

CAPÍTULO XI

SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Finalidad de la teoría o sistema</i>	XI-1
1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos	XI-1
2. Qué debe explicar un sistema de las nulidades	XI-2
3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones.....	XI-3
II. <i>Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil</i>	XI-3
4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas.....	XI-3
5. Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación	XI-10
6. Nulidades absolutas y relativas del Código Civil	XI-10
7. Comparación con el derecho administrativo	XI-10
8. Actos nulos y anulables	XI-13
8.1. La solución tradicional	XI-14
8.2. La solución después del decreto-ley 19.549/72	XI-14
8.3. Conclusiones	XI-16
III. <i>Nulidades administrativas en particular</i>	XI-16
9. Especies de nulidades administrativas	XI-16
9.1. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas.	XI-16
9.2. El supuesto de las sanciones de menor gravedad	XI-20
9.3. El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio	XI-21
10. Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo.....	XI-22
11. La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la admi- nistración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes.....	XI-22
11.1. Comparación con la nulidad.....	XI-25

11.1.1. La prescripción y la caducidad de la acción.....	XI-25
11.1.2. La estabilidad del acto.....	XI-26
11.1.3. La declaración de oficio.....	XI-26
11.1.4. La competencia judicial.....	XI-27
11.1.5. La presunción de legitimidad del acto nulo.....	XI-27
11.1.6. La audiencia de la administración.....	XI-28
11.1.7. La elección de vías.....	XI-28
11.2. Ejemplos de inexistencia de acto administrativo.....	XI-28
11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica.....	XI-29
12. Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo.....	XI-30
12.1. ImpropiEDAD de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos.....	XI-30
12.2. Fundamento lógico-jurídico.....	XI-31
12.3. Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico..	XI-32
13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades admi- nistrativas.....	XI-33
13.1. Actos regulares.....	XI-33
13.1.1. Actos válidos.....	XI-33
13.1.2. Actos anulables.....	XI-34
13.2. Actos irregulares.....	XI-34
13.2.1. Actos nulos.....	XI-34
13.2.2. Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronuncia- miento de la administración.....	XI-35
13.3. Concordancias y remisiones.....	XI-36
14. La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad.....	XI-37
IV. <i>Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo</i>	XI-39
15. La pretendida solución del decreto-ley.....	XI-39
16. Criterio de apreciación.....	XI-41
17. Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo	XI-42
18. La política jurídica de la jurisprudencia.....	XI-43

Capítulo XI
**SISTEMA DE NULDADES
DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

I. Finalidad de la teoría o sistema

1. Las nulidades son sólo relaciones entre otros conceptos

No hay acuerdo en derecho público acerca de cuáles son las nulidades que pueden afectar al acto administrativo: Inexistencia, anulabilidad, nulidad; si se aplica o no el derecho civil en materia de nulidades; cómo se aplica, etc.¹ Para encarar la cuestión debe aquí procederse en igual forma que para obtener la noción de acto administrativo: analizar la finalidad de la investigación, antes de empezar con ella misma. ¿Qué queremos, pues, explicar con una teoría o sistema de nulidades de los actos administrativos? A nuestro juicio, lo que se trata de explicar es *cuáles son las consecuencias jurídicas que habrán de asignarse a un defecto o vicio concreto del acto*. P. ej., si determinada violación de un requisito legal dará por resultado que el acto deba ser dejado sin efecto y/o tratado de determinada manera, a eso lo llamaremos, p. ej., nulidad, etc. Como se advierte, el concepto de nulidad, anulabilidad, inexistencia etc., no constituye sino una relación entre otros conceptos: *la relación en virtud de la cual el derecho asigna a un hecho una determinada consecuencia jurídica*; adviértase que la consecuencia jurídica no

¹ La construcción de este cap., realizada inicialmente en "Teoría de las nulidades del acto administrativo," *ED*, 2: 1091, año 1962, la hemos mantenido en las ediciones de 1963, 1969, 1979 y 1999 de este libro; sin embargo, se encontrarán ajustes como en toda la obra. Es siempre interesante analizar el derecho comparado, en especial los *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, París, 1965, particularmente GIANNINI, MASSIMO SEVERO, "Rapport général," p. 759 y ss.; BOLOUIS, JEAN, "Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français," p. 771 y ss.; CASSETTA, ELIO, "Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit constitutionnel et administratif italien," p. 793 y ss.; de los trabajos sobre la nulidad en el derecho civil, en el mismo libro, cabe destacar RENARD, CLAUDE y VIEUJEAN, E., "Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge," p. 521 y ss. Comparar, en nuestro derecho, las construcciones que realizan BARRA, COMADIRA, HUTCHINSON, MAIRAL, etc., en sus respectivas obras que hemos recordado a lo largo de este vol.

