

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS Y VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	EAA-IV-1
1. Elementos del acto administrativo	EAA-IV-1
2. Los vicios del acto administrativo en relación a sus elementos ..	EAA-IV-2
II. <i>Competencia</i>	EAA-IV-2
3. Noción.....	EAA-IV-2
1º) Competencia en razón del grado	EAA-IV-2
a) Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida. Delegación y descentralización irregulares	EAA-IV-3
b) Caso en que hay exceso en el ejercicio de la competencia ..	EAA-IV-5
4. 2º) Competencia en razón de la materia	EAA-IV-5
a) Incompetencia respecto a materias judiciales.....	EAA-IV-5
b) Respecto a materias legislativas	EAA-IV-6
c) Respecto a materias administrativas de otros órganos.....	EAA-IV-6
d) Materias administrativas que no tienen otros órganos.....	EAA-IV-6
5. 3º) La competencia en razón del territorio	EAA-IV-6
4º) La competencia en razón del tiempo.....	EAA-IV-7
III. <i>Voluntad</i>	EAA-IV-7
6. Concepto de “voluntad” en el acto administrativo	EAA-IV-7
7. <i>Vicios de tipo objetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Vicios en el origen de la voluntad	EAA-IV-8
a) Funcionario de hecho.....	EAA-IV-8
b) Usurpador	EAA-IV-8
8. 2º) Vicios en la preparación de la voluntad:	
a) Violación del derecho de defensa	EAA-IV-9
b) Falta de licitación	EAA-IV-10

c) Falta de concurso	EAA-IV-10
d) Omisión de dictamen o trámite sustancial.....	EAA-IV-10
9. 3º) Vicios en la formación de la voluntad:	
a) Actos de órganos colegiados	EAA-IV-11
b) Actos complejos	EAA-IV-11
c) Actos que requieren autorización.....	EAA-IV-12
d) Actos que requieren aprobación.....	EAA-IV-12
e) Actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas.....	EAA-IV-14
f) Actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetos a insistencia del Poder Ejecutivo	EAA-IV-15
10. Advertencia	EAA-IV-16
11. <i>Vicios de tipo subjetivo</i> en la voluntad administrativa:	
1º) Desviación de poder	EAA-IV-16
a) El funcionario actúa con una finalidad personal	EAA-IV-18
b) Con la finalidad de beneficiar a un tercero	EAA-IV-18
c) Con la finalidad de beneficiar a la misma administra- ción	EAA-IV-18
12. 2º) Arbitrariedad. Concepto y condiciones de aplicación al acto administrativo	EAA-IV-18
13. Distintos casos de arbitrariedad:	
a) Actos que omiten decidir cuestiones conducentes a la solu- ción del caso	EAA-IV-21
b) Decisiones que prescinden de los hechos probados o se fundan en hechos no probados	EAA-IV-21
c) Actos que carecen de fundamentación normativa seria.....	EAA-IV-22
d) Actos que no guardan proporcionalidad con el fin perse- guido por la ley.....	EAA-IV-23
14. Diferencia entre vicio de arbitrariedad y la tradicional “violación de la ley,” en materia de facultades regladas	EAA-IV-23
15. 3º) Error. Diferencia con el vicio de “violación de la ley” y con el de arbitrariedad.....	EAA-IV-24
16. 4º) Dolo. Violencia	EAA-IV-25
IV. <i>Objeto</i>	EAA-IV-25
17. Posibles vicios en el objeto del acto administrativo	EAA-IV-25
1º) Prohibición del objeto	EAA-IV-25
2º) Apartamiento de las facultades regladas:	
a) El objeto es dictado ante distintas circunstancias de hecho que las previstas por la ley	EAA-IV-26
b) El objeto es en sí mismo distinto del previsto por la ley.	EAA-IV-26
3º) Imprecisión u oscuridad	EAA-IV-27

4º) Absurdidad.....	EAA-IV-27
5º) Imposibilidad de hecho.....	EAA-IV-27
a) Por falta de sustrato personal.....	EAA-IV-27
b) Por falta de sustrato material.....	EAA-IV-27
c) Por falta de sustrato jurídico.....	EAA-IV-27
V. <i>Forma</i>	EAA-IV-28
18. Concepto de forma. Crítica de algunas distinciones tradicio- nales	EAA-IV-28
19. Distinción entre forma y formalidad. Crítica	EAA-IV-29
20. La motivación o fundamentación del acto no es un requisito de forma	EAA-IV-29
21. Clases de forma:	
a) Formas de documentación.....	EAA-IV-29
22. Clases de forma. Continuación:	
b) Formas de publicidad	EAA-IV-30
23. Especies de formas de publicidad. Publicación y notificación	EAA-IV-31
24. Continuación	EAA-IV-32
VI. <i>Resumen</i>	EAA-IV-32
25. Elementos, vicios y nulidades del acto administrativo en un gráfico comparativo	EAA-IV-32
I. Competencia.....	EAA-IV-33
II. Voluntad	EAA-IV-33
A) Objetiva.....	EAA-IV-33
B) Subjetiva.....	EAA-IV-34
III. Objeto	EAA-IV-35
IV. Forma.....	EAA-IV-35

Capítulo IV
ELEMENTOS Y VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad, y con ello, los posibles vicios que los pueden afectar;¹ y por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán.

¿Cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo? En el fallo ya tan comentado de la Corte Suprema en materia de nulidades,² ésta dijo que eran tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio de error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema pueden señalarse cuatro elementos esenciales del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.³ Esa es a nuestro juicio la formulación correcta y más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores —particularmente en la voluntad del acto administrativo.⁴

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

¹ Conf. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 410.

² CSJN, *Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional*, 1941, *Fallos*, 190: 142.

³ En igual sentido DIEZ, *op. cit.*, p. 159.

⁴ Conf. ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, 8ª ed., p. 247 y ss.

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

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

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que pudieran con soltura constituir casos autónomos de vicios; y que los elementos del acto, así considerados, son tal vez algo elásticos. Sin embargo, es de hacer notar que no por ello variará el régimen jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no de una confrontación teórica con los elementos que debe tener el acto (para afirmar entonces que si falta alguno es jurídicamente posible decir que está viciado), sino con los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico;⁵ en otros términos, el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un *elemento* que teóricamente pueda considerarse pertinente, sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que signifique el requisito concretamente violado. La doctrina, pues, no dará su opinión acerca de si el acto es “nulo,” “anulable” o “inexistente” porque falte o esté viciado un “elemento esencial” del acto (aunque muchos autores hacen esta argumentación), sino en base a la importancia que concretamente tenga en el caso el vicio de que se trate. Ello se ilustrará con detalle en la exposición del presente capítulo.

II. Competencia

3. La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar.⁶

La competencia puede referirse al *grado*, la *materia*, y el *territorio*. Eventualmente podría hablarse de una competencia en razón del *tiempo*, cuando un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante una época o lapso específico. En ese orden analizaremos el punto.

1º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO se refiere la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración y, puesto que la

⁵ *Vide supra*, cap. III, nº 18 y ss., p. 94 y ss.

⁶ La competencia no debe confundirse con la “aptitud de obrar” ni el “ejercicio de la función,” y por ello no corresponde afirmar que pueda haber una “competencia” para la “ilicitud.” Ocurre tan sólo que *es posible* imputar a un órgano estatal un hecho ilícito, sólo que esa imputación se hace en virtud de la noción de “ejercicio de la función” y no “competencia.” Ampliar es nuestra *Introducción...*, *cit.*, p. 15.

competencia es improporrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa.

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

a) *Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano:* Es éste un problema que surge en materia de descentralización y delegación.

La *descentralización* supone el conferimiento de facultades administrativas a órganos distintos de los órganos centrales, en forma estable y general; implica una nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones.⁷ Este separar partes de la función administrativa y conferirla a órganos distintos de los órganos centrales, puede ser de dos tipos: “Burocrática” o “autárquica,” según que el desprendimiento de atribuciones se produzca dentro de una mismo cuerpo administrativo, o se efectúe mediante la creación de un ente dotado de personalidad jurídica propia —es decir, un ente separado de la administración central: Entes autárquicos, empresas del Estado, etc.

En la *delegación* de competencia hay una decisión del órgano administrativo a quien legalmente correspondía tal competencia, por la cual se transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. A diferencia de la descentralización, en que la competencia que se confiere al órgano inferior pertenece exclusiva y directamente a él, en la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercerla. En la competencia delegada, el órgano superior puede siempre retomar la competencia que ha conferido al órgano inferior, y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada, el superior sólo tiene las facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo.

Pues bien, tanto la descentralización como la delegación podrían ser ellas mismas antijurídicas, y en consecuencia viciar de antemano los actos que en su ejercicio vayan a tomarse.

Discútese si la descentralización debe hacerse por ley o por decreto,⁸ atento al sistema centralizado que en principio parece haber previsto la Constitución. (Art. 86, inc. 1.º) Nosotros nos inclinamos por la primera solución —siempre

⁷ FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28; GORDILLO, A., “Descentralización y delegación de autoridad,” en *Revista de Administración Pública*, n.º 3/4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

⁸ Es de destacar en particular la opinión de MARIENHOFF, quien sostiene que pueden ser creados por Decreto del Poder Ejecutivo: “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad” en *JA*, 1961-VI, p. 62, s. doc.

que la ley deje al Poder Ejecutivo un cierto margen de contralor administrativo sobre el ente—, en virtud de que el art. 67, inc. 17º de la Constitución dispone que es facultad del Congreso crear empleos y “*fijar sus atribuciones*,” de donde se desprende en principio que toda competencia debe tener origen *legal*.⁹

En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario en el sentido de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza expresamente,¹⁰ y el principio ha sido por otra parte recogido implícitamente en la legislación, a través de varias leyes que autorizan en los casos concretos al Poder Ejecutivo la delegación de facultades en órganos determinados.¹¹

En consecuencia, una delegación o descentralización dispuesta por decreto, sin autorización legal (o excediéndola, p. ej. si se delegan más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso; o si se delega a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.) es antijurídica.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? Entendemos que son aquí de aplicación los análogos fundamentos en materia de funcionarios de hecho, y por lo tanto, si la competencia descentralizada o delegada tiene una apariencia de legitimidad, un “color de título,” los actos dictados en virtud de esa competencia son en principio *válidos*; y de mediar mala fe de parte de los administrados, *anulables*.¹²

Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (por ejemplo, una delegación o descentralización de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, tales como el indulto, la declaración de estado de sitio por conmoción interior en receso del Congreso, la proposición de magistrados al acuerdo del Senado, etc.), el acto debe ser considerado nulo —e incluso, en algunos casos, inexistente.

