

TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

POR PABLO E. PERRINO

Ex secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretario académico del curso de especialización en Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata. Profesor del curso de especialización en Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata. Profesor del Master en Derecho administrativo de la Universidad Austral. Profesor del curso de regulación de los servicios públicos de la Universidad Austral. Profesor del curso de especialización en Derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina. Profesor adjunto ordinario de la materia Derecho administrativo I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor de los cursos de enero, programa de postgrado en Derecho, de la Universidad de San Pablo de Madrid. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Miembro de la comisión redactora del anteproyecto del nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, posteriormente modificado por la Ley N° 12.310. Miembro de la Comisión de Legislación Administrativa que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Recursos Humanos de la Nación.

Autor de diversos artículos sobre la especialidad y de dos libros titulados La responsabilidad disciplinaria de los escribanos (1993) y, en coautoría con Carlos R. Tribiño, La justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires (1995).

Integrante del consejo de redacción de la Revista de Derecho Administrativo editada por Depalma y del cuerpo de colaboradores del suplemento de Derecho Administrativo que publica la Revista El Derecho.

Actualmente, integra el estudio Cárdenas Cassagne y Asociados.

I. LA AUTONOMÍA DE LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Al igual que otros institutos del Derecho administrativo, la teoría de la invalidez del obrar de la Administración no se ha construido en forma apriorística, sino que ha sido el resultado de la labor de los tribunales.

De ahí que el régimen de las nulidades del acto administrativo se haya desarrollado, en sus aspectos fundamentales, sobre los lineamientos del Derecho privado que era el modelo con el cual el juez contencioso administrativo contaba inicialmente para resolver los conflictos que se sometían a su decisión.¹

Podemos decir, en palabras de Sebastián Martín Retortillo, que en esta como en otras materias se ha producido un verdadero préstamo de técnicas del Derecho privado al público.²

Sin embargo, es preciso señalar que la teoría de la invalidez no es una figura de regulación monopólica por el Derecho privado, sino que es patrimonio común de la ciencia jurídica. El contrato, la invalidez, la responsabilidad, el derecho subjetivo no son más que figuras genéricas (supraconceptos) que pertenecen a la teoría general Derecho.

Que la responsabilidad patrimonial, como los contratos, las servidumbres, la propiedad, etc. hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del

¹ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 6° ed., Madrid, 1993, pp. 583-584.

² Retortillo Baquer, Sebastián M., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2° ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1996, p. 33.

Derecho privado no significa –como lo ha señalado Fleiner³– que sean de naturaleza esencialmente privada. Son, sencillamente, figuras jurídicas, y éstas tienen una sola e idéntica unidad lógica.⁴

Por eso, que el régimen de la invalidez de los actos administrativos esté construido, en sus líneas fundamentales, sobre los principios clásicos del Derecho civil no significa que medie una identidad absoluta de soluciones ni que sus reglas sean las mismas pues, en virtud del cúmulo de privilegios que la Administración ostenta, los principios privatistas sufren importantes distorsiones y matices en su aplicación a los actos administrativos.⁵

En efecto, las reglas del Código Civil –que han sido diseñadas para aplicarse, en esencia, a las relaciones entre particulares– no contemplan la singular posición de la Administración, en cuanto titular de prerrogativas asignadas para el logro del bien común ni la complejidad del obrar estatal y sus consecuencias.

Por consiguiente, el interés público comprometido en toda la actividad administrativa y las prerrogativas de la Administración (de autotutelas declarativas y ejecutivas) inciden de manera sustancial en el sistema de la invalidez del acto y justifican un tratamiento claramente diferenciado del reglado en el Código Civil.

De ahí que no sea posible aplicar en el ámbito del Derecho administrativo en forma directa o supletoria las disposiciones del Derecho privado sobre las nulidades, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del conocido caso “S. A. Ganadera Los Lagos v. Nación Argentina”,⁶ y lo ha reiterado en fecha más cercana, el 17 de febrero de 1998, en el caso “S. A. Organización Coordinadora Argentina c/ SIDE”⁷.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Derecho administrativo constituye una disciplina jurídica autónoma que se autointegra, en tanto se nutre de su propio

³ Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino A. Gendin), Barcelona, Madrid, Bs. As., Labor, 1933, p. 49. Ya hace más de una centuria que Otto Mayer, al examinar las relaciones de las instituciones administrativas con el Derecho civil, sostenía la necesidad de reducir a sus justos límites la aplicación de este último. Este jurista expresaba: “[...] tropezamos con la gran extensión que el régimen de policía había dado al Derecho civil. Era un expediente que se tornó inútil tan pronto como apareció el Derecho público administrativo y se hizo imposible luego que la doctrina del fisco, que le servía de medio, desapareció. Trátase, ahora, de circunscribir el Derecho civil a sus límites naturales y de quitarle la cantidad de instituciones jurídicas de las que se había apoderado, en su perjuicio y también en perjuicio de esas instituciones, porque ellas no pueden ser bien comprendidas sino ubicadas en la esfera del Derecho público” (*Derecho Administrativo alemán*, traducción directa del original francés por Heredia, Horacio H. y Krotoschin, Ernesto, T. I, 2º ed., Bs. As., Depalma, 1982, p. 182 y sigs.) En la nota al pie de afirmación decía el prestigioso autor que la liberación de diversas instituciones de Derecho público (servicios públicos, expropiación, dominio público, etc.) no será definitiva hasta que no se haya hecho desaparecer de los cerebros de nuestros juristas esa idea absolutamente falsa de que las relaciones pecuniarias y las relaciones de Derecho civil son idénticas. Ello es una herencia de la manera de pensar del régimen de policía.