es la nulidad o anulabilidad, sino la efectiva supresión o no del acto bajo tales o cuales condiciones; la noción de nulidad o anulabilidad no hace sino *reunir en un concepto unitario todas esas condiciones y características que según los casos deberá adoptar la efectiva supresión del acto.*²

2. *Qué debe explicar un sistema de las nulidades*

El proceso de investigación que nos llevará al concepto y enunciación de las nulidades del acto administrativo, debe pues partir de algunos supuestos que corresponde analizar previamente: *Cuáles son las consecuencias jurídicas concretas que determinados hechos deben acarrear según el orden jurídico.* Luego, la teoría de las nulidades estudia las consecuencias o sanciones que corresponden al acto administrativo antijurídico. Una vez elaborado ese punto de partida, debe tratarse de hallar los principales tipos y peculiaridades que se dan en las consecuencias jurídicas; y en base a los mismos se estudiará y reunirá las consecuencias jurídicas de un tenor similar, bajo un concepto común: Si encontráramos que todas las consecuencias jurídicas son similares, entonces el concepto sería uno solo; si halláramos una enorme multiplicidad, tantos serían los diferentes tipos de invalidez.

Desde luego, la apreciación y elección de cuáles son las principales consecuencias jurídicas a considerarse va a determinar la noción o nociones de invalidez. Si uno toma tan sólo una de las consecuencias jurídicas (verbigracia, que el acto sea susceptible de verse privado de sus efectos jurídicos), la noción de invalidez será demasiado amplia y con ello inútil para explicar suficientemente cómo son las consecuencias de que se trata; si a la inversa uno toma demasiadas peculiaridades existentes en las consecuencias jurídicas, las distintas especies de invalidez que se ofrecerán constituirán un conjunto demasiado complejo para ser realmente práctico y utilizable.

La solución, pues, está en hallar el término medio, tomar el mayor número posible de consecuencias jurídicas fundamentales y dejar de lado las accesorias. Una vez reunidas las que son fundamentales, deben buscarse sus puntos de conexión y reunir las entonces en grupos, de forma tal que se pueda decir que el grupo A de consecuencias jurídicas se da siempre en forma conjunta y así el grupo B, etc.; y que cada uno de ellos responde a un distinto tipo de hechos que afectan al acto administrativo. A ellos, entonces, llamaremos nulidad, anulabilidad, etc.; a su vez, es de señalar que la *denominación* que se adopte carece de toda trascendencia, pues ha de ser simplemente un punto de referencia conceptual entre los hechos y las consecuencias a que los mismos dan lugar.

² Ocorre pues con el concepto de nulidad lo mismo que con cualquier otro término jurídico: como dice ROSS, ALF, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32, propiedad, crédito y otras palabras, cuando son usadas en el lenguaje jurídico, tienen la misma función que la palabra *tû-tû*; son palabras sin significado, sin referencia semántica y sólo sirven un propósito como una técnica de presentación."

3. Debe analizarse el régimen, no las denominaciones

Por un criterio de claridad o comodidad, podrán adoptarse las denominaciones usuales en este tipo de cuestiones (inexistencia, nulidad, anulabilidad), tratando de adoptar los nombres que por su uso anterior en otras disciplinas presentan ya una familiaridad y una identificación genérica con el grupo de consecuencias jurídicas de que se trata; *pero es necesario advertir que no debe darse a esos términos y significados familiares rigor dogmático alguno*; no debe partirse, por lo tanto, de casilleros en los cuales habrá forzosamente que encajar el de los actos administrativos, ni de principios doctrinarios *a priori* que puedan incidir en la apreciación objetiva de dichas circunstancias y desvirtuarlas. Se tratará de ver qué consecuencias se aplican a ciertos actos, pues esto es lo principal y no discutir sobre la denominación que luego podrá asignárseles.