⁹ Esa es también la solución legislativa. El artículo 136, 2ª parte, de la ley de contabilidad, dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional,” principio éste congruente con la norma constitucional. En igual sentido, PTN, *Dictámenes*, 66: 231 y 255; 70: 103.

¹⁰ DIEZ, *op. cit.*, p. 174 y ss. Sin embargo, no lo creemos acertado desde el punto de vista práctico, y por ello proponemos desde la ciencia de la administración, que se modifique la orientación legislativa al respecto. Ver nuestro artículo “Descentralización y delegación de autoridad,” *cit.*, p. 32 y ss.; otros argumentos en favor de la delegación, en FRANCHINI, *op. cit.*, p. 20 y ss.

¹¹ Por ejemplo la ley 16.432, art. 36, dispone: “El presidente de la Nación podrá delegar en los señores ministros o secretarios de Estado de la respectiva jurisdicción la resolución y firma de los siguientes asuntos...” En ese caso la delegación es a órganos determinados. Más amplia es en cambio la ley 13.064 de obras públicas, cuyo art. 2º expresa: “Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegadas por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado.” Otros ejemplos: Ley 13.906, art. 1º; ley 14.777, art. 26; decreto-ley 3.491/58, art. 80.

¹² Comp. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 429, quien entiende que el vicio es anulabilidad en todos los casos, “por la apariencia jurídica que la delegación produjo;” pero el argumento es, como se advierte, contradictorio. La apariencia de legitimidad lleva a la validez, no a la anulabilidad. Conf. JEZE, GASTÓN, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, 1949, pp. 350-1.

b) *Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida* (por descentralización o delegación) pero el órgano se excede de la misma.¹³

En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: a) Aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; B) aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior. (Lo que se denomina “avocación.”)

En tales casos el acto es anulable,¹⁴ aunque en hipótesis de gravedad puede llegar a ser nulo.¹⁵

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero “ad referendum” de la autoridad competente, estamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efectos jurídicos hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.¹⁶ En este caso el órgano inferior no ha tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos, y por ello no puede hablarse de acto administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importa pues convalidación ni aprobación, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.

4. Dentro de los vicios de incompetencia corresponde referirse ahora a la competencia en razón de la materia.

2º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA se refiere a las actividades o tareas que debe desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlas. Pueden presentarse varias hipótesis de incompetencia en razón de la materia:¹⁷

a) *Incompetencia respecto a materias judiciales*: Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por los órganos de justicia, como por ejemplo la decisión de declarar caduca la venta de determinadas tierras fiscales, dejando sin efecto las respectivas transmisiones de dominio, y mandando tomar razón de ello en el Registro de la Propiedad,¹⁸ o la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,¹⁹ casos en los cuales el acto es nulo; pero en varios supuestos el acto puede ser considerado inexistente.

¹³ Aquí corresponde incluir también el caso en que el órgano se excede de una competencia ilegítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

¹⁴ Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 57: 274; 69: 253: El acto es “... susceptible de una ratificación por parte de la autoridad competente para haberlo dictado;” BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 124; Ley española de procedimiento administrativo, art. 53, inc. 2º; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Justicia Administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 70: 178: El Presidente de la Junta Nacional de Granos dicta actos de competencia de la Junta misma. (El acto es nulo.)

¹⁶ CSJN, *Mallet v. Provincia de Mendoza*, 1922, *JA*, 8: 8; CSJN, *Anselmo Gómez c/ Provincia de Buenos Aires*, 1914, *Fallos*, 120: 57; PTN, *Dictámenes*, 80: 71.

¹⁷ Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 433.

¹⁸ CSJN, *Los Lagos S.A.*, *Fallos*, 190: 142; 214: 384, etc.

¹⁹ CSJN, *Fernández Arias*, 1960, *Fallos*, 247: 646. Aquí se aplicó la garantía de la defensa en juicio en cuanto a la falta de un “tribunal imparcial,” y no de la audiencia del interesado.

b) *Incompetencia respecto a materias legislativas*: Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria;²⁰ venta de inmuebles del Estado sin ley que lo autorice; otorgamiento de una concesión de servicios públicos —que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal,²¹ etc. En todos los casos el acto es nulo²² y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse la hipótesis de inexistencia,²³ salvo casos aberrantes.²⁴

c) *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*. Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Industria y Comercio adoptada por el Ministerio de Economía; un Decreto del Poder Ejecutivo nacional en materia municipal para la Capital Federal, etc.; si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable.²⁵

d) *Incompetencia respecto a materias administrativas que no tienen otros órganos*, en el sentido de ejercicio de atribuciones de índole administrativa que no le han sido conferidas al órgano que la ejerce ni a otros órganos de la administración: El acto es nulo,²⁶ pues la gravedad del vicio de incompetencia es mayor y más injustificable en este caso que en el anterior. En el caso c), si bien hay incompetencia, por lo menos había una norma legal que autorizaba a un órgano administrativo a decidir; aquí en cambio ningún órgano administrativo hubiera podido adoptar esa decisión. Ejemplos: Si el Poder Ejecutivo indulta una pena dictada a raíz de acusación por la Cámara de Diputados (juicio político); si ejerce los derechos de patronato con referencia a iglesias distintas de la católica, etc.

5. También dentro de los vicios de incompetencia, cabe recordar la competencia en razón del territorio: Es el tercer subcaso.

3º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función.

El principal caso a considerar aquí es aquel en que el Poder Ejecutivo nacional adopta decisiones para todo el territorio de la República en materias que son de

²⁰ CSJN, *J. F. López c/ Prov. de Santa Fe*, 1869, *Fallos*, 7: 19; *Bossio*, 1900, 82: 280; *Cordeiro*, 1919, 129: 184.

²¹ CSJN, *Pessina v. Provincia de Tucumán*, 1927, *JA*, 24: 9 y ss.

²² CSJN, *Chinichi Hnos. v. Provincia de Córdoba*, 1921, *JA*, 7: 514; *supra*, nota 21; PTN, *Dic-támenes*, 69: 235.

²³ Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias; ver al respecto nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 56 y ss.

²⁴ Por ejemplo, creación de delitos, penas, etc.

²⁵ Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp., en cambio, GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 116, quien parece indicar que la incompetencia en razón de la materia es siempre causal de nulidad; a diferencia de la incompetencia en razón de la jerarquía, que lo sería siempre de anulabilidad.

²⁶ Y aquí también, debe tenerse en cuenta que en ciertas hipótesis de especial gravedad el acto puede llegar a ser inexistente.

índole local: En tal caso la disposición es nula,²⁷ y conviene recordar que en esto nada tiene que ver el “poder de policía,” pues él es un principio carente de toda justificación jurídica y completamente amorfo.²⁸ También será nulo el decreto del Poder Ejecutivo por el que se indulte un delito sujeto a jurisdicción provincial; el veto de una ley provincial; la convocatoria a sesiones extraordinarias de una legislatura provincial, etc.

4º) LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TIEMPO, por último, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Son así nulos el veto extemporáneo de una ley, el nombramiento que el Presidente haga por sí sólo de oficiales superiores del Ejército y la Armada *no estando en el campo de batalla* (art. 86, inc. 16º), la declaración de estado de sitio por conmoción interior *estando reunido el Congreso* (art. 86, inc. 19º), etc.²⁹

III. Voluntad

6. El concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con total prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo.

Hablar de “voluntad” en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta voluntad en su sentido teleológico), pero a falta de un término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear a éste; recalcando entonces, con FORSTHOFF, que su utilización constituye nada más que una “*façon de parler*.”³⁰

¿Qué entendemos comprender entonces dentro del concepto de voluntad que se emplea en cuanto elemento del acto administrativo? A nuestro juicio, trátase del *proceso objetivo* a través del cual uno o varios *individuos humanos* producen o aportan las *partes intelectivas* de una *declaración* realizada en ejercicio de la función administrativa.

La “voluntad” administrativa es pues el concurso de elementos *subjetivos* (los individuos que actúan) y *objetivos*. (El proceso en que actúan, y las partes intelectuales —eidéticas— que aportan a la declaración.) Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente

²⁷Aquí también es de aplicación lo dicho *supra*, nota 26.

²⁸ Para una crítica metódica, ver GORDILLO, A., “La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 227 y ss.

²⁹ Reiteramos la salvedad contenida en la nota 26. Como posible ejemplo de inexistencia del acto, por incompetencia en razón del tiempo, ver *infra*, n° 9, apartado e, *in fine*, p. EAA-IV-15.

³⁰ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 289.

considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración; de allí que los vicios de la voluntad se dividan aquí en a) vicios de índole objetiva, b) vicios de índole subjetiva.

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

A) Vicios de tipo objetivo en la voluntad administrativa

7. Dentro de los vicios objetivos de la voluntad comprendemos tres hipótesis fundamentales: 1º) Vicios en el origen de la voluntad, 2º) vicios en la preparación de la voluntad, 3º) vicios en la formación de la voluntad.

1º) *Vicios en el origen de la voluntad.* La voluntad administrativa está viciada en su origen, total o parcialmente, cuando procede de un usurpador o de un funcionario de hecho.

a) *Funcionario de hecho* es el que ocupa un cargo con nombramiento irregular (por algún vicio en el acto de nombramiento: Que el designado no reúna las condiciones exigidas por la ley; o que el acto mismo tenga vicios de forma, competencia, etc.); o estando suspendido en sus funciones; o habiendo caducado su nombramiento, etc. Se caracteriza porque ejerce la función bajo apariencia de legitimidad, “*under color of title.*”³¹ Sus actos son válidos, si los administrados actuaron de buena fe;³² cuando los administrados que reciben los efectos del acto no han actuado de buena fe (es decir, conocían la irregularidad del nombramiento), el acto es anulable.³³

b) *Usurpador* es el que asume la función sin título alguno regular o irregular, y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son en principio inexistentes;³⁴ pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos: Si se trata de una revolución triunfante que se afirma en los hechos y ejerce plenamente las funciones del gobierno derrocado, su investidura puede llegar a ser *admisibile*³⁵

³¹ CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la Doctrina de Facto*, t. I, Buenos Aires, 1945, p. 47, señala tres requisitos para que una persona pueda ser reconocida como funcionario *de facto*: 1º) El cargo que ocupe debe tener una existencia *de jure*, 2º) debe estar realmente en posesión del mismo, 3º) debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad. JÉZE por su parte habla de “*que la investidura sea admisibile (plausible.)*” (*Op. cit.*, p. 325.)

³² CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 465 y ss.; JÉZE, *op. cit.*, p. 347.

³³ Comp. CONSTANTINEAU, *op. cit.*, t. II, p. 470 y ss., que señala a estos casos como de nulidad. A nuestro juicio puede incluso haber validez.

³⁴ JÉZE, *op. cit.*, p. 336.

³⁵ Respecto a la posibilidad de que un usurpador se transforme, por circunstancias de hecho, en funcionario de facto, ver JÉZE, *op. cit.*, p. 330.

y con ello poder considerarse gobierno o funcionario de facto, con lo que sus actos serán válidos.³⁶ Si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo como totalmente imperante durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero que luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes;³⁷ si, finalmente se tratara de una corta y fracasada intentona revolucionaria, y en general de cualquier usurpación que no alcanza a modificar la normalidad institucional media, los actos son inexistentes; etc. La divergencia de soluciones deriva de que en cada caso es distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo actuante, y el poder material —esto es, el ejercicio efectivo de la función— de que en los hechos disponga.

8. 2º) *Vicios en la preparación de la voluntad.* Cuando la ley establece una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa, su incumplimiento vicia dicha voluntad. A título enunciativo analizaremos los siguientes casos:

a) *Defensa en juicio.* La garantía de la defensa en juicio es desde luego aplicable al procedimiento administrativo.³⁸ Cuando no se han respetado los principios fundamentales de la misma y especialmente “el derecho de ser oído con ataque y defensa, y de oír lo que alegan los adversarios” (DYROFF),³⁹ y de producir la prueba de descargo de que el interesado quiera valerse,⁴⁰ no se ha “preparado” la voluntad en la forma prevista por el orden jurídico. En el caso se ha considerado a veces que el acto es anulable⁴¹ y otras nulo.⁴² Nosotros nos inclinamos por la segunda solución, en todos los casos: Ello se funda en la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional,⁴³ cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los demás derechos individuales;

³⁶ En esta solución por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos-leyes: CSJN, *Fallos*, 240: 96 (1958); 243: 265 (1959); también PTN, *Dictámenes*, 65: 13.

³⁷ Ver CSJN, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, sobre derechos de importación pagados a los rebeldes, durante su dominio*, 1868, *Fallos*, 5: 155, en que se declaró que cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación, y los ciudadanos “quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,” no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado; o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder: Luego, el gobierno de jure no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.

³⁸ Ver GORDILLO, A., “La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, nº 2, Buenos Aires, 1961, p. 43 y ss.

³⁹ DYROFF, citado por FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁰ V. GORDILLO, A., “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” en *Revista de Administración Pública*, nº 1, Buenos Aires, 1961, p. 45 y ss., donde nos referimos a la oportunidad de abrir a prueba el expediente.

⁴¹ CSJN, *Fallos*, 212: 546; 218: 535; 222: 117; PTN, *Dictámenes*, 73: 30; 57: 215.

⁴² CSJN, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique Campagno*, 1944, *Fallos*, 198: 78, excelente fallo; 192: 308; comparar los últimos fallos que citamos en “La vista de las actuaciones...” *op. cit.*, p. 44; 214: 624; 247: 161. PTN, *Dictámenes*, 71: 137 bis; Decreto 4.317/59, aplicado ese principio en un caso concreto.

⁴³ Sobre ello ver nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, p. 53.

y además, es una razón práctica: El único modo de que un funcionario público que ha desconocido esta garantía constitucional aprenda a respetarla y seguirla en el futuro, es restituyendo las cosas a su estado anterior y obligando al mismo funcionario a tramitar y resolver nuevamente la cuestión, esta vez con el debido respeto a los derechos del individuo. La experiencia demuestra que el criterio de considerar que el vicio de violación del derecho de defensa origina tan sólo la anulabilidad del acto, desemboca inevitablemente en que nunca ese derecho es efectivamente respetado en las jerarquías inferiores e intermedias de la administración: Sólo las etapas superiores dan al administrado oportunidad de defenderse, y dado que ello se considera a veces suficiente para subsanar el vicio cometido por las etapas inferiores, éstas nunca se enteran de que deben respetar esa norma constitucional.

b) *Licitación Pública*. Cuando la ley exige la realización de una licitación pública antes de dictar un acto determinado, el incumplimiento directo o indirecto (por ejemplo, una licitación viciada) de dicho requisito hace que el acto sea nulo.⁴⁴

c) *Concurso*. Cuando la ley exige que se realice un concurso antes de adoptar una decisión, el acto dictado sin el cumplimiento previo del mismo es, por iguales razones, nulo. Ejemplos: Designaciones en la función pública,⁴⁵ otorgamiento de becas, premios, etc.

d) *Dictamen o trámite sustancial*. Cuando la ley exige algún trámite o consulta sustancial, como por ejemplo el dictamen de la Junta de Disciplina para la aplicación de sanciones disciplinarias en la Administración Pública nacional,⁴⁶ el acto dictado sin haberse cumplido ese requisito es nulo.⁴⁷

“Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por la legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades.”⁴⁸

En este aspecto entendemos que la omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos en la decisión de un recurso administrativo, vicia también de nulidad dicha resolución.

⁴⁴ CSJN, *Schmidt*, 1937, *Fallos*, 179: 249; 144: 255, *Di Leo*, 1925; 137: 383, *Bidondo*, 1923; 95: 33, *Villegas*, 1902; aunque estos precedentes no son actualmente *holding* en lo que atañe a las características que asignaron a la nulidad: Allí era “nulidad absoluta y manifiesta,” en el estricto sentido del Código Civil, lo que luego como ya vimos se abandonó en el caso *Los Lagos*. BIELSA, *op. cit.*, p. 125; BOSCH, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵ “Escalaforon para el personal civil de la Administración Pública,” puntos 15 y ss., según decretos 9.530/58, 11.941/59 y 6.590/60.

⁴⁶ Art. 44, decreto-ley 6.666/57; art. 64, ley de servicio exterior de la Nación, n° 12.951.

⁴⁷ CNFed CA, caso *De la Torre Peña*, en *LL*, 93: 496; ídem, caso *Eснаоla*, *LL*, 91: 612; PTN, *Dictámenes*, 76: 175.

⁴⁸ ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, p. 224; ODENT, R., *Contentieux Administratif*, t. III, París, 1958, p. 808-9.

9. 3º) *Vicios en la formación de la voluntad*. Se refiere a los vicios específicamente ocurridos durante el proceso mismo de la emanación de la voluntad administrativa que da vida al acto.

Deben considerarse varios casos:

a) *Actos simples dictados por órganos colegiados*. En los órganos colegiados, la voluntad emana de un órgano único constituido por varios individuos (Concejo Deliberante, Consejo Directivo, Asamblea, etc.) y son requisitos de la formación de la misma el que haya *sesión* (en cuanto reunión formal), *quórum* (numero legal para que el órgano pueda considerarse reunido) y *deliberación*. (Oportunidad de los miembros para hablar.)⁴⁹ La ausencia o irregularidad de alguno de estos requisitos vicia el acto; y la consecuencia a aplicar depende enteramente de la importancia que la irregularidad tenga en el caso concreto. La falta de quórum determina siempre la nulidad del acto, y lo mismo puede decirse de la falta de sesión —que incluso puede dar lugar a la inexistencia—;⁵⁰ la falta de deliberación en cambio lo haría tan sólo anulable.

b) *Actos complejos*. Estos actos, que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos de la administración,⁵¹ constituyen un acto único: Por ello la ausencia o vicio de una de las voluntades que concurren al acto lo vicia en su totalidad.⁵² Este principio general tiene muchas variantes, según veremos a continuación.

A) Si la voluntad viciada de nulidad es la del órgano que tiene una voluntad jurídicamente prevalente en el acto complejo,⁵³ entonces el acto será nulo. (En la hipótesis, la nulidad de la voluntad del Presidente de la Nación hace nulo el Decreto del Poder Ejecutivo.) B) Si las voluntades que concurren al acto complejo son iguales —por ejemplo, los casos en que el Poder Ejecutivo dicta actos con acuerdo del Senado,⁵⁴ art. 86, incisos 5º, 9º, 10, 16 y 19, C.N.—, la nulidad o inexistencia de una de esas voluntades (cualquiera de ellas) acarrea también la nulidad o inexistencia, según el caso, del acto complejo. C) Si, por fin, una de las voluntades que concurren al acto complejo tiene en cambio un cierto carácter

⁴⁹ El hecho de que nadie quiera hacer uso de la palabra, desde luego, no vicia el acto, si existió la oportunidad comentada; pero en cambio, si no se abre el tema al debate y se vota directamente, habría un vicio en el acto: Anulabilidad.

⁵⁰ Por ejemplo una decisión adoptada por los miembros de un Consejo Deliberante o un Consejo Directivo al término de una cena de camaradería.

⁵¹ A diferencia de los actos simples, que emanan de un solo órgano, sea éste individual o colegiado. Ejemplo de acto complejo: Un Decreto del Poder Ejecutivo, que se forma por el concurso de la voluntad del Presidente de la Nación y el Ministro del ramo.

⁵² DIEZ, *op. cit.*, p. 124 y ss.

⁵³ DIEZ, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁴ Desde luego, los nombramientos con acuerdo del Senado son actos *administrativos* complejos, y no actos legislativos. Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 70: 57; lo que corrobora nuestra tesis acerca del concepto de “función administrativa” y de “acto administrativo.” *supra*, cap. II, n° 6 al 14.

accesorio, y está sometida a otra voluntad principal, entonces su nulidad puede significar, a nuestro criterio, tan solo la *anulabilidad* del acto complejo. (Así, por ejemplo, la nulidad de la voluntad del Ministerio determinaría la anulabilidad del Decreto del Poder Ejecutivo.)