⁴ Retortillo Baquer, op. cit., p. 54.

⁵ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, T. II, 2º ed., Centro de Estudios Ramón Areces, p. 154.

⁶ Fallos: 190:142.

⁷ Fallos: 321:174.

sistema de normas y principios que difieren en muchos casos de los del Derecho privado.⁸

En suma, el principio de legalidad, los privilegios posicionales de la Administración, el interés general y el régimen de garantías de los derechos de los particulares constituyen elementos que, al estar involucrados en la teoría de la invalidez, conducen a adoptar en esta materia soluciones dispares a las establecidas en el Derecho privado.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DEL DERECHO CIVIL

Según se señaló con anterioridad, la teoría del acto administrativo y, en especial, el régimen de su invalidez sufren significativas modulaciones con relación a los principios del Código Civil que justifican una regulación autónoma.

En primer lugar, gravita a tal efecto la presunción de legitimidad, que en el orden federal consagra en forma expresa el Art. 12 de la Ley N° 19.549, y según la cual los actos se presumen dictados de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Como han señalado García de Enterría y Fernández, toda la teoría de las nulidades de los actos administrativos se encuentra penetrada por la presunción de validez que da lugar a una tendencia a la reducción de la virtud invalidatoria de las infracciones y vicios en los que los actos pueden incurrir, a punto tal que el legislador español⁹ reconoce la existencia de infracciones o irregularidades no invalidantes, y los supuestos de nulidad absoluta del acto se restringen al máximo y se convierten en supuestos tasados¹⁰.

⁸ Retortillo Baquer, op. cit., p. 36; cfr. García de Enterría y Fernández, op. cit., T. I, p. 40. En este sentido, Renato Alessi escribe: "La contraposición entre Derecho administrativo y Derecho privado, no debe por otra parte entenderse en el sentido de que el Derecho administrativo constituya un conjunto de normas excepcionales, un sistema jurídico especial, frente al *jus commune* representado por el Derecho civil. Por el contrario, el Derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un *jus commune*, es decir un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado. De este hecho se derivan importantes consecuencias: a) en el caso de que existan lagunas en el ordenamiento positivo administrativo, no serán aplicables las normas contenidas en el ordenamiento privado, ni directamente ni por analogía, sino que deberán aplicarse por analogía otras normas contenidas en el ordenamiento administrativo o bien los principios generales. b) A su vez, los principios generales a aplicar en tales casos no deberán extraerse del conjunto del ordenamiento privado, sino exclusivamente del público, constituido por el propio Derecho administrativo. c) Finalmente, la interpretación de las normas del Derecho administrativo no debe ir ligada necesariamente a los principios que regulan la interpretación de las normas del Derecho privado, pudiendo regirse por principios peculiares del Derecho administrativo, de naturaleza exclusivamente pública" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, T. I, Barcelona, Bosch, 1970, p.15).

⁹ En el español, la anulabilidad es una especie de sanción general que recae sobre actos ilegales, mientras que la nulidad se produce exclusivamente en los supuestos específicamente previstos (tasados) por el legislador. El Art. 62 de la Ley N° 30/92, reformada por la Ley N° 4/99, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al igual que lo hacía el Art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, enumera en forma taxativa y cerrada los supuestos de vicios de mayor gravedad que dan lugar a la sanción de nulidad absoluta. A su vez, en el art. siguiente se dispone: "Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder" (v. Parada, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento común*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 272 y sigs.).

¹⁰ Op. cit., T. I, p. 586.

Si bien esto último no ocurre en nuestro Derecho nacional, dado que los supuestos que dan lugar a la nulidad absoluta del acto no son *numerus clausus* (Art. 14 de la Ley N° 19.549), Hutchinson¹¹ entiende que el principio del *favor acti*, que se desprende de la presunción de legitimidad, obliga a ser restrictivo en la declaración de nulidad de los actos administrativos y a efectuar siempre una interpretación favorable a la validez del acto o, en su defecto, a la mera anulabilidad. Por tal razón, siguiendo a la legislación y doctrina española, concluye, como también lo ha hecho algún pronunciamiento judicial, que en el Derecho administrativo la regla es la anulabilidad y la nulidad la excepción.¹²

Sin embargo, a mi entender, dicha afirmación sólo puede sustentarse en sistemas – como el español– en los cuales la nulidad absoluta o de pleno derecho comprende únicamente los supuestos que el legislador ha listado o tasado, mientras que la nulidad relativa es aplicable genéricamente ante cualquier infracción al ordenamiento jurídico.

No obstante ello, como lo han expresado Marienhoff,¹³ Diez,¹⁴ Escola¹⁵ y Comadira,¹⁶ la presunción de validez y el principio de *favor acti* operan como un criterio para adoptarse en caso de duda¹⁷. O sea, si el grado de invalidez que padece un acto es dudoso, no corresponderá aplicar la sanción más severa, sino la de nulidad relativa.