II. Inaplicabilidad literal de las nulidades del Código Civil

4. Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas³

Antes de entrar al análisis pormenorizado de cómo funcionan las nulidades absolutas y relativas y los actos nulos y anulables del derecho civil en comparación con el derecho administrativo, es conveniente señalar las diferencias generales entre ambos sistemas de nulidades:

4.1. En el derecho civil la nulidad suele concebirse como una sanción por la ausencia o la alteración de un *elemento constitutivo* del acto; en cambio en el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un *elemento* suyo viciado o faltante.⁴ Esto es así porque en el derecho privado el énfasis sobre la voluntad de las partes (art. 1197 del Código Civil) “contribuye a presentar cada acto como definiendo su propio orden jurídico”⁵ y por ello, si bien existen también nulidades por infracciones al orden público, las principales son aquellas que emanan de una imperfección de los mismos elementos que constituyen el acto.⁶ En cambio, las nulidades administrativas no dependen de cuál elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico.⁷

³ En sentido similar SABORIO VALVERDE, RODOLFO, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, San José, SEINJUSA, 1994, 2ª ed.

⁴ BOULOUIS, *op. cit.*, p. 773; GIANNINI, *op. cit.*, p. 760. Si bien la Corte en el caso *Los Lagos, Fallos*, 190: 142, 151, dijo que también las nulidades administrativas se consideran en relación a los elementos del acto, pensamos que esa afirmación no concuerda con el criterio que el tribunal realmente utiliza para valorar los vicios, lo que se evidencia en *Pustelnik*, 293: 133.

⁵ BOULOUIS, *op. loc. cit.*

⁶ BOULOUIS, *op. loc. cit.*

⁷ Conf. SABORIO VALVERDE, *op. cit.*, p. 20 y nota 13.

4.2. En el derecho civil la nulidad es siempre declarada por un órgano judicial, mientras que en el derecho administrativo puede serlo tanto por un órgano judicial como por un órgano administrativo,⁸ aunque esto último es excepcional, no normal, según vimos al explicar la estabilidad o irrevocabilidad del acto individual en sede administrativa.⁹ Por lo demás, mientras que la primera surge usualmente de un proceso ordinario, la segunda puede también producirse en acciones de amparo u otros procesos sumarios o sumarísimos como los de la ley de defensa del consumidor. A la inversa, la potestad aún excepcional de la administración para revocar alguno de sus actos, importa que tanto ella como la justicia se vean influenciados por su propia naturaleza (dependiente, con tendencia al exceso de poder; independiente, con tendencia al exceso del *self restraint*) al pronunciarse sobre la validez o invalidez de un acto.

La administración tiende a ejercer su poder con excesiva autoridad, en tanto que la justicia peca por excesiva autorrestricción en el control. Otra diferencia que surge de la diversidad de órganos que pueden aplicar el sistema de nulidades administrativas, es que en nuestra jurisprudencia los jueces han declarado en el pasado no poder conocer de oficio en las nulidades administrativas (lo que sí pueden hacer en algunas nulidades civiles),¹⁰ al par que los órganos administrativos pueden conocer de oficio en las nulidades —que siempre son, por lo demás, administrativas—¹¹ de aquellos de sus actos no alcanzados por la irrevocabilidad.

Tal como lo destacamos en la “Introducción” de este vol., es llamativo verificar cómo sobreviven innúmeros criterios jurisprudenciales cuyo alcance concreto es negar el acceso a la tutela judicial efectiva a los particulares: La declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio*, la no declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos, la no justiciabilidad de determinados actos, etc. La restitución del derecho administrativo argentino al Estado de derecho (o al *rule of Law*, parafraseando a DICEY), luego de tantos gobiernos de facto en un pasado no tan cercano, está inexplicada e inexplicablemente demorada. No es de

⁸ Claro está, la revocación administrativa está sometida a revisión judicial. Ampliar *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a § 22, “Otros problemas;” t. 2, cap. XIII y ss.; *infra*, en este t. 3, cap. XIII, § 3, “Anulación y revocación por ilegitimidad.”

⁹ Ver *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹⁰ D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en la Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, 2ª ed., p.130, expresa que “cuando esa competencia orgánica se actuó, de oficio o a petición de parte, con injerencia en la esfera de derechos de un individuo... el juez juzga plenamente respecto de la actuación, sin límite ni condicionamiento alguno.” Con todo, hay progresos, como el que explicamos en “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3.