A) A su vez, si el vicio de la voluntad preponderante es uno de los que por sí mismo, si el acto fuera simple y no complejo, sólo daría lugar a la anulabilidad del acto simple, el acto complejo sería igualmente anulable. (Por ejemplo error, desviación de poder, etc. del Presidente.) B) Igualmente, si el acto complejo presenta dos voluntades iguales, entonces el vicio de anulabilidad de alguna de ellas se traslada con sus mismas consecuencias al acto complejo mismo. (Por ejemplo, si el acuerdo del Senado se produce sin haber permitido la deliberación, el acto de nombramiento sería anulable.) C) Pero si la voluntad que sufre un vicio de los que originan la anulabilidad es tan sólo la voluntad accesoria del acto complejo, parecería entonces, creemos, que ese vicio no afecta la validez del acto. (Por ejemplo, un error o desviación de poder en que haya incurrido el Ministro del ramo no afectaría la validez del Decreto del Poder Ejecutivo.)

c) *Actos que requieren autorización.* Cuando la ley exige que antes de dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización de otro órgano (por ejemplo, las leyes orgánicas de las entidades autárquicas a veces las obligan a pedir autorización del Poder Ejecutivo para vender inmuebles o para realizar ciertas contrataciones), el acto dictado sin esa autorización previa es nulo,⁵⁵ y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización *a posteriori*.⁵⁶ Admitir la posibilidad de confirmación del acto mediante una autorización tardía implica desvirtuar el sentido de la exigencia legal, transformándola indebidamente en un especie de aprobación. Lo que la ley exige es la *autorización previa* al acto, y ese vicio no puede racionalmente *subsanarse* si *el acto ha sido ya dictado*. Para corregir ese vicio debe darse una autorización para dictar el acto, y entonces, con posterioridad a la misma, producirlo: Pero ello significa que deberá dictarse un acto nuevo; o sea, que el acto primero, dictado sin autorización, es en sí mismo inconfirmable.

d) *Actos que requieren aprobación.* El acto que debe ser aprobado con posterioridad a su emisión por otra autoridad es válido, pero no ejecutivo, mientras dicha aprobación no se produce; es decir, no puede mientras tanto producir efectos jurídicos. Si dicho acto no aprobado es ejecutado a pesar de ello, los actos de ejecución son nulos.

⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 69: 221.

⁵⁶ En contra, PTN, *Dictámenes*, 50: 173; D'ALESSIO, E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1939, 2ª ed., p. 226; LENTINI, ARTURO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1939, p. 226; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, por su parte, se expresa en el sentido indicado en el texto, pero admite que en la práctica ocurra lo contrario.

La solución es firme en el sentido de que "...faltando la aprobación el acto administrativo carece de eficacia y no tiene fuerza ejecutoria,"⁵⁷ y no puede generar derechos subjetivos a favor de los particulares,⁵⁸ ni tampoco, desde luego, obligaciones. La misma solución se aplica cuando se trata de un acto del Poder Ejecutivo que debe ser aprobado por el Congreso.⁵⁹

Por lo demás, el acto de aprobación es por definición posterior al acto que debe producir los efectos, y por ello no puede acordarse por anticipado respecto de actos futuros.⁶⁰

Según la doctrina dominante, la aprobación es declarativa, y por ello los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto originario, y no desde la del acto de aprobación.⁶¹ No compartimos, sin embargo, esa doctrina, porque entendemos que acto administrativo es el que "de suyo" produce efectos jurídicos. Dado que el acto no aprobado no produce todavía efectos jurídicos, él no constituye un acto administrativo: La aprobación viene a perfeccionar el acto y por ello no puede diferenciarse en cuanto a sus efectos del acuerdo de voluntades o cualquier otro tipo de actos en el que intervienen más de una voluntad. Entendemos por tanto que la aprobación es constitutiva, y que los efectos deben producirse sólo a partir de la misma. Con todo, ello no significa que estemos ante un acto complejo: Se trata simplemente de que la ley exige la intervención consecutiva de dos voluntades con el fin de que se puede producir un efecto jurídico; no hay acto complejo porque las voluntades no se funden en un mismo fin, sino que tienen distintas orientaciones y finalidad;⁶² pero ello no quita que el efecto se produce sólo por el concurso de las dos voluntades, con lo que él viene a nacer recién cuando ese evento se produce, y sólo para el futuro.

Por lo demás, en un caso que alguna similitud guarda con el presente se ha arribado a igual solución: La *publicación* de un acto, que lo hace eficaz y ejecutivo, no produce efectos retroactivos sino constitutivos; por lo tanto, el principio debe ser el mismo en el caso del acto sujeto a aprobación: *Eadem ratio, idem jus*.

En el tema de la "aprobación" es necesario también referirse a lo siguiente: Para que ella exista en el sentido estricto del término se requiere que el órgano que dicta el acto originario sujeto a aprobación, tenga competencia para dictarlo; si éste carecía de tal competencia, y dicta un mero acto preparatorio, "ad refe-

⁵⁷ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; 52: 521; 75: 243. No nos parece acertado, con todo, el empleo del término "acto administrativo," según se verá más abajo.

⁵⁸ PTN, *Dictámenes*, 70: 127.

⁵⁹ CSJN, *Honoré y Bowen*, 1887, *Fallos*, 31: 307; 120: 57, *Anselmo Gómez*, 1914; y *JA*, *Mallet*, 1922, 8: 8; Sup. Trib. Sta. Fe, en *JA*, 75: 285, con nota de SPOTA; PTN, *Dictámenes*, 47:1.

⁶⁰ PTN, *Dictámenes*, 47: 1; D'ALESSIO, *op. cit.*, t. II, Turín, 1943, p. 169; FORTI, UGO, *Diritto amministrativo*, vol. II, Nápoles, 1937, pp. 149-50. Comp. HEREDIA, HORACIO H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 76.

⁶¹ PTN, *Dictámenes*, 52: 521; SANDULLI, ALDO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Padova, 1952, pp. 230, 241; BODDA, P., *Lezioni di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, pp. 122-4; DIEZ, *op. cit.*, p. 136.

⁶² Y el acto administrativo aprobado se imputa al ente que dicta el primer acto, no al que lo aprueba. V. SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 193.

réndum” del órgano competente, no hay en verdad una aprobación, sino un acto nuevo: Por ello, en este caso es opinión no controvertida que el acto no produce efectos retroactivos. Si, a su vez, el acto dictado por órgano incompetente no era “ad referéndum” sino que tendía a producir un efecto jurídico inmediato, puede haber un acto administrativo anulable, y la “aprobación” posterior del órgano competente es en realidad una convalidación que, entonces sí, puede operar como un saneamiento retroactivo del vicio. (Si es un vicio de incompetencia en razón del grado; no, en principio, si lo es en razón de la materia.)

e) *Actos sujetos a observación del Tribunal de Cuentas.*

De acuerdo al artículo 85 de la Ley de Contabilidad, son atribuciones del Tribunal de Cuentas “Analizar todos los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública y observarlos cuando contraríen o violen disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos.”

“A tales efectos, dichos actos, juntamente con los antecedentes que los determinen, deberían serles comunicados antes de entrar en ejecución.”

Los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública, pues, deben “serles comunicados (al Tribunal de Cuentas) antes de entrar en ejecución.” Como se advierte, la ley exige tan sólo la *comunicación* como requisito previo a la entrada en ejecución, y por ello el acto *comunicado* al Tribunal de Cuentas puede ya ser ejecutado, sin esperar el plazo de 60 días de que dispone el Tribunal para observarlo.

El “visto” del Tribunal de Cuentas se diferencia así de la “aprobación” en que en este caso el acto existe y produce sus efectos jurídicos antes de que el acto de contralor —el visto— se produzca. Por lo demás el visto del Tribunal de Cuentas sólo puede referirse a problemas de legitimidad en materia de disposición de fondos públicos, mientras que la aprobación permite controlar tanto la legitimidad como la oportunidad del acto.

Si el Tribunal da el visto bueno en forma expresa, o deja transcurrir el plazo de 60 días que la ley prevé sin hacer observación alguna (visto bueno tácito), queda eliminada esta especie de condición resolutoria a que estaba sujeto el acto, el cual queda en consecuencia totalmente válido y eficaz desde la fecha de la comunicación. Desde luego, si el acto administrativo tiene en verdad algún vicio, el visto bueno expreso o tácito del Tribunal de Cuentas no opera en modo alguno como convalidación y, en su caso, la autoridad administrativa o judicial podrán anularlo si así corresponde de acuerdo a los principios generales en materia de nulidades.

Si, en cambio, el Tribunal de Cuentas observa formalmente el acto dentro del plazo legal, éste pierde su ejecutividad⁶³ y por lo tanto no obliga a los particulares

⁶³ CSJN, *Salazar*, 1940, *Fallos*, 187: 483; 187: 655, *Feilberg*, 1940; 229: 320, *Waldorp*, 1954; Decreto 9.613/59, B. O. 12-VIII-1959, aplicando esa solución en un caso concreto; PTN, *Dictámenes*,

ni a la administración, la que puede revocarlo sin incurrir en responsabilidad alguna,⁶⁴ ya que no le alcanza la cosa juzgada administrativa.⁶⁵ Ello se funda en la disposición del artículo 87 de la Ley de Contabilidad, según el cual “Las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serán comunicadas al organismo de origen y suspenderán el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada.” El acto observado, en consecuencia, pierde así sus eficacia, pero no su validez; esto, desde luego, independientemente de que el acto observado tenga efectivamente un vicio, pues en tal caso su vicio existe con prescindencia de que el Tribunal de Cuentas lo haya observado o no. Por lo tanto, la “observación” en sí sólo hace perder ejecutividad al acto; la invalidez del mismo depende del vicio intrínseco que tenga, y no de la declaración que de él haga el Tribunal de Cuentas.

Por aplicación de los principios generales, si la administración ejecutara el acto observado, está cometiendo un hecho irregular, y los actos de ejecución serán anulables. (V. *infra*, f.)

En caso de que el acto de observación efectuado por el Tribunal de Cuentas adolezca de algún vicio que acarree la anulabilidad o la nulidad del mismo, es de destacar que a pesar de todo la observación tiene presunción de legitimidad y produce sus efectos jurídicos propios de suspender el cumplimiento del acto observado: Ello, por aplicación de los principios generales en materia de actos administrativos viciados. (*Supra*, cap. III.) Sólo en caso de *inexistencia* podría decirse que la observación del Tribunal de Cuentas no produce su efecto propio de suspender el acto observado. Entendemos que un caso típico de *inexistencia* sería en este caso una observación efectuada indiscutiblemente fuera del término legal; si en cambio, faltaran algunos de los miembros del Tribunal, y uno de ellos ejerciera *de facto* la facultad de observación (durante el período legal), podría en cambio estarse en la hipótesis de existencia, y por lo tanto presunción de legitimidad.

f) *Actos observados por el Tribunal de Cuentas, sujetos a insistencia del Poder Ejecutivo.*

El artículo 87 de la ley establece que en caso de observación por el Tribunal de Cuentas, “El Poder Ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá insistir en el cumplimiento de los actos observados por el Tribunal de Cuentas.” Y más adelante agrega: “En jurisdicción de los poderes Legislativo y Judicial, la insistencia será dictada por el presidente de la respectiva cámara o por el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente.”⁶⁶

70: 127, y otros.