También del principio de *favor acti* se deriva la existencia de toda una serie de técnicas tendientes a sanar o excluir parcialmente la invalidez, como son la incomunicación de la nulidad de los actos viciados a los posteriores independientes de él, la nulidad parcial, la conversión de los actos viciados y la conservación de los actos no afectados por la nulidad del acto final.¹⁸

A su vez, como derivación de la prerrogativa de la autotutela ejecutiva, conforme a la cual los actos administrativos pueden ser llevados a la práctica por la propia autoridad sin acudir a los tribunales, incluso en algunos casos utilizando la coacción, por regla la impugnación de un acto administrativo no provoca *per se* la suspensión de sus efectos ni impide su ejecución, salvo declaración expresa en contrario del órgano administrativo o judicial competente (Art. 12 de la Ley N° 19.549).

Por ende, habida cuenta de la eficacia inmediata de los actos administrativos, la Administración puede efectivizar su ejecución forzosa sin esperar a que se resuelva acerca de su validez en el caso de que ésta hubiera sido impugnada.

Sentado ello, señalaremos a continuación cuáles son las diferencias en particular que separan el régimen de la invalidez del Derecho administrativo del Derecho civil.

¹¹ Su voto como juez de la Cam. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala IV, en la causa "Cabulli", *El Derecho*, 115-340 y en *Ley nacional de procedimientos administrativos*, T. I, 1° reimp. corregida, Bs. As., Astrea, 1987, p. 296.

¹³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 3° ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1981, p. 496.

¹⁴ Diez, Manuel M, *Derecho administrativo*, T. II, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1965, p. 386.

¹⁵ Escola, Héctor J., *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Bs. As., Depalma, 1981, p. 107.

¹⁶ Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 63.

¹⁷ En tal sentido, las leyes de procedimiento administrativo de Mendoza (Art. 73), Salta (Art. 70) y La Rioja (Art. 70) establecen: "En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta el acto administrativo, debe estarse a la consecuencia más favorable al mismo".

¹⁸ Santamaría, Pastor, op. cit., p. 155.

1) Órganos que la declaran:

a- Derecho civil: la nulidades civiles sólo son declaradas por los jueces.

b- Derecho administrativo: la declaración de invalidez del acto administrativo puede ser efectuada no sólo por los órganos judiciales, sino también por la Administración en el marco de un procedimiento administrativo (generalmente, de tipo recursivo).

2) Regulación de los vicios:

a- Derecho Civil: en general, los vicios de los actos jurídicos están reglados en el Código Civil.

b- Derecho administrativo: los vicios de los actos administrativos no siempre están contemplados en la ley, lo cual da lugar a un mayor margen de apreciación judicial.

3) Alegación de la propia torpeza:

a- Derecho civil: como consecuencia de la máxima romana *nemo auditur propiam turpitudinem alegans*, receptada en el Art. 1047, 2º párrafo del Código Civil, no puede requerir la nulidad “[...] el que ha ejecutado el acto, habiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba [...]”.

b- Derecho administrativo: el principio que indica que nadie puede alegar su propia torpeza en defensa de sus derechos no rige en el Derecho público contra la Administración, la cual, no obstante ser la autora del acto, puede y debe revocarlo si éste es ilegítimo, salvo que ello no fuera procedente por ser el acto irrevocable, en cuyo caso deberá iniciar la acción judicial de nulidad (Art. 17 de la Ley Nº 19.549).¹⁹

4) Por la incidencia del interés público en la distinción entre nulidad absoluta y relativa:

a- Derecho Civil: la nulidad absoluta o relativa se distingue por la circunstancia de que el acto afectado entre o no en conflicto con el interés público o las buenas costumbres. El acto que lo lesione es pasible de la sanción legal más severa. La nulidad relativa ha sido prevista para la protección del interés de un particular.²⁰

b- Derecho administrativo: el fundamento en que finca la distinción entre nulidad relativa y absoluta en el Derecho privado no puede ser aplicado en el Derecho administrativo habida cuenta de que el interés público está presente en todos los supuestos de invalidez²¹ y no sólo en la nulidad absoluta. De ahí que, como se explicará más adelante, la clasificación de las nulidades que efectúa el Código Civil en absolutas y relativas y también la de actos nulos y anulables no son aplicables en el Derecho administrativo.

¹⁹ Cam. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala II, *El Derecho*, 90-601; Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. II, 6º ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 182; Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, 5º ed., Bs. As., FDA, 2000, p. XI-7; este autor, sin embargo, señala que cada vez más se afirma en nuestro Derecho la tendencia contraria a que la Administración invoque su propia torpeza con sustento en el principio de buena fe, la doctrina de los propios actos y el principio de seguridad jurídica.

²⁰ LLambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, T. II, 8º ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980, p. 575, Nº 1891.

²¹ Cassagne, Juan C., “Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo”, *El Derecho*, 174, p. 960.

5) La acción de nulidad y los plazos de caducidad:

a- Derecho civil: la acción de nulidad no está sujeta a plazos de caducidad, sino sólo de prescripción.

b- Derecho administrativo: la acción de nulidad en el orden nacional respecto de los administrados está sujeta a fugaces plazos de caducidad (Art. 25 de la Ley N° 19.549). Además, en muchos casos, para poder cuestionar la nulidad en sede judicial se exige su previa impugnación en sede administrativa mediante la presentación de recursos dentro de plazos aún más breves (agotamiento de la vía administrativa).

III. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES

El examen de la evolución que ha tenido la teoría de la invalidez en nuestro Derecho permite advertir con nitidez su condición de *jus novum* frente al Derecho civil y su desarrollo en tres etapas.