¹¹ Nos remitimos a lo dicho *supra*, cap. II, § 10, “Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa,” a § 15, “Conclusión;” esta posición, que iniciamos en 1963, ha sido seguida por CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 177-9, quien además recuerda a BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1992, pp. 224-6 y a VANOSSI, JORGE R., *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984, p. 226 y ss.; en igual tesitura cabe recordar la clásica posición de BIDART CAMPOS.

extrañar entonces que se produzcan esfuerzos doctrinarios por cuestionar todo el andamiaje y no solamente su perpetuado disfuncionamiento.¹²

Por supuesto, la administración no puede en ningún caso declarar ella misma la nulidad de un acto jurídico emanado de *particulares*, ni entrar a conocer del supuesto vicio de la voluntad del particular. Es cierto que a veces se ha postulado, y no hemos sido una excepción a la regla,¹³ que la administración puede revocar aún el acto estable cuando ha mediado dolo del particular,¹⁴ o aún simplemente conocimiento del vicio del acto que lo beneficia, como así también que algunos ordenamientos consagran esa solución,¹⁵ pero no lo es menos que esto importa que la administración estaría analizando el vicio de la voluntad de un particular, lo cual nos parece hoy resultar en una absoluta invasión de las únicas facultades privativas que existen, precisamente las del Poder Judicial. Sostener lo contrario importa someter a la administración el juzgamiento, así sea provisional, de conductas privadas, lo que no parece admisible en un Estado de Derecho. Algo parecido puede deducirse del fallo de la CSJN en *Ángel Estrada*, del año 2005, donde negó a un ente regulador facultades jurisdiccionales para resolver conflictos entre particulares, con acertado fundamento en su ausencia de independencia.¹⁶

4.3. En el derecho civil los vicios que dan lugar a las nulidades del acto jurídico están en su mayor parte *expresamente* contemplados en el Código Civil, señalándose incluso qué tipo de nulidad corresponde a cada vicio. En el derecho administrativo en cambio, no todos los vicios están contemplados explícitamente en la ley administrativa (ni la ley civil, lógicamente, los contempla por su parte).

¹² Nos estamos refiriendo a nuestros propios intentos en diversos puntos, notoriamente, poder de policía: t. 2, cap. V y nuestro art. "Policía y Poder de Policía," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, pp. 237-41 y al de MAIRAL en la doctrina hermana del contrato administrativo, que recordamos en la referida "Introducción," nota 3. Ver también las referencias y remisiones que allí hacemos en la nota 1.

¹³ Nos referimos a nuestro proyecto de 1964, que como toda tesis que peque por exceso de autoridad, ha tenido éxito: ha sido receptada tanto por la legislación nacional de 1972 como por la de la Ciudad de Buenos Aires luego de la instalación de su Gobierno Autónomo, a pesar de una Constitución liberal con la cual parece ahora enteramente discordante.

¹⁴ En tal sentido FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 361, a quien también recuerda BARRA, RODOLFO C., "La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración," *ED*, 108: 586.

¹⁵ Así, el del GCBA.

¹⁶ Ver CSJN, *Ángel Estrada, JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, con nuestra nota "Ángel Estrada," pp. 46-48; reproducida en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311. Para que un tribunal administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, se requiere imparcialidad e independencia, algo que ocurre en muy pocos supuestos. Nos remitimos a "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, 2003, pp. 19-32.

Por otra parte, si bien el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo contempla supuestos que fulmina con la nulidad absoluta, no ha sido esa la historia de su aplicación jurisprudencial, en la cual la valoración de cada vicio debe necesariamente hacerse en el caso concreto. Por fin, el vicio por antonomasia es la arbitrariedad de la administración, que surge de innumerables supuestos analizados por la doctrina y la jurisprudencia y se hace imposible reducir a una única fórmula general.¹⁷

4.4. Como consecuencia de lo anterior, mientras que el sistema civil de las nulidades tiene mayor certeza y previsibilidad, el administrativo es más incierto y por ende propenso a la inseguridad jurídica.

4.5. También como consecuencia de lo ya expresado,¹⁸ en derecho administrativo no rige el principio *pas de nullité sans texte*, cualquiera sea su grado de vigencia en derecho privado. Dicho en otras palabras, se mantenga o no en derecho privado aquel clásico principio,¹⁹ en derecho administrativo él es claramente inaplicable.²⁰ Este es uno de los aspectos que a veces cuesta entender a los que no cultivan la disciplina. El derecho privado maneja pocos principios jurídicos indeterminados que llevan a una única solución justa en el caso, p.ej. la buena fe, abuso del derecho, lesión, etc. (es imposible definirlos de antemano a través de un catálogo de actos prohibidos, pero cuando el juez establece que el hecho determinante ha ocurrido, la nulidad deviene su necesaria consecuencia).