⁶⁴ Fallos citados en nota 63.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Esta norma indica que para la ley de contabilidad la actividad administrativa de órganos legislativos o judiciales se rige enteramente por el derecho administrativo, como ya lo sostuvimos *supra*, cap. III.

Es necesario determinar qué efectos produce el acto de *insistencia*, que, desde luego, es un *acto administrativo* que se rige enteramente por los principios pertinentes, tanto en el caso de ser dictado por el Poder Ejecutivo como por el presidente de la Cámara de Diputados o de Senadores o por el presidente de la Corte Suprema; con lo que, una vez más, se demuestra la corrección del concepto de “acto administrativo” y de “función administrativa” que hemos ofrecido en disidencia con parte de la doctrina dominante.⁶⁷

Pues bien, dado que el acto observado *produjo desde su comunicación efectos jurídicos*, y que éstos fueron posteriormente (esto es, estando ya en vigencia el acto) suspendidos por la observación legal del Tribunal de Cuentas, la insistencia del Poder Ejecutivo⁶⁸ produce efectos *retroactivos* a la observación, y por consecuencia el acto se considerará válido y eficaz desde la comunicación al citado organismo.⁶⁹

Acá se justifica dicha solución, a diferencia de la idéntica que ofrece la doctrina en el caso del acto sujeto a *aprobación*, porque el acto insistido era ya un acto administrativo antes de la insistencia, sólo que estaba momentáneamente paralizado en sus efectos —o sea, “suspendido”. En el caso del acto sujeto a aprobación, en cambio, dicho acto no había producido nunca efectos jurídicos inmediatos; de allí que a nuestro criterio no se justifique considerar retroactivo al acto de aprobación, según dijimos.

Si el acto de insistencia tuviera a su vez algún vicio, son de aplicación analógica los principios en materia de acto complejo igual (*supra*, n° 9, apart. b), y por lo tanto un vicio de nulidad o anulabilidad en la insistencia vicia el todo del acto insistido. No obstante, en tales casos el acto deberá ejecutarse, porque según ya explicamos el vicio de nulidad no destruye en nuestra jurisprudencia la presunción de legitimidad y ejecutividad del acto administrativo. En cambio, si el acto de insistencia pudiera considerarse inexistente, entonces no podrá tener fuerza jurídica el acto insistido.

10. Terminamos así con el análisis de los vicios del acto administrativo que se pueden producir durante la *formación de la voluntad*, dentro de los vicios de tipo *objetivo* de la misma.

Nos referimos a continuación a los vicios *de tipo subjetivo* —que, repetimos, no son intrínseca y necesariamente psicológicos—, entre los que se cuentan 1°) la desviación de poder, 2°) arbitrariedad, 3°) error, 4°) dolo, violencia.

B) *Vicios de tipo subjetivo*

11. 1°) *Desviación de poder*. Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. Este vicio del acto

⁶⁷ Ver *supra*, cap. II, n° 6 al 14, p. EAA-II-3 y ss.

⁶⁸ O en su caso del presidente de la Corte Suprema o de las cámaras legislativas.

⁶⁹ Conf., *dictum* en los dictámenes de la Procuración del Tesoro, 74: 322: “...la sola insistencia del Poder Ejecutivo... hace recuperar eficacia jurídica a dichos actos...”

administrativo es aceptado y aplicado en Francia, pero su vigencia en el derecho administrativo argentino es motivo de dudas. Puede afirmarse en principio que este vicio (es decir, el considerar que la desviación de poder sea un vicio del acto administrativo) no es aceptado y aplicado con uniformidad *en la practica*, en materia de actos administrativos; pero que hay tendencias y antecedentes jurisprudenciales fuertes en pro de su aceptación como regla.

En cuanto al fundamento que existe en el derecho argentino para considerar viciado un acto con desviación de poder, él reside en que cuando las leyes tienen una finalidad que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad. Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que el funcionario tiene la facultad que le confiere la ley restringida y orientada al cumplimiento de la finalidad de la misma.⁷⁰

En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica: El administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino con la finalidad prevista por ella.⁷¹

Entre los antecedentes acerca de la aplicación de este principio el más fuerte es el fallo de la Sala en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional Federal de la Capital, en la causa *De La Torre, José Alejandro*,⁷² en el que se dijo que las circunstancias del caso producían “el convencimiento de que, bajo la apariencia de una separación por la vía del art. 13 de la ley 14.794, se ha encubierto una verdadera cesantía de las que dan lugar al recurso organizado por los arts. 24 y 25 del decreto ley 6.666/57,” lo que, unido a que tampoco como cesantía el acto sería legítimo, se lo anulara.

También la Procuración del Tesoro ha dicho, en sentido similar, que “Es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de las facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquellas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad.” “El carácter legal de una atribución, de una facultad, y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si

⁷⁰ Conf. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*, p. 81 y ss.; aunque este autor hace un planteo más amplio e incluye a la desviación de poder dentro de la arbitrariedad. En igual sentido que LINARES: BIRDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss, especialmente p. 347. Admite la desviación de poder, aunque vinculándola con la causa, FIORINI, BAROLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1952, p. 110 y ss.; en igual sentido DIEZ, *op. cit.*, p. 405. Por su parte BOSCH, JORGE T., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 150 y ss., demuestra la constitucionalidad de este tipo de contralor. Ver también GORDILLO, A., “La desviación de poder en el derecho argentino,” artículo citado, *RAP*, 2, 93 y ss.

⁶⁸ Ídem .

⁷² En *RAP*, n° 2, Buenos Aires, 1961, pp. 96-7, con nuestra nota.

hay substratum de arbitrariedad..., desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”⁷³

Por último, la Corte Suprema en un reiterado *dictum* afirma que los actos dictados en virtud del estado de sitio serán inválidos “...cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los *finés* del art. 23. Tal lo que sucedería, por ejemplo, si hoy y con invocación de la ley 14.785⁷⁴ se impidiera a un extranjero el ejercicio del derecho a testar o a casarse conforme a las leyes, reconocido por el art. 20 de la Constitución Nacional.”⁷⁵

El principio de la desviación de poder encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta:⁷⁶

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

b) *el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a una tercero o grupo de terceros*: Ello ocurre cuando, también aquí sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

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

12. 2º) *Arbitrariedad*.⁷⁷ La arbitrariedad en cuanto vicio que hace antijurídico a un acto (o dicho de otra forma, la exigencia de la razonabilidad para que un acto sea jurídico) es una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema aplicable a

⁷³ PTN, *Dictámenes*, 51: 91; también 64: 114.

⁷⁴ El tribunal se refiere aquí a la ley que declaró el estado de sitio, en la oportunidad del fallo.

⁷⁵ CSJN, *Sofía*, 1959, *Fallos*, 243: 504. El subrayado es nuestro.

⁷⁶ Para otros aspectos de la aplicación del principio, ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 373 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 444 y ss.; GORDILLO, *Introducción, op. cit.*, p. 79.

⁷⁷ La primera parte de este apartado fue publicada, con ligeras variantes, bajo el título “El acto administrativo arbitrario,” en la *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1962, n° 6.

las sentencias judiciales.⁷⁸ Se dice que las mismas son “sentencias arbitrarias” y con ello constitucionalmente nulas por violación de la garantía de la defensa en juicio, cuando a) deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas, o b) prescinden de los hechos probados, o se fundan en hechos no probados, o c) prescinden de fundar en derecho la decisión adoptada.⁷⁹

La Corte Suprema señala que esos principios son de índole constitucional y forman parte de la garantía de la defensa en juicio; y puesto que la garantía de la defensa en juicio es aplicable enteramente al procedimiento administrativo, se sigue que corresponde extender esos principios al acto administrativo. Por lo demás es sabido que también las leyes deben ser *razonables* para ser constitucionales; y dado entonces que es una “Ley *razonable*... lo que debe servir de fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la administración,”⁸⁰ se concluye también que el acto administrativo está igualmente sometido a través de la ley que ejecuta al principio supremo de la razonabilidad.⁸¹

Con todo, y para no inducir en error al lector, debemos apresurarnos a destacar que esta aplicación al acto administrativo del principio de la razonabilidad (o sea, la prohibición jurídica de que el acto sea arbitrario) es un desideratum de la doctrina, que si bien cuenta con cada vez más fuertes antecedentes jurisprudenciales, no es todavía, en nuestro sentir, un principio plenamente vigente en la práctica; concretamente: No hay todavía una jurisprudencia orgánica que permita declarar con certeza que todos los principios que nacen de la razonabilidad se apliquen a los actos administrativos en forma íntegra y efectiva.

Pero, va de suyo que los mismos argumentos que existen para aplicarlos en el orden judicial o legislativo militan para hacerlo en lo administrativo; y hay ya fallos que constituyen una firme orientación en el sentido indicado, y que establecen incluso expresamente la aplicabilidad de la doctrina sobre “arbitrariedad” (o a la inversa, sobre “razonabilidad”) al acto administrativo.

⁷⁸ El principio de la razonabilidad es también aplicable a las leyes; pero lo que fundamentalmente interesa con respecto a los actos administrativos en sentido estricto es lo referente a las sentencias, porque su similar naturaleza formal —acto concreto de aplicación del derecho— justifica la aplicación analógica de los respectivos principios y caracteres del requisito de la razonabilidad.

⁷⁹ Ver CARRIÓ, GENARO, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959-IV, p. 85 y ss.; FIORINI, BAROLOMÉ, “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales,” en *LL*, 88: 921; YMAZ, ESTEBAN, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *LL*, 67: 741; STROHM, ERICH, “Sentencias inconstitucionales” en *JA*, 1954-III, p. 12, s. doc.; DASSEN, JULIO, “Algunas consideraciones sobre las sentencias arbitrarias,” en *JA*, 26-III-1962; y las referencias contenidas en el libro de YMAZ y REY, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1943; e ídem, actualizado por REY y PALACIO, LINO, Buenos Aires, 1962.

⁸⁰ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 114. Con este libro es LINARES, desde luego, el principal sostenedor de la aplicación del principio de la razonabilidad al acto administrativo.

⁸¹ En otro aspecto, LINARES funda también el principio de la razonabilidad del acto administrativo en el mismo criterio por él dado para la desviación de poder: Que la competencia es conferida al órgano sólo para que la ejerza de acuerdo a un principio rector de razonabilidad. *Op. cit.*, pp. 42 y ss., 115 y ss., 129 y ss.