A. Primera etapa: Como ha ocurrido con otras instituciones de nuestra disciplina y también en otros países, la historia demuestra la existencia de un primer período de aplicación lisa y llana de la legislación civil sustentada en aquella concepción, hoy claramente superada, de que el Derecho administrativo era un derecho especial o excepcional frente al Derecho civil, por lo que ante la falta de regulaciones publicísticas debía acudir sin más a las previsiones del Derecho común.

B. Segunda etapa: Se inicia con la resolución por parte del Máximo Tribunal de la República del famoso caso "S. A. Ganadera Los Lagos v. Nación Argentina",²² el 30 de junio de 1941, en el cual la actora había demandado la anulación de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que había declarado la caducidad de la venta de tierras hecha a sus antecesores.

El Alto Tribunal concluyó que dicho acto era nulo de nulidad absoluta por lo que rechazó la defensa de prescripción opuesta por el Procurador Fiscal al considerar que, en razón de la gravedad de los defectos del acto, la acción era imprescriptible.

La importancia de este fallo finca en los siguientes aspectos:

a) La Corte entendió que "las reglas de las nulidades del Código Civil, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho administrativo sino al privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción basada en la justicia su aplicación se extienda al Derecho administrativo", pero no lisa y llanamente, sino "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina". Vale decir, no de manera directa ni supletoria, sino mediante un proceso de adaptación en virtud de las características y finalidades propias que persiguen las regulaciones iusadministrativas, a través de la técnica de la analogía.²³

b) El Alto Tribunal también consideró que en el Derecho administrativo, al igual que en el civil, las nulidades se consideran en relación con los diversos elementos que concurren a la formación del acto administrativo.

²² Fallos: 190:142.

²³ Cassagne, op. cit., T. I, p. 197.

c) En tercer lugar, la Corte estableció un conjunto de consecuencias de la presunción de legitimidad de los actos administrativos –no todas ellas correctas–, como ser: la necesidad de alegar y probar los vicios; la de efectuar siempre una investigación de hecho para determinar la existencia de un defecto y la imposibilidad de declarar de oficio en sede judicial la nulidad del acto.

d) Por último, el Máximo Tribunal admitió la clasificación de nulidades absolutas y relativas en el Derecho administrativo, siendo el acto nulo absoluto no saneable, imprescriptible y los efectos de la invalidación *ex tunc*.

C. Tercera etapa: Se inaugura al regularse la teoría de las nulidades en las leyes de procedimientos administrativos, lo cual acontece primero en el Derecho provincial y en el ámbito federal recién en el año 1972 al dictarse el Decreto-ley N° 19.549.

IV. EL RÉGIMEN DE LAS NULIDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Como consecuencia de nuestro régimen federal (Arts. 1° y 121 de la Const. Nac.), el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –después de la reforma constitucional de 1994 (Art. 129 de la Const. Nac.)– tienen facultades para establecer sus regulaciones de Derecho administrativo, entre ellas las atinentes a la teoría del obrar administrativo. De ahí que en nuestro país no exista una sino una pluralidad de legislaciones en la materia, lo cual apareja, como corolario casi ineludible, una falta de homogeneidad en el tratamiento de la teoría de las nulidades. A ello hay que sumarles también las normas dictadas por los distintos y numerosos municipios en el marco de sus facultades autonómicas (Arts. 5° y 123 de la Const. Nac.).

En efecto, la lectura de las disposiciones dictadas por la Nación, las provincias y los municipios pone de manifiesto la falta de criterios unívocos en el tratamiento de la teoría de la invalidez del acto administrativo.

Así, mientras que en las legislaciones de las provincias de Mendoza (Art.72), Neuquén (Art. 70), Corrientes (Arts. 92, 170/174), Salta (Art. 69), La Rioja (Art. 69) se ha seguido el criterio tripartito, pues en función de la gravedad de los defectos que padezca el acto se prevén las sanciones (de mayor a menor entidad), inexistencia, nulidad y anulabilidad,²⁴ las regulaciones de Catamarca (Arts. 29 y 30), San Juan (Arts. 14 y 15), Tucumán (Arts. 48 y 49), Chubut (Arts. 33 y 34), Córdoba (Arts. 104 y 105), Santa Cruz (Arts. 14 y 15), Tierra del Fuego (Art. 109) y también en el orden nacional (Arts. 1°, 4° y 15) sólo establecen dos categorías invalidantes: la nulidad y la anulabilidad. Finalmente, en algunas provincias como Buenos Aires y San Luis, no se ha reglado el régimen de la invalidez de los actos administrativos.

²⁴ En Formosa, la ley de procedimiento administrativo adopta el criterio tripartito y clasifica las consecuencias jurídicas de los vicios del acto en: anulabilidad, nulidad y nulidad absoluta; esta última se configura por la existencia de un defecto muy grave o grosero y comprende, según se dispone, “el llamado acto inexistente” (Art.50).

V. LA REGULACIÓN DE LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ EN LA LEY N° 19.549

1) Principios generales

La Ley N° 19.549 dedica el título III a la regulación de la teoría del acto administrativo. Allí, después de precisarse los elementos esenciales del acto (Arts. 7° y 8°), la noción y consecuencias de las denominadas vías de hecho (Art. 9°), la configuración del silencio administrativo (Art. 10), las condiciones de eficacia (Art. 11) y los caracteres del acto (Art. 12), en los Artículos 14 a 20 se aborda el sistema de invalidez.