En el derecho administrativo hay más, *v.gr.* la publicidad, transparencia, eficacia, justicia, que emergen de la CICC, más el principio cardinal de la razonabilidad en su doble vertiente sustantiva (debido proceso legal, garantía de defensa) y sustantiva (razonabilidad), cuyos múltiples casos y supuestos de aplicación analizamos a lo largo de toda la obra.²¹

4.6. Se ha producido un acercamiento entre las nulidades civiles y administrativas, en cuanto ha pasado a ser corriente en el derecho civil la admisión de que los derechos de carácter constitucional y en general los derechos humanos consagrados en los tratados supranacionales e internacionales constituyen supuestos de antijuricidad en las conductas privadas. (P. ej., discriminación; violación de la

¹⁷Nos remitimos al cap. VIII, § 7, “Imposibilidad de hecho,” a § 9, “Inmoralidad. La ética pública;” cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” a § 8.5, “Otras hipótesis;” y fundamentalmente al t. 1, *supra*, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo” y cap. X, § 15, “Los límites a la actividad discrecional.” Véase también FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

¹⁸*Supra*, § 4.3.

¹⁹P. ej., la teoría de la inexistencia aparece en el derecho privado, según BOULOUIS, “para liberar al juez de las consecuencias del principio según el cual no hay nulidad sin texto” (*op. cit.*, p. 774). En igual sentido GIANNINI, *op. cit.*, p. 767; SAVORIO VALVERDE, *op. cit.*, pp. 19-20; comparar RENARD y VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 525 y 540.

²⁰WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 19.

²¹Ver las remisiones efectuadas *supra*, nota 17.

privacidad o intimidad, etc.) Esos mismos supuestos vician también y con mayor razón, la conducta administrativa. De todas maneras, si bien a veces el derecho privado recurre a la aplicación de reglamentaciones administrativas para juzgar conductas privadas, esto es más común en el caso de las nulidades administrativas. Las normas cuya infracción puede dar origen a la comisión de vicios del acto administrativo son tanto *internacionales, supranacionales, constitucionales* como *legales o reglamentarias*, precedentes de la propia administración, etc., amén de que hay también vicios no contemplados expresamente en norma concreta alguna pero que devienen de los principios generales del derecho, los principios jurídicos indeterminados, la garantía de razonabilidad, etc. Las fuentes de los vicios del acto administrativo son así múltiples y se encuentran muy dispersas, siendo más fácil no advertir alguno de los vicios de un acto puede padecer. Por ello el análisis de los vicios del acto administrativo requiere mayor investigación que el de los vicios del acto jurídico privado.²²

4.7. Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), en el derecho administrativo antiguo la administración sí podía hacerlo, revocando los actos ilegítimos que hubiera dictado en tanto no afectara derechos de terceros que se estuvieran cumpliendo.²³ En el derecho comparado existe una acción judicial expresamente creada por el legislador a este efecto: La acción de lesividad,²⁴ en nuestro derecho se la incluye dentro de los procesos ordinarios como una de las posibles pretensiones procesales de la administración en juicio, aunque no la usa con la frecuencia que debiera²⁵ y no abundan los casos en los que el Poder Ejecutivo

²² A ese fin hemos dedicado los caps. precedentes: caps. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo," IX, "Vicios de la voluntad" y X, "Formalidades."

²³ Ampliar en COMADIRA, JULIO R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981 y sus muy completas referencias; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 11, § 11.2, p. 190 y ss.; en la actualidad CASSAGNE, t. II, *op. cit.*, p. 182. Es lo que en su momento sostuvimos, interpretando la vieja jurisprudencia. Ahora se enfatiza, incluso para el Estado, la aplicación del principio civilista, lo que coincide con el principio constitucional alemán de la protección de la confianza debida. Ver COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, PEDRO J. J., "La confianza legítima," *ED*, 177: 894; WEBER, ALBRECHT, "El procedimiento administrativo en el derecho comunitario," en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p.77.

²⁴ Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 42 y ss.