En el caso *Reyes*, del año 1959,⁸² la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en efecto que “...sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 1º de esta sentencia,⁸³ los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio*. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo.”⁸⁴

Esa doctrina fue reiterada en el caso *Aldamiz*, del año 1960,⁸⁵ en el que se afirmó que “...no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación...”⁸⁶

El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano administrativo puede apreciar los hechos, ello “no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad pueda quedar exento de sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, aun al discrecional, para producir efectos jurídicos válidos.”

“Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible.”⁸⁷

13. Incluimos a la arbitrariedad como un vicio de tipo subjetivo de la voluntad en los actos administrativos, en atención a que la caracterización que se hace en los fallos es precisamente que el juez o el administrador ha prescindido de la sujeción a la ley y a la prueba, *fundándose en su sola voluntad* al adoptar la decisión.

Pero si bien el vicio es de tipo subjetivo —en cuanto el agente actúa por veleidat personal, por capricho— su apreciación es definitivamente objetiva, pues surge de que el funcionario se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho: Se aparta de la razón objetiva, de los hechos comprobados, etc.

⁸² CSJN, *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 25-IX-1959, *Fallos*, 244: 548.

⁸³ “...la denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de la defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece *prima facie*, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias.”

⁸⁴ Fallo cit., p. 554. El subrayado es nuestro.

⁸⁵ *Fallos*, 248: 625.

⁸⁶ Fallo citado 248: 627.

⁸⁷ *Ídem*, p. 625.

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

a) *Actos que omiten decidir* puntos comprendidos en el expediente, oportunamente propuestos por el recurrente o interesado, y que eran conducentes a la solución del caso.⁸⁸ El administrado tiene así, en nuestro concepto y por aplicación analógica del criterio jurisprudencial mencionado respecto a las sentencias arbitrarias, derecho a obtener una “consideración explícita”⁸⁹ de lo aducido, y el acto administrativo que no cumpla con este requisito será nulo.

b) *Decisiones que prescinden de los hechos* acreditados en el expediente, o se fundan en hechos o pruebas inexistentes,⁹⁰ o carecen de todos modos de una situación de hecho que los justifique.⁹¹ Este principio es también aplicable al acto administrativo, y si el mismo adolece del señalado vicio, fundándose en hechos no acreditados en las actuaciones o desconociendo hechos debidamente probados o de público conocimiento, es nulo. Cabe destacar que se comprenden también aquí los casos en que el administrador simplemente actúa sin que exista situación objetiva que en modo alguno justifique la decisión adoptada: O sea, cuando prescinde de que nada en la realidad justifica razonablemente su decisión.⁹²

Quedan así englobados dentro del concepto de arbitrariedad, en lo que hace al desconocimiento de los hechos reales, las hipótesis que la doctrina del derecho administrativo menciona como 1º) ausencia de causa, 2º) falsa causa, o 3º) ausencia de motivos.

1º) Ausencia de causa: Es cuando no hay una situación objetiva de hecho⁹³ que se encuentre en la base del acto.⁹⁴ Por ello, aunque la ley no prevea jurídicamente ninguna situación de hecho como causa necesaria de un acto en particular,⁹⁵ no por ello se destruye la necesidad de que exista una causa real.⁹⁶

⁸⁸ *Fallos*, 233: 213; 234: 307; 239: 320; 241: 405; 247: 111 y 560, etc.

⁸⁹ *Fallos*, 241: 405.

⁹⁰ *Fallos*, 235: 654; *JA*, 26-III-1962, con nota de JULIO DASSEN.

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

⁹² LINARES, *op. cit.*, p. 142, habla de la valoración y selección de las circunstancias del caso “para determinar cuál de ellas debe ser la rectora;” “Por supuesto que aquí cabe una razonable o una irrazonable operación estimativa;” en nuestro caso se trataría de una carencia de la misma valoración y selección de las circunstancias del caso.

⁹³ No comprendemos aquí, sino en la tercer hipótesis de arbitrariedad —la falta de fundamentación normativa— la “causa” en cuanto a situación objetiva *de derecho* de que habla por ejemplo VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Toulouse, 1934, p. 361 y ss.

⁹⁴ HAURIU, MAURICE, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., p. 435.

⁹⁵ O sea, cuando no hay una facultad reglada. Ver nuestra *Introducción al Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 72 y ss.

⁹⁶ Ver PRAT, JULIO A., *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 67 y sus referencias doctrinarias.

2º) Falsa causa, o sea cuando el agente administrativo expresa o implícitamente disfraza la inexistencia de la causa;⁹⁷ al igual que en el caso anterior, se trata de que prescinde de los hechos, o de la inexistencia de hechos reales, para fundar aparentemente la decisión en otros hechos que carecen de relevancia para el caso.

3º) Ausencia de motivos (*défaut de motif légal*), en cuanto hechos objetivos que fundamentan racionalmente la decisión; que la provocan, que son su razón de ser.⁹⁸

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

c) *Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria*⁹⁹ o *cometen un total e inexcusable error de derecho*.¹⁰⁰ Será nulo, en consecuencia, el acto administrativo que no esté seria y razonablemente fundamentado en el orden jurídico positivo; pero el simple error de derecho no constituye vicio de arbitrariedad.¹⁰¹ Comprendemos aquí los casos que en doctrina se han denominado 1º) ausencia

⁹⁷ VEDEL, *op. cit.*, p. 376.

⁹⁸ BONNARD, ROGER, artículo en *Revue de Droit Public*, París, 1923, p. 103; LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 208, 377 y ss.

⁹⁹ CSJN, *Jacobson c. Canaro*, 1959, *Fallos*, 244: 523, expone diáfananamente la doctrina de la Corte: "Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las resoluciones de los tribunales de justicia deben ser fundadas. En razón de su carácter de órganos de aplicación del derecho deben, en efecto, conformar sus decisiones a la ley y a la jurisprudencia y doctrina vinculadas con la especie del caso a decidir. Y ello debe resultar del razonamiento cumplido en el acto del juzgar, de tal modo que la decisión aparezca como derivación razonada del derecho vigente y no como producto de la voluntad individual del juez. *Fallos*, 234: 82; 236: 27, 156; y otros."

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

¹⁰⁰ Ver YMAZ, "Arbitrariedad y recurso extraordinario," artículo citado, p. 750. CARRIÓ clasifica estos vicios de la siguiente manera: a) Casos en que el juez prescinde conscientemente del orden jurídico, y se basa en consideraciones extrajurídicas; b) decisiones apoyadas en afirmaciones dogmáticas carentes a su vez de fundamento; c) decisiones que sin dar razones plausibles, prescinden del texto de la ley; d) decisiones que aplican un texto derogado; e) decisiones que dan como fundamento preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso, en sustitución de normas positivas inmediateamente aplicables. (*Op. loc. cit.*)

¹⁰¹ *Fallos*, 237: 74, 142, y otros.

de causa, en cuanto situación objetiva *de derecho* en la base del acto; 2º) la causa ilícita, en tanto que alegación de fundamentos jurídicos que no justifican el acto.

d) *Razonabilidad y proporcionalidad*. Corresponde agregar a esos tres supuestos de arbitrariedad, un caso intrínsecamente igual, que ha sido también aplicado por la jurisprudencia específicamente en relación a los actos administrativos.

Nos referimos al principio de que todos los actos estatales sin excepción están sometidos al control de razonabilidad en el siguiente aspecto: Que deben guardar una proporción adecuada entre los medios que emplean y el fin que la ley desea lograr; es decir, “que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.”¹⁰² No se trata de un caso más de desviación de poder,¹⁰³ pues el funcionario usa aquí del poder que le da la ley con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados: Sería por ejemplo el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación de un diario subversivo, dispusiera no sólo la clausura del periódico sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión y circulación (linotipistas, obreros, choferes, repartidores, canillitas, etc.); o que para preservar el orden en la Capital Federal, por ejemplo, ordenara la detención de todos los habitantes de la misma, etc.

14. Debe anotarse especialmente que en todos estos casos el vicio del acto habrá de encontrarse en el razonamiento que ha llevado al administrador a dictar el acto; y que, en igual sentido que en materia de desviación de poder, se prescinde de si su objeto es o no, en sí, violatorio de norma expresa alguna; el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa del orden jurídico, sino que ha llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe: Ha llegado a esa decisión por su pura voluntad, por capricho; no ha hecho un análisis razonado y razonable de los hechos y el derecho. Cuando el administrador, en cambio, aprecia razonablemente los hechos y funda seriamente y sin palmario e indubitable error de derecho el acto, el mismo no está viciado de arbitrariedad, aunque en verdad la resolución aplique erradamente el derecho a los hechos del caso, y corresponda en definitiva que se le deje sin efecto: Pero en tal caso la revocación o anulación del acto habrá de fundarse en un vicio en el objeto del acto, y no en la voluntad caprichosa del administrador.

¹⁰² CSJN, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, *Fallos*, 248: 800, 815, y sus precedentes: 171: 348, 362; 199: 483, 530, y otros. Esta doctrina ha sido expuesta en particular con relación a actos dictados en virtud del estado de sitio.

¹⁰³ Como al parecer lo entiende BIDART CAMPOS, artículo citado, p. 346. Por otra parte no consideramos aceptable el intento de reunir todos los casos de arbitrariedad, y los de desviación de poder, en un solo grupo amorfo. Creemos más claro, y por ello más útil, destacar los diferentes principios y separarlos conceptualmente, a fin de dar mayor precisión a la aplicación de los mismos. Nos apartamos en este aspecto, pues, del criterio de LINARES (*op. cit.*, *loc. cit.*) y de BIDART CAMPOS.

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

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

15. 3^o) *Error*. El error es un vicio subjetivo de la voluntad; debe versar sobre un elemento sustancial del acto.¹⁰⁴ El acto viciado de error esencial es anulable;¹⁰⁵ si el error no es esencial el acto es válido.¹⁰⁶ Ejemplos: Un indulto que se refiere a una persona distinta de la que el Poder Ejecutivo tuvo voluntad de indultar; una declaración de estado de sitio que por error material en la confección del decreto se refiere a un lugar distinto del contemplado; el veto de una ley distinta de la que se tuvo en cuenta, por un error en la mención del número; el nombramiento en la función pública de una persona distinta de la que se deseaba nombrar, por homonimia, etc.