En el Art. 14 se enuncian, en forma no taxativa, los defectos que dan lugar a la sanción de nulidad absoluta, y, en el precepto siguiente, se estatuye que si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de algunos de los elementos esenciales el acto será anulable. En el Art. 16, se prevé la situación que se presenta ante la invalidez de una cláusula accidental o accesorio. Los Arts. 17 y 18, primera parte, están dedicados a la facultad revocatoria por ilegitimidad de la Administración y sus límites, y se establece en el segundo párrafo del Art. 18 la revocación del acto por razones de oportunidad.

A su vez, en el Art. 19 se fijan los supuestos y los medios para producir el saneamiento de los actos anulables y, por último, en el Art. 20 se regula el instituto de la conversión del acto viciado.

A las disposiciones indicadas hay que agregar el Art. 17 de la Ley de Ética de la Función Pública, N° 25.188, en el cual se fulmina con la sanción de nulidad absoluta, en los términos del Art. 14 de la Ley N° 19.549, a los actos dictados por funcionarios incursos en las causales de incompatibilidad e inhabilidad establecidas en los Arts. 13 y 14 de dicho cuerpo legal.

La Ley N° 19.549, siguiendo el pensamiento de Marienhoff, sobre el que se basaron sus redactores, y al igual que la mayoría de las legislaciones europeas, adopta la teoría de la bipartición: actos nulos y anulables, siendo el acto nulo equiparable al nulo absoluto y el anulable al nulo relativo (Arts. 14 y 15).²⁵

En este aspecto, se observa una diferencia sustancial con las categorías y clasificaciones de invalidez receptadas en el Código Civil, en el cual se clasifican las nulidades del siguiente modo:²⁶ A) Según el rigor de la sanción y el interés tutelado: a- nulidad absoluta y b- nulidad relativa; B) Según la índole manifiesta y rígida del defecto: a- actos nulos y b- actos anulables²⁷.

A diferencia de algunas legislaciones provinciales, la Ley N° 19.549 no ha receptado la teoría de la inexistencia o carencia de acto²⁸ prevista en las legislaciones que la toman

²⁵ Así lo reconoce en forma expresa la exposición de motivos de la Ley N° 19.549.

²⁶ V. LLambías, op. cit., T. II, p. 571 y sigs.

²⁷ Es interesante destacar que en el proyecto de Código Civil de 1998, redactado por una comisión de juristas integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María J. Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, desaparecen las categorías de actos nulos y anulables y, al igual que ocurre en la mayoría de los ordenamientos europeos y en el Derecho administrativo, sólo se contempla la clasificación de nulidades absolutas o relativas (Arts. 383 y 384).

²⁸ Cassagne, op. cit., T. II, p. 182 y sigs. Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley N° 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, T. I, Bs. As., Astrea, 1985, p. 293; Comadira, op. cit., p. 44.

como la sanción máxima reservada para las irregularidades más groseras y graves que impiden que el acto o negocio alcance siquiera la apariencia de tal, por no reunir sus elementos o requisitos más elementales.

Se trata de una construcción, de origen francés,²⁹ de escasa precisión y de difíciles contornos, que provoca gran inseguridad jurídica,³⁰ cuyos ejemplos pueden ser reconducidos a través de las categorías de la nulidad absoluta³¹ y de las vías de hecho³².

Por lo demás, uno de los escollos más importantes con los que tropieza la categoría del acto inexistente es su diferenciación de la nulidad ya que, aun cuando sea posible su diferenciación teórica, en los hechos resulta prácticamente imposible.³³

2) La distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa en la Ley N° 19.549

¿Cuál es el criterio que se ha seguido en la Ley N° 19.549 para discernir cuándo corresponde la sanción de nulidad o de anulabilidad?

La respuesta no es sencilla.

Según vimos, en el Art. 14 no se da ningún criterio para establecer *a priori* cuándo a un acto puede calificársele de nulo, pues allí sólo se enuncian, en forma no taxativa, un conjunto de vicios que en virtud de su entidad dan lugar a la máxima sanción prevista por el ordenamiento.

En cambio, en el Art. 15, con una técnica distinta, no se efectúa un listado de defectos que acarreen la anulabilidad sino que se desarrolla una noción genérica para determinar cuándo debe aplicarse dicha sanción. Según dispone dicho precepto, el acto es anulable cuando padece una irregularidad, omisión o vicio que no llegue a impedir la existencia de algunos de sus elementos esenciales.

Para un criterio que podemos calificar de mayoritario,³⁴ un acto será nulo o anulable de conformidad con la mayor o menor entidad del vicio que padezca. La consecuencia jurídica para aplicar no dependerá tanto de que falte un elemento esencial cuanto de la gravedad o magnitud del incumplimiento del orden jurídico.

De ahí que, para este sector de la doctrina, un vicio grave da lugar a un acto nulo, y un acto que padece un vicio menos grave o leve, a un acto anulable. Por tal motivo, la lesión a cualquier elemento puede dar lugar, según el caso, a un acto nulo o anulable.

En cambio, otros autores consideran que no es posible desvincular la sanción por aplicar de los elementos esenciales del acto.³⁵ Así, Marienhoff, después de sostener que la

²⁹ V. López Mesa, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y la jurisprudencia*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 55.

³⁰ Cassagne, *Derecho Administrativo*, cit., T. II., p. 184 y sigs.

