto;”<sup>230</sup> otros dicen que son los requisitos *posteriores* a la instrumentación del acto;<sup>231</sup> 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;<sup>232</sup> otros autores oscilan entre uno y otro concepto o incluso los aceptan simultáneamente, o los consideran vocablos equivalentes como hacemos en esta edición; otros dicen que si bien la diferencia no existe en el derecho positivo, la proponen de todos modos de manera “puramente dogmática” “para poner orden en esto.”<sup>233</sup> 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.<sup>234</sup> A ninguna de estas finalidades sirve la distinción entre forma y formalidad, que además carece de valor didáctico o metodológico, pues implica el esfuerzo innecesario de ubicar categorías diversas para cosas fundamentalmente similares.

Hemos pasado a utilizar preferentemente el vocablo formalidad, con la esperanza de enfatizar más, si ello es posible verbalmente, la absoluta necesidad

<sup>226</sup> Art. 58, inc. 1°.

<sup>227</sup> WINKLER, *op. cit.*, p. 26; HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 334-5.

<sup>228</sup> WINKLER, *op. cit.*, p. 27.

<sup>229</sup> VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, 1960, 2ª ed., pp. 78-9.

<sup>230</sup> FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

<sup>231</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1868, t. I, p. 337.

<sup>232</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458.

<sup>233</sup> 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 aún siéndolo, ella puede servir para poner orden en esto.”

<sup>234</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. I, § 8.2, “Definición y clasificación,” § p. I-20 de la 8ª ed.

de darle cumplimiento. Pareciera que tanto uno como otro término llevan en sí el estigma del ritualismo excesivo o inútil, cuando en realidad las formas o formalidades que estamos tratando son verdaderamente importantes para los particulares y para el interés público.

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 hay múltiples usos semánticos en el derecho viviente y que a veces se denominan formas a los requisitos del procedimiento previos a la emisión del acto mismo.

Lo que importa es analizar el recaudo de legitimidad de que se trate y evaluar su importancia para el derecho, más allá de cómo se haya optado por denominarlo en alguna norma o en alguna doctrina.

#### 16. *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. En este caso que no hay diferencia entre forma y formalidad; si se quiere decir que las formas son más importantes,<sup>235</sup> entonces es lo mismo que distinguir formas esenciales o no esenciales. Quienes emplean la distinción entre formas esenciales y no esenciales o entre formas y formalidades están refiriéndose a formas imprescindibles o muy importantes, fundamentales, etc. y otras no importantes, secundarias, etc., para deducir que la violación de las primeras es más grave que la de las segundas. Pero basta con distinguir entre vicios de forma o formalidades muy graves, graves y leves para tener toda la gradación, en punto a importancia de las formas, que se desee; si se quiere hablar de formas esenciales y no esenciales, la única crítica de partida es verbal, siempre que no por emplear determinados vocablos se termine justificando la violación del derecho por la administración.

#### 17. *Argüendo: ¿quid si hablamos de formas esenciales?*

Nada impide, en todo caso, empezar nuevamente el discurso utilizando el lenguaje que procura encontrar formas esenciales o sustanciales y trata de llevar elementos o vicios diversos a vicios de forma, con tal que su incumplimiento acarree la nulidad del acto. Es el punto de partida de LAFERRIÈRE en 1896. ¿Corresponde mantenerlo? Ésta es una pregunta que no se contesa, como hacen algunos de nuestros autores, refiriéndose a las doctrinas modernas y las que no lo son. Por

<sup>235</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 57.

supuesto que el autor en modo alguno es moderno, pero ello no comienza siquiera a resolver la cuestión.

En tal caso no existe óbice en afirmar que la omisión del dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento letrado es un vicio insanable que acarrea la nulidad del acto. Lo propio ha de ocurrir cuando el acto omite expresar sus motivos o razones de hecho, la causa fáctica que le da sustento en el mundo real. También vicia absolutamente el acto que él sea dictado sin cumplir los recaudos procedimentales exigidos por la ley, *v. gr.* el estudio de impacto ambiental cuando corresponde.

Estos principios en materia de acto son también aplicables a los contratos administrativos: Si se celebra un contrato administrativo en forma directa cuando hace falta licitación pública, el contrato es nulo. Si se renegocia el objeto, plazo y precio de una concesión de servicios públicos sin al menos audiencia pública,<sup>236</sup> la invalidez es manifiesta. Si se designa a una persona en un cargo estable sin concurso previo, cuando las normas lo exigían, el nombramiento solamente es válido —por conversión— como interino, etc.