No corresponde, a nuestro juicio, considerar como vicio de error las hipótesis en que el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho, y en base a ellos dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar: Por ejemplo, no hay vicio de error si el Poder Ejecutivo, considerando que una persona tiene los requisitos exigidos por la ley para ocupar un cargo, lo designa en él, y resulta luego que dicha persona no reunía los requisitos legales; si pensando que el orden jurídico lo autoriza a tomar cierta decisión, la adopta, y resulta luego que el orden jurídico se la prohibía. En tales casos *no hay un vicio de la voluntad con relación al acto*, pues el administrador ha dictado el acto que quería dictar: El error se refiere a la apreciación de los hechos o del derecho aplicable para dictar el acto, y constituye por lo tanto sea *un vicio en el objeto del acto* (por dictar un acto contrario a la ley), sea *un vicio de arbitrariedad* (por no tomar debidamente en cuenta los hechos existentes), pero no un vicio de error en cuanto vicio de la voluntad. Es errada, pues, la denominación que la Corte Suprema da a los

¹⁰⁴ BIELSA, *op. cit.*, t. II, pp. 24-5.

¹⁰⁵ BIELSA, *op. cit.*, p. 125; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 513.

¹⁰⁶ SAYAGUÉS LASO, *op. loc. cit.*

numerosos casos en que el administrador dictó actos en contravención a normas jurídicas determinadas o en situaciones para las cuales las normas jurídicas lo desautorizaban a dictar el acto emanado, como “error de derecho” y “error de hecho;”¹⁰⁷ el error en cuanto vicio de la voluntad sólo existe cuando el administrador dicta un acto distinto del que tenía voluntad de dictar: Quería hacer una cosa, y firmó otra. En los demás casos, el vicio estará en el objeto del acto o en la arbitrariedad del funcionario, pero no en el error.

Sólo excepcionalmente puede admitirse que un error en los fundamentos pueda ser considerado típicamente como vicio de error en la voluntad, cuando el administrador *crea que está obligado* a hacer algo, y por eso dicta el acto. Aquí la voluntad estaría viciada en sí misma, en cuanto no hizo el acto por libre decisión, sino por obedecer a la ley: Si se comprueba que hay error, se trataría de un caso de anulabilidad.

16. 4º) *Dolo. Violencia*. Estos casos, propios del derecho civil, raramente se llegarán a presentar en el derecho público en circunstancias tales que puedan dar lugar a una revisión del acto; pero de cualquier manera, si se llegaran a producir, y fueran esenciales en relación a la declaración administrativa, la harían anulable.¹⁰⁸

Con ellos concluimos la consideración de los vicios de tipo subjetivo en la *voluntad* administrativa, y pasamos a los vicios en el objeto del acto.

IV. Objeto

17. El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina. Puede estar viciado 1º) por ser prohibido por la ley, 2º) por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquel en que ha sido dictado (facultades regaladas), 3º) para ser impreciso u oscuro, 4º) por ser absurdo, 5º) por ser imposible de hecho.

1º) *La prohibición del objeto* la tomamos en el sentido estricto de objeto ilícito, es decir, jurídicamente imposible: La orden de cometer un delito es así el ejemplo más claro de acto nulo por ilicitud del objeto; pero también se comprenden aquí todos los casos en que el objeto del acto resulta lesivo de los derechos individuales de los habitantes.

2º) *Facultades regladas*. Si la ley (en sentido lato) dispone que un objeto determinado habrá de dictarse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto tanto si a) se dicta ese objeto del acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley, como b) si ante la situación de hecho prevista por la ley, se dicta un distinto objeto del determinado por ella.

¹⁰⁷ Ver dichos fallos en BOSCH, “La extinción....,” *op. cit.*

¹⁰⁸ BIELSA, *op. cit.*, p. 125.

En consecuencia, toda vez que la ley exija determinadas condiciones de hecho (ejemplo: Irregular cumplimiento de la función) para que un acto pueda ser dictado (en el ejemplo: Para la aplicación de sanciones disciplinarias al funcionario público), estará viciado el acto que aplique, en el caso, la sanción disciplinaria *no habiendo irregular cumplimiento de la función*; o que, *habiendo irregular cumplimiento de la función*, aplique *otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley*. (Por ejemplo, que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le dé trabajo para que lo haga en su casa, etc.: Dado que esas sanciones no son las previstas por la ley para la situación de hecho contemplada, el acto es nulo.)

De la misma manera, vicia el acto todo apartamiento de la administración a sus facultades regladas, en cuanto hace a la relación entre las circunstancias de hecho y el objeto del acto; y según dijimos, ello tiene aplicación en dos supuestos esenciales:

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

b) el objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido por la ley*; y será nulo por lo tanto el nombramiento de un magistrado de la Corte Suprema que no reúna las calidades requeridas por el artículo 97 de la Constitución, etc.

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

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

Sin embargo, la conclusión de que se ha ejercido una facultad discrecional no debe ser dada sino después de detenida meditación; pues hasta en la norma más pequeña y aparentemente vacua puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el Presidente de la Nación “por sí sólo en el campo de batalla” (art. 86, inc. 16º) será nulo si no ha habido batalla alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

3º) *La imprecisión u oscuridad del objeto* hace también defectuoso al acto: Ello sucede cuando es incierto en cuanto a qué especie de acto es, o a qué personas o cosas afecta, o a en qué tiempo habrá de producir sus efectos.¹⁰⁹

Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad esencial, que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan sólo un aspecto secundario del acto, entonces éste no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resulta válido.¹¹⁰

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

4º) *La absurdidad del objeto* vicia el acto, al igual que la imposibilidad de hecho. Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, pero no totalmente, ya que cabe concebir actos absurdos que no sean imposibles de hecho,¹¹¹ y actos imposibles de hecho que no sean absurdos,¹¹² pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente: Declaración de guerra a una provincia, provisión de empleos militares en el extinguido ejército de la Confederación. Entendemos que en todos los casos de absurdidad el acto es inexistente.¹¹³

5º) *La imposibilidad de hecho* en cuanto vicio del objeto del acto pueda darse, según WOLFF,¹¹⁴ en tres casos:

a) Por falta de substrato personal: El nombramiento como magistrado judicial, o como empleado administrativo, de una persona fallecida;

b) por falta de substrato material: Cuando la cosa a que se refiere el acto no existe, ha desaparecido; o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible;

c) por falta de substrato jurídico: Revocación de un acto administrativo anulado; nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados, etc.

¹⁰⁹ CAETANO, M., *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1947, 2ª ed., p. 457; otros aspectos en FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 342. En sentido similar la Corte Suprema respecto a las sentencias: CSJN, *Alemanno*, 1961, *Fallos*, 250: 117. ("Impresión y ambigüedad.")

¹¹⁰ Sabido es en efecto que por aplicación del art. 1.039 del C.C. la nulidad parcial de un acto no perjudica a las otras disposiciones válidas del mismo, siempre que sean separables. Comp. Procuración del tesoro, *Dictámenes*, 71: 297.

¹¹¹ Por ejemplo, un acto que obligue a caminar para atrás, o de costado; que obligue a usar una corbata anudada al brazo, etc.

¹¹² Por ejemplo, por ahora, la construcción de un vehículo para viajar a otros planetas.

¹¹³ GARRDIO FALLA, *op. cit.*, p. 431-2, habla de nulidad absoluta, que en su terminología equivale a los actos inexistentes de nuestro derecho.

¹¹⁴ WOLFF, *op. cit.*, p. 272.

En todos los casos de imposibilidad de hecho el acto es inexistente.

V. Forma

18. La forma es el modo en que se documenta y da a conocer la voluntad administrativa.¹¹⁵ Hay así dos tipos de formas:

- a) La que constata la existencia de la voluntad administrativa,
- b) la que da a publicidad esa voluntad.

Cuando no se cumplen las formas de publicidad, el acto dictado es inoponible a los administrados.¹¹⁶ Cuando no se cumplen las formas de documentación, el vicio del acto dependerá de la forma incumplida. Cabe destacar que puesto que la forma, en este caso, constata 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.

Pero no creemos 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 falte—, sino en la falta de la 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.

Nos apartamos así de la distinción entre formas “esenciales” y “no esenciales,” o “esenciales,” “sustanciales,” e “integrales.” Sin entrar a criticar cómo puede distinguirse lo “esencial” de lo “sustancial” siendo que ambos términos significan lo mismo, y sin profundizar en la falta de precisión y nitidez de estas clasificaciones, hacemos notar con sentido más general que *forma* es lo opuesto a *materia* o *sustancia*; la sustancia es el contenido, la forma es la cobertura, el recipiente. Por ello es ilógico pensar que pueda existir una “forma sustancial” o una “forma esencial.” La forma sólo puede ser formal, o no es forma.

La forma es la manifestación externa del acto; es el signo que transmite una idea y no puede confundírsela con la idea misma: Si al faltar la voluntad falta

¹¹⁵ Comp. SAYAGUÉS, LASO, *op. cit.*, p. 458.

¹¹⁶ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 168; doctrina uniforme. Con distintas palabras, Procuración del Tesoro, 71: 248; 72: 109.

también la forma, es porque no hay sustancia o idea alguna a la cual constatar o documentar, esto es, dar forma; lo esencial al acto es la idea, la voluntad administrativa, y no porque ésta deba exteriorizarse de determinada manera se convierte la forma en esencia.

Esto es importante pues de lo contrario pueden confundirse los vicios que afectan a la formación de la voluntad (así la falta de autorización o aprobación; falta de voluntad de una de los órganos que debían intervenir en el acto complejo: Falta de la voluntad del Presidente en un Decreto, etc.) con vicios de forma.¹¹⁷

19. Nos apartamos también de la distinción entre “forma” y “formalidad.” Algunos autores dan la noción de que “formalidad” son las formas del procedimiento administrativo previo a la emisión del acto;¹¹⁸ 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.¹¹⁹

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

Diremos entonces que la inobservancia de las “formas” y requisitos del procedimiento administrativo se traduce en un defecto de preparación de la voluntad administrativa (así la defensa en juicio en el procedimiento administrativo; la licitación pública para las contrataciones; el concurso para la provisión de cargos), y que no constituyen defecto de forma del acto administrativo, por lo que no corresponde asignarles estrictamente tal denominación.

20. Nos apartamos, finalmente, de la posición que considera que la motivación del acto —la exposición de las razones que han movido a la administración a dictar el acto— es un requisito de forma,¹²⁰ y también de los que la consideran como un elemento autónomo del acto, o como parte del contenido del acto, por considerar según ya vimos que constituye un requisito de la razonabilidad que debe tener la voluntad administrativa: La falta de motivación equivale a falta de fundamentación normativa y fáctica, y hace por lo tanto nulo al acto en razón de su arbitrariedad.

21. a) *Formas de documentación.* En lo que respecta a las formas de documentación, el principio general es que todo acto administrativo debe ser escrito, fechado y firmado; como complemento de la firma, debe haber una aclaración

¹¹⁷ Como lo hace BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 54 y ss.