³¹ Así se ha expresado que la inexistencia representa una subvariedad de la nulidad (Parejo Alfonso, Luciano, Giménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 5° ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 730).

³² Comadira, op. cit., p. 65.

³³ Parada, op. cit., p. 271.

³⁴ Casasgne, *Derecho Administrativo*, cit., T. II, pp.176-177; Gordillo, op. cit., T. III, p. XI-32 y sigs.; Hutchinson, op. cit., T.I, p. 294; Botassi, Carlos A., *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 404; Revidatti, Gustavo A., "Nulidades del acto administrativo", *Acto administrativo* (obra colectiva), Tucumán, Ediciones UNSTA, 1982, p. 133.

³⁵ Sigue este criterio el pronunciamiento dictado por la Corte Nacional en el caso "Borgo, Hermes c/ Junta Nacional de Granos", *Fallos*: 308:108.

diferencia entre ambos tipos de irregularidades es de grado, señala que el acto nulo es aquel que carece de algunos de los elementos esenciales para su existencia, mientras que el anulable es aquel que, reuniendo tales elementos, estos o algunos de estos traen aparejado un vicio.³⁶ Esta posición es compartida por Escola.³⁷

Por su parte, Comadira, enrolado en esta tesis, pero en una postura que podemos de alguna manera denominar ecléctica, entiende que el acto es nulo cuando “carece de algunos de los elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave. En cambio – afirma– es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren pero alguno adolece de un vicio leve o no fundamental”³⁸.

Decimos que es una postura ecléctica porque, si bien valora la vinculación existente entre las categorías de invalidez y los vicios, no prescinde de la gravedad de aquéllos como pauta de apreciación, puesto que la consecuencia jurídica imputada al defecto depende precisamente de la entidad de la alteración sufrida por los recaudos valorados por el ordenamiento jurídico como esenciales de validez.³⁹

3) Diferencias entre actos nulos y anulables

Las diferencias que median en el régimen de la Ley N° 19.549 entre el acto nulo y el anulable son las siguientes:

A) *Actos nulos*

a) El acto nulo es irregular y carece de estabilidad. Debe ser revocado en sede administrativa, excepto si estuviere firme y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (Art. 17 de la Ley N° 19.549).

b) En virtud de la gravedad del vicio que lo afecta, el acto nulo no puede ser saneado por confirmación o ratificación.

c) En general, la doctrina y la jurisprudencia reconocen el carácter imprescriptible de la acción cuando el acto es nulo de nulidad absoluta,⁴⁰ aunque ello se desvanece en virtud de los plazos de caducidad para demandar por parte de los administrados, establecidos en el Art. 25 de la Ley N° 19.549. En verdad, sólo es imprescriptible la acción de nulidad cuando la promueve el Estado o sus entes autárquicos, pues, en tal

³⁶ Op. cit., T. II, pp. 496-497.

³⁷ *Tratado general de Procedimiento Administrativo*, Bs. As., Depalma, 1981, pp. 107 y 109.

³⁸ Op. cit., p. 48.

³⁹ En esta misma línea de pensamiento, se ha expedido la Sala IV de la Cam. Nac. Cont. Adm. el 8 de abril de 1998, en la causa “Villalonga Furlong”, al sostener: “[...] el acto irregular –o nulo de nulidad absoluta en los términos de la Ley N° 19.549–, es aquel que adolece en algunos de sus elementos de un vicio grave [...]. La distinción, en Derecho administrativo, entre nulidad absoluta y nulidad relativa radica en la entidad del vicio que se aloja en el acto de que se trate –grave, en un caso, leve en el otro– y en la necesidad de realizar una investigación de hecho para comprobar la irregularidad” (*El Derecho*, 186, p. 134).

⁴⁰ Marienhoff, op. cit., T. II, pp. 481 y 643; Cassagne, op. cit., T. II, p. 177; Hutchinson, op. cit., p.299; Escola, Héctor, *Compendio de Derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1984, p. 534; Gordillo expresa que, tratándose de actos administrativos nulos, la acción prescribe para la Administración a los diez años o incluso es imprescriptible.(op. cit., T. III, pp. XI-24); cfr. Cam. Nac. de Apel. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa “Mingorance de Sotelo, Zunilda y otro c. Gob. Nac.”, res. del 18-09-79, BCNFed, set. 1979-I, sum.44; Sala IV, “SIGEN c.Elías, Miguel J.”, res. del 08-02-00, con nota de Redacción “Acción de lesividad: un caso de nulidad absoluta por error excluyente de la voluntad”, *La Ley*, T. 2000-F, p. 45.

caso, el Art. 27 dispone: “[...] no habrá plazos para accionar [...] sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”⁴¹.

d) Los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos, pues se considera como si nunca se hubiera dictado el acto.⁴²

e) Según se señaló anteriormente, la pretensión procesal administrativa de nulidad está sujeta respecto de los administrados al plazo de caducidad del Art. 25 de la Ley N° 19.549.⁴³ En numerosos pronunciamientos de las salas integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, se ha expresado dicho criterio afirmándose que, si bien la ley distingue entre actos administrativos nulos de nulidad absoluta y actos anulables, cuando determina los plazos dentro de los cuales pueden impugnarse judicialmente, no efectúa distinción o salvedad sobre el particular. A lo dicho se agrega que una solución contraria implicaría desconocer los plazos perentorios previstos en el Art. 25 de la Ley N° 19.549, dado que bastaría la alegación de que un acto padece de nulidad absoluta para sortear la aplicación de esta restricción, y se prejuzgaría sobre un vicio cuya existencia en el acto debe ser evaluado al dictarse la sentencia definitiva.⁴⁴