Si se toma la notificación como requisito de forma y no como elemento de existencia del acto, el resultado es el mismo: el acto no notificado no es exigible, no produce efectos jurídicos.<sup>237</sup>

### 18. *El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros*

No estará de más recordar que a veces el acto se presenta con varios vicios simultáneos: omisión del dictamen jurídico previo, omisión de fundamentación o motivación, omisión de audiencia y prueba del interesado. En tales casos la conclusión por la nulidad es inescapable.<sup>238</sup> Ojalá los tribunales lo aplicaran con más frecuencia y no solamente cuando faltan todos los requisitos de audiencia previa, dictamen previo, fundamentación o motivación, etc.: la administración pública nos saldría menos cara si los recaudos previstos en el derecho para evitar su actuar irrazonable o arbitrario, dispendio de fondos públicos al generar responsabilidad del Estado, etc., fueran cumplidamente exigidos por la justicia, condenando siempre al acto con la nulidad y no solamente cuando la cantidad de vicios se ha repotenciado. Es la misma problemática que con la corrupción: la clave está en las medidas preventivas. Es una vez más la aplicación del principio *Melius est intacta iura servare, quam vulneratae causae remedium quære*. Esto es bastante evidente con los vicios indistintamente llamados de forma y/o de

<sup>236</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>237</sup> Conf. BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 199.

<sup>238</sup> Así STCorrientes, *Benítez de Machado, María C. c. Provincia de Corrientes*, DJ, 1998-2, 61, aplicando normas de la ley local 3460 análogas a las nacionales. Son parecidos los fallos de la CSJN en *Cedale*, año 1998, *Fallos*, 321-2: 1970, ED, 180: 998 y *Solá*, año 1997, DJ, 1998-2, 231 y ED, 178: 224, con nota de CASSAGNE: “Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo.”

procedimiento, o vicios de la voluntad previos a la emisión del acto.<sup>239</sup> No hacen falta grandes elucubraciones sobre la razonabilidad para determinar:

- a) si *antes* de dictarse un acto se dió oportunidad de defensa;<sup>240</sup>
- b) si también *antes* de su emisión se pidieron y obtuvieron los informes necesarios;
- c) si *antes* y no después de emanada la voluntad se pidió dictamen jurídico de los organismos permanentes de asesoramiento letrado;<sup>241</sup>
- d) si el acto tiene o no una fundamentación o explicación razonable, suficiente y adecuada, de cuáles son las circunstancias *de hecho* que justifican o determinan el dictado del acto;
- e) si tiene o no una razonable fundamentación *en derecho*, o pretende en cambio usar fórmulas de vaguedad e imprecisión tales como para que pueda fácilmente señalarse la carencia de fundamentación normativa racional;
- f) si su notificación señala los recursos existentes, su plazo y cómputo;
- g) si tal notificación expresa además el cómputo del acceso a la vía judicial y cuándo se pierde ese derecho, en los actos que pretenden dar comienzo a tales plazos.

Todos esos requisitos son habitualmente incumplidos, o irregular o incompletamente cumplidos. ¿Cómo no sancionar al acto con la nulidad absoluta e insanable, ante tal profusión de vicios?

Si además la decisión no es suficientemente razonable, o se percibe en ella el sello de la desviación; si se la advierte discriminatoria, prejuiciosa; si no se adecua a las circunstancias de hecho; si no tiene probanzas adecuadas en el expediente sino solamente afirmaciones dogmáticas; si avanza sobre la libertad o la propiedad sin sustento suficiente... En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista.

<sup>239</sup> Es frecuente la asimilación o al menos la mención simultánea, tanto en doctrina como en jurisprudencia, de los vicios de forma y de procedimiento. El origen de la asimilación fue enfatizar a ambos como garantía de la libertad del particular. Pero desde luego es perfectamente posible diferenciarlos: DUPUIS, GEORGES (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, París, Economica, 1979, pp. 9-11. En la actualidad la garantía se apoya más en el control de razonabilidad en sus diversas manifestaciones (proporcionalidad, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, etc.), el principio de la única solución justa, discrecionalidad cero, principios jurídicos indeterminados, principios generales del derecho, regulación técnica, etc.

<sup>240</sup> La cual incluye oportuna citación, vista y fotocopia completa de la actuaciones, etc.

<sup>241</sup> El cual, lo mismo que una sentencia, debe a su vez no incurrir en inexcusable error de derecho ni en flagrante desconocimiento de los hechos y la prueba del caso, so pena de quedar descalificado como dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento letrado.