¹¹⁸ FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, México, 1958, p. 141 y ss.

¹¹⁹ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 458.

¹²⁰ GARRDIO FALLA, *op. cit.*, p. 462.

de la misma, o un sello, membrete, etc., que identifique al servidor público con referencia al órgano cuya función ejerce.

Por excepción se admite en algunos casos la forma verbal (que en verdad no es forma de documentación, sino de publicidad): Así, por ejemplo, en materia de órdenes de agentes de policías, de tránsito, etc. Más excepcionalmente aún, si cabe, puede admitirse la manifestación tácita de voluntad:¹²¹ Signos, silbatos, etc., de los agentes de tránsito; y sólo cuando una norma jurídica expresamente lo determina, el mero silencio puede valer como expresión de voluntad: Así la denegación tácita del recurso administrativo de revocatoria, en el orden nacional.¹²² La falta de las formas que fueren del caso da lugar a vicios de nulidad, anulabilidad, o en cambio no afecta la validez del acto, según la importancia que tenga en el caso concreto. (Por ejemplo, la falta de numeración en un Decreto no afectaría su validez.)

En algunas hipótesis la falta de forma puede confundirse con el vicio de oscuridad o imprecisión: Por ejemplo, cuando no consta quién es la autoridad que dispone algo. En tal caso el acto estará viciado si dicho defecto impide identificarlo; pero si, por el contrario, la firma es suficientemente legible o conocida (ejemplo, la firma del Presidente o de un Ministro, por regla general), la ausencia de un sello aclaratorio o de una mención expresa sería insuficiente para poder considerar que el acto es individualizable y por lo tanto inválido.

En otros casos, la falta de fecha, o la absurdidad de la fecha (por ejemplo, que la fecha del acto apareciera como de varios años después del momento en que se lo conoce), puede quedar subsanada con la forma de publicidad, y en tales casos se tendrá por fecha del acto aquella en que ha sido publicado o notificado.

22. b) *Formas de publicidad.* Existe una persistente tendencia entre la doctrina del derecho administrativo en 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 1º) acto administrativo es *aqué*l que produce efectos jurídicos inmediatos, y que en 2º) los efectos jurídicos no surgen en tanto que el acto no sea dado a publicidad, parécenos ser coherente considerar que 3º) el acto administrativo *productor de efectos jurídicos inmediatos* sólo puede ser el acto administrativo *dado a publicidad*. En otros términos, el acto que no ha sido aún publicado, no produce efectos jurídicos inmediatos, y por tanto *no es acto administrativo*. Luego, la publicidad es un elemento del acto mismo, y no otra cosa que un elemento formal.

De allí, pues, que digamos que además de las formas de documentación deben computarse las formas de publicidad.

¹²¹ “Con carácter sumamente restringido,” dice la Procuración del Tesoro, 74: 120.

¹²² Decretos 7.520/44, 21.680/49, 2.126/61.

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

23. Con referencia a las formas de publicidad hay que diferenciar 1º) la publicación, 2º) la notificación.

La *publicación* es la especie de publicidad requerida para los reglamentos¹²³ y se efectúa mediante la inserción de la declaración en un órgano periodístico o en el Boletín Oficial, o su colocación en un lugar visible (pizarra, murales, etc.) y accesible al público.¹²⁴

La *notificación* es la especie de publicidad aplicable al acto administrativo¹²⁵ y puede presentarse de diversas maneras: a) Entrega personal de copia auténtica del acto al particular interesado (notificación por cédula), b) notificación personal de éste tomando vista en el expediente y dejándose constancia de la misma (notificación por nota); c) envío de una carta simple o certificada al interesado en la cual se le comunica la decisión recaída (ésta es en algunos casos la práctica administrativa, aunque su validez es dudosa, por no ser la misma notificación *personal*); d) envío de una carta con aviso de retorno;¹²⁶ e) por telegrama; f) pero no se admite la notificación verbal de actos escritos;¹²⁷ g) por presentación espontánea del particular, invocando los beneficios que derivan del acto: En este caso dicha invocación importa una recepción del acto, esto es, “notificarse” de él.¹²⁸

En los casos c), d) y e), que como decimos resultan de dudosa validez ante las circunstancias de que no constituyen ni siquiera un principio de notificación personal, se admite en la práctica que, al igual que en todos los demás casos, si no transcriben el texto completo del acto la notificación es inválida.¹²⁹

Mientras que el acto administrativo (en sentido estricto) no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del particular interesado, no ocurre lo mismo con el re-

¹²³ WOLFF, *op. cit.*, p. 250.

¹²⁴ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss. Y del mismo autor *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, p. 13.

¹²⁵ WOLFF, *op. cit.*, p. 250. Ver y comparar LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*

¹²⁶ Era la exigida en el procedimiento de los inconstitucionales tribunales de arrendamientos rurales.

¹²⁷ Ver *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, n° 2, p. 99 y ss., con nuestra nota.

¹²⁸ Comp. GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, p. 244. Este principio, con todo, implica algunos peligros: Por ejemplo, que en algún escrito referente a otra cuestión el interesado deslice descuidadamente una mención a otro acto que no le ha sido notificado, y luego la administración pretenda darle por decaído el recurso, atento a que no recurrió dentro de los quince días de la presentación de aquel escrito en que “se daba por enterado del acto.” 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 administrado.

¹²⁹ “La notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la substancia del acto que se el notifica,” Procuración del Tesoro, 46: 200.

glamento. El reglamento no publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, por cuanto ello violaría la igualdad ante la ley: Es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos que sus disposiciones contemplan, sin establecerse distinciones no establecidas en él.¹³⁰

24. Deben destacarse finalmente importantes relaciones entre las formas de documentación y de publicidad. Es cierto que las formas de publicidad hacen perfecto y eficaz al acto; pero no por ello deja de requerirse la forma de documentación.

En muchos casos puede prescindirse de la forma de documentación y exigirse únicamente la forma de publicidad (los casos de órdenes verbales, signos de tránsito, etc.), pero en ellos es esencial que la exigibilidad del acto depende de la continuación de la forma de publicidad, o de su retención razonable en la mente: La orden verbal es exigible sólo en los momentos que siguen a su emisión, pero no al día siguiente o un año después; el signo de tránsito hace eficaz el acto por el cual el agente detiene el tránsito, sólo mientras el signo de tener el brazo en alto o el cuerpo en determinada posición es mantenido. En estas hipótesis en que no hay una verdadera forma de documentación, la forma de publicidad hace exigible al acto sólo mientras ella puede al mismo tiempo suplir la forma de documentación; pero cuando ya no puede suplirla, el acto deja de ser válido y exigible si no hay formas de documentación; en tales casos recaemos en la falta de voluntad administrativa.

VI. Resumen

25. Para facilitar la ubicación y comparación de los distintos elementos del acto administrativo, los vicios que los pueden afectar, y las nulidades que a tales vicios corresponden, hemos confeccionado el siguiente cuadro:¹³¹

¹³⁰ Comp. distintos fundamentos de LAUBADÈRE, *op. cit.*

¹³¹ Ver p. EAA-IV-33 y ss.

<i>Elemento del acto</i>	<i>Ubicación del vicio</i>	<i>Tipo de nulidad</i>
I- COMPETENCIA		
1º) En razón del grado	a) Competencia ilegítimamente otorgada (descentralización y delegación sin ley, sin extralimitación en su ejercicio) b) Extralimitación en el ejercicio de la competencia (del inferior al superior y viceversa)	Validez o anulabilidad Anulabilidad o nulidad
2º) En razón de la materia	a) Respecto a materias judiciales b) Respecto a materias legislativas c) Respecto a materias administrativas de otros órganos d) Respecto a materias administrativas que no tienen otros órganos	Nulidad o inexistencia Nulidad o inexistencia Anulabilidad Nulidad o inexistencia
3º) En razón del territorio		Nulidad o inexistencia
4º) En razón del tiempo		Nulidad o inexistencia
II- VOLUNTAD		
A) <i>Objetiva</i>		
1º) Origen de la voluntad	a) Funcionario de hecho b) Usurpador	Validez o anulabilidad Inexistencia, etc.
2º) Preparación de la voluntad	a) Defensa en juicio b) Concurso c) Licitación d) Dictamen o trámite sustancial	Nulidad o anulabilidad Nulidad Nulidad Nulidad

<p>3°) Formación de la voluntad</p>	<p>a) Actos simples emanados de órganos complejos: a') Sesión a'') Quórum a''') Deliberación b) Actos complejos: b') Igual: El vicio de una de las voluntades se transmite al acto con igual carácter; b'') Desigual: El vicio de la voluntad preponderante se transmite al acto con igual carácter; no así el de la voluntad accesoria. c) Actos que requieren autorización d) Actos que requieren aprobación: d') Ejecución del acto no aprobado e) Actos observados por el Tribunal de Cuentas: e') Ejecución del acto observado f) Actos insistidos por el Poder Ejecutivo</p>	<p>Nulidad o inexistencia Nulidad Anulabilidad</p>
<p>B) <i>Subjetiva</i></p>		<p>Nulidad (Inejecutividad) Nulidad (Inejecutividad) Anulabilidad (Ejecutividad)</p>
<p>1°) Desviación de poder</p>	<p>a) Finalidad personal b) Finalidad de beneficiar a terceros c) Finalidad de beneficiar a la administración</p>	<p>Anulabilidad o nulidad</p>

2°) Arbitrariedad	a) Actos que omiten decidir puntos b) Actos que prescinden de los hechos c) Actos que prescinden de fundamentación normativa seria d) Actos que no guardan proporcionalidad con los fines de la ley	Nulidad
3°) Error		Anulabilidad
4°) Dolo, violencia		Anulabilidad
III- OBJETO		
1°) Prohibido por la ley		Nulidad o inexistencia
2°) En discordancia con la situación de hecho reglada por la ley	a) Objeto dado ante circunstancias distintas de las previstas por la ley b) Objeto diverso del requerido por la ley	Nulidad o inexistencia
3°) Imprecisión u oscuridad	(Esencial e insuperable)	Inexistencia
4°) Absurdidad		Inexistencia
5°) Imposibilidad de hecho	a) Falta de sustrato personal b) Falta de sustrato material c) Falta de sustrato jurídico	Inexistencia
IV- FORMA		
1°) De documentación		Validez, anulabilidad, nulidad
2°) De publicidad	a) Publicación (reglamentos) b) Notificación (acto administrativo)	(Inejecutividad)