B) Actos anulables

a) El acto que adolece de defectos que lo tornan pasible de la sanción nulidad relativa es regular y estable, salvo que el interesado haya conocido el vicio o que la revocación lo beneficie (Art.18 de la Ley N° 19.549).

b) Conforme lo dispone el Art. 19 de la Ley N° 19.549, el acto anulable puede ser saneado mediante ratificación o confirmación.

c) La pretensión judicial de invalidez de actos anulables es prescriptible. En general, se considera que la pretensión de nulidad está sujeta al plazo de dos años establecido en el Art. 4.030 del Código Civil, aplicable por analogía, que contempla los supuestos de vicios en el consentimiento o falta de causa.⁴⁵

d) Según la interpretación tradicional, la declaración de invalidez de un acto anulable produce efectos irretroactivos, es decir, sólo a partir del momento en que se la declare.⁴⁶ En una posición contraria, Cassagne y Comadira afirman que, en virtud de la facultad

⁴¹ Comadira, op. cit., p.58.

⁴² Marienhoff, op. cit., T. II, p. 549; Diez, op. cit., T. II, p. 383; Hutchinson, op. cit., T. I, p. 304; Comadira, op. cit., p. 61; y Cassagne, quien entiende que en el Derecho administrativo, a diferencia del civil, la declaración de invalidez del acto nulo o anulable produce siempre efectos *ex tunc* (op. cit., T. II, p. 180).

⁴³ Comadira, op. cit., p.57. Han criticado la aplicación del plazo de caducidad a la acción impugnatoria de nulidad de los actos nulos de nulidad absoluta: Cassagne, Juan C., “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional”, *El Derecho*, 25-289; Gordillo, op. cit., T. III, p. XI-18.

⁴⁴ Cam. Nac. de Apel. Cont. Adm. Fed. III, Causa “Giménez Voga, clara c. CONFER”, res. del 01-09-81, *El Derecho*, 97-283; Sala III, Causa “Sciance, Luciano c. Gob. Nac. –PEN”, res. del 08-02-83, *El Derecho*, 104-96; Sala V, Causa “Alegre, Hugo c. E.N. –E.M.G.E.”, res. del 21-08-98, *El Derecho*, Boletín de la Cam. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed. N° 2, 1998-116; Sala I, Causa “Campos Ramá, A. c. E.N.- E.M.G.E.”, res. del 30-06-98, *El Derecho*, Boletín de la Cam. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed. N° 2, 1998-103.

⁴⁵ Marienhoff, op. cit., T. II, p. 481; Gordillo, op. cit., T. III, p. XI-33; Cam. Nac. de Apel. Cont. Adm. Fed., Sala III, Causa “Perrone, Eduardo c. Banco de la Nación Argentina”, res. del 19-02-81, BCNFed., del 10-02-81, N° 19.

⁴⁶ Marienhoff, op. cit., T. II, p. 551; Diez, op. cit., T. II, p. 383; Hutchinson, op. cit., T. I, p. 304 y Gordillo, op. cit., T. III, p. XI-33;

que tiene la Administración de crear unilateralmente vínculos obligatorios, la presunción de que siempre actúa de buena fe y el interés público que persigue, cualquiera sea el tipo de invalidez (absoluta o relativa), una vez declarada, tiene efectos retroactivos.⁴⁷

e) La acción judicial de nulidad respecto de los administrados está sujeta al plazo de caducidad del Art. 25 de la Ley N° 19.549. Ya hemos explicado que la pretensión judicial impugnatoria que promueva el Estado Nacional no está sujeta a dicho plazo sino al de prescripción.

4) Nulidad manifiesta y no manifiesta

La clasificación de las nulidades en manifiestas y no manifiestas, basada sobre el carácter ostensible o patente del vicio, si bien no fue adoptada en forma expresa en la Ley N° 19.549, surge de la naturaleza de las cosas y ha sido receptada en otras normas jurídicas.⁴⁸

La Corte Suprema de Justicia la Nación, a pesar de que en algún pronunciamiento pareció rechazar la existencia de nulidades manifiestas, como consecuencia de la presunción de validez de los actos administrativos,⁴⁹ ha admitido esta categoría, tal como surge del conocido caso "Pustelnik"⁵⁰. Por lo demás, ella fue recogida en el Art. 1° de la Ley N° 16.986 y con posterioridad en el Art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto exigen para la viabilidad de la pretensión judicial de amparo que se cuestione un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitrario.

La trascendencia de esta clasificación, que funciona en forma paralela a la que se funda en la mayor entidad del vicio,⁵¹ es evidente ni bien se la vincule al principio de autotutela declarativa pues, según lo entiende un importante sector de nuestra doctrina, al acto que padece una nulidad manifiesta no puede presumírsele válido, lo que habilita su incumplimiento⁵². En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso "Pustelnik" expresó que la presunción de validez no puede "[...] siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez manifiesta"⁵³.

Por otra parte, el carácter ostensible o manifiesto del vicio también tiene relevancia en materia de protección cautelar, pues, a los efectos de acreditar el requisito de la verosimilitud del derecho o *humo del buen derecho*, en numerosos pronunciamientos de la Corte Nacional y del Fuero Contencioso Administrativo Federal se ha exigido la presencia de una ilegalidad manifiesta o patente.⁵⁴

⁴⁷ Comadira, op. cit., p. 61 y Cassagne, op. cit., T. II, p.180.

⁴⁸ Comadira, op. cit., p. 64.

⁴⁹ Fallos: 190:142, "Los Lagos"; en igual sentido, Diez, op. cit., T. II, p. 382.

⁵⁰ Fallos: 293:133.

⁵¹ Cassagne, op. cit., T. II, p. 173.

⁵² Marienhoff, op. cit., T. III, p. 478; Cassagne, op. cit., T. II, pp. 175 y 232-233; Comadira, op. cit., p. 62. En contra, Hutchinson, op. cit., T. I, pp. 306-307.

⁵³ Fallos: 293:133.

⁵⁴ Fallos: 302:2.267, "Recurso de hecho FOETRA Sindicato Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y otros", sent. del 05-04-91; también en "Astilleros Alianza", sent. del 08-10-91. La Cámara del fuero también ha requerido la acreditación de este recaudo en varios de sus precedentes (v. Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, p. 207, en especial, nota 62.

VI. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD POR LOS JUECES

Tradicionalmente se ha afirmado, como una verdad apodíctica, que no era posible la declaración judicial de oficio de invalidez de los actos administrativos.⁵⁵ Como fundamento de dicho aserto, se invoca la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio republicano de la división de poderes, que serían menoscabados de admitirse el control ex oficio de los jueces.⁵⁶

A mi entender, el argumento de la presunción de legitimidad en el que se sustenta la tesis prohibitiva es el más endeble. La autotutela declarativa en nada afecta la posibilidad de que los jueces declaren, sin pedido de parte, la nulidad de actos administrativos.

La presunción de validez sólo significa que el acto se presume *iuris tantum* dictado de conformidad con el ordenamiento jurídico. La situación no cambia porque la invalidez se declare a pedido de parte.

También carece de consistencia el argumento de la ruptura del equilibrio constitucional de los tres poderes, por la absorción del Poder Judicial –aquel que, como decía Jay, no tiene ni la bolsa ni la espada– en desmedro de los otros dos, pues en el fondo no median diferencias sustanciales, en lo que hace a este argumento, por el mero hecho de que la declaración de invalidez se realice a pedido de parte y no de oficio.

Lo que este principio veda es que los órganos jurisdiccionales invadan las facultades propias de la Administración y sustituyan su criterio de conveniencia o eficacia por el suyo propio. Pero ello no ocurre cuando un juez, en el marco de una causa o controversia (Art. 116 de la Const. Nac.) y en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al momento de sentenciar con arreglo al principio *iura curia novit*, evalúa la conformidad de un acto administrativo con el ordenamiento jurídico.

Enhorabuena, en los últimos años se observa una tendencia doctrinaria en sentido contrario que postula, con distintos alcances, que los jueces están habilitados para declarar en el marco de una causa concreta, sin que exista pedido de parte, la nulidad de los actos administrativos. Así lo sostienen Hutchinson, Cassagne y Comadira, los dos últimos con modificación de su anterior criterio adverso.

Las diferencias de matices se encuentran en la circunstancia de que Hutchinson⁵⁷ y Comadira⁵⁸ limitan la facultad nulificatoria de los jueces a los supuestos de nulidad absoluta, y este último autor exige también que aquélla sea manifiesta, mientras que Cassagne, en una posición más amplia, considera que cualquiera sea el grado de invalidez el juez puede anular de oficio el acto.

En esencia, todos entienden que en el caso es aplicable el principio *iura curia novit* y que la aplicación de la sanción más severa que prevé el ordenamiento jurídico constitu-

⁵⁵ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. II, 5° ed., Bs. As., Depalma, 1955, p. 123; Marienhoff, op. cit., T. II, p. 469; el Art. 47, segundo párrafo, de La Ley de Procedimiento Administrativo de Formosa establece: “[...] la nulidad de un acto administrativo, cualquiera fuere el grado o especie de dicha nulidad, no puede declararse de oficio por los jueces, sino a solicitud de parte interesada”.

⁵⁶ *Fallos*: 190:142.

⁵⁷ Op. cit., p. 304.

⁵⁸ Op. cit., pp. 49-50.

ye una cuestión de trascendencia general que rebasa el ámbito de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo y en el que está en juego el orden público.

Como ha dicho Cassagne, el examen *ex officio* implica, precisamente, darles una herramienta a los jueces para que éstos puedan ejercer con plenitud –supliendo incluso el derecho alegado por las partes– la función de control y revisión de los actos administrativos que la Constitución les discierne, lo que, lejos de alterar el principio divisorio y la independencia del Poder Judicial, viene a reafirmarlo.⁵⁹

Por último, si en el Derecho privado el Art. 1.047 del Código Civil impone al juez declarar de oficio la nulidad cuando aquélla es absoluta y el vicio es manifiesto, cuanto más ello debe ser posible en el Derecho administrativo en el cual todo el sistema de invalidez se encuentra estrechamente vinculado al principio de legitimidad, más aún tratándose de actos que adolezcan graves defectos que lo tornan pasible de la sanción de nulidad absoluta, la cual constituye una cuestión de trascendencia general en la que está en juego la teoría de los vicios del orden público.⁶⁰

⁵⁹ Op. cit., T. II, p. 178.

⁶⁰ Comadira, op. cit., p. 50.