²⁵ A pesar del terminante dictamen de la PTN que transcribimos *supra*, cap. VI, § 10.1.1., pp. 19/20. Ver en cambio CNFed CA, Sala II, *Gordillo*, 2006, con nota de VEGA, SUSANA ELENA, "La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la Administración. La agonía de la acción de lesividad," *LL*, 2007-B, 451. Ver BIANCHI, "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?," *ED*, 132: 808; GAVEGLIO, ADRIÁN J., "Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires," *JA*, 2000-III, 1127, esp. pp. 1128 y 1134. En otro criterio, CRESPO, FERNANDA, "La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos," *LL. Sup. Adm.*, en prensa. Ver *supra*, "Introducción," § 4.

mismo recurre a la justicia para interponerla. Prefiere obrar ilegalmente por sí y ante sí en lugar de pedir a la justicia la suspensión de su propio acto; sin embargo, si los órganos de asesoramiento letrado de la administración cumplen como deben el recordado dictamen de la Procuración del Tesoro y aconsejan en consecuencia, la práctica deberá finalmente cambiar.

En todo caso, ese proceder por sí y ante sí revocando su propio acto que reconoce derechos al particular, viola también el principio de congruencia y no contradicción, siéndole de aplicación aquello de que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.”²⁶

Como tiene dicho la CSJN, “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean éstos los particulares o el propio Estado*;” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa *venire contra factum proprium non valet* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe;”²⁷ pues “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”²⁸

Puede en verdad apuntarse que estos precedentes implican la reversión del principio clásico, y la Procuración del Tesoro ha sido muy terminante al respecto.²⁹ Hay también precedentes que, aún partiendo de la construcción tradicional,³⁰ la matizan.³¹

Se ha mantenido y ampliado en el sentido que el precedente administrativo obliga a la administración, que no puede en tal caso simplemente invocar que

²⁶ ST. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda, LL*, 1998-E, 197, 202, voto de TOMÁS HUTCHINSON, quien cita CSJN, *Fallos*, 7: 138, *Arigós*, 1869; *California S.E.C.P.A.*, 1983, *Fallos*, 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85. SCMendoza, Sala I, *Arrigoni*, 1990, *ED*, 141: 213, con notas de MAIRAL, HÉCTOR A., “Una aplicación de la doctrina de los propios actos a la Administración Pública” y de BIDART CAMPOS, *ED*, 141: 212; BORDA, *LL*, 1991-B, 38 y otros citados en *Spampinato*, SC de Mendoza, Sala I, 1998, *ED*, 181: 113. En contra BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS e IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, “El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*,” *ED*, 106: 851.

²⁷ *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional, JA*, 1989-IV, 429.

²⁸ *Supra*, el dictamen transcrito en parte en el cap. VI, § 10.1.1, pp. 19/20, y los precedentes que invoca en el mismo sentido, cambiando la jurisprudencia anterior. Ver también CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro, LL*, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine*; MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

²⁹ Costa Rica prohíbe en su art. 175.6 que la administración introduzca la pretensión de lesividad por reconvencción. Ver SABORIO VALVERDE, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁰ GRECCO, “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906.

³¹ CNFed. CA, Sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 459 y demás fallos aquí citados en el cap. III, nota 33, con comentario en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, § 38, “La práctica administrativa,” pp. 104-6.

fue torpe. En este sentido, lo que fue normal en el pasado, admitirle a la administración invocar su propia torpeza y volver sobre sus propios actos,³² parece cada vez menos admisible en el Estado contemporáneo.³³

Desde otra perspectiva que ilumina el enfoque que nos parece aproximarse al punto de equilibrio, se señala que la seguridad jurídica, tantas veces invocada a favor del acto, es en rigor un principio construido en tutela de los derechos individuales,³⁴ al par que se señala con justeza que resulta entonces absurdo postular la seguridad jurídica como valor oponible por la administración al particular. Es que el juicio de anulación llevará indefectiblemente casi una década durante la cual la norma será, al contrario, la absoluta inseguridad acerca del resultado final de la litis una vez agotadas todas las instancias incluyendo la del recurso extraordinario.³⁵

Estas señales que va dando con frecuencia la jurisprudencia puede ser indicación del futuro abandono definitivo de ese otro “anquilosado paradigma” del pasado,³⁶ máxime ante el categórico grupo de dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que acabamos de mencionar en notas anteriores, que obliga a todos los abogados que dictaminan en la administración pública nacional centralizada o descentralizada.

4.8. Mientras que las nulidades civiles tienden fundamentalmente a custodiar la voluntad de las partes, las nulidades administrativas buscan principalmente reafirmar la vigencia objetiva del ordenamiento jurídico; o, si se prefiere, asegurar el interés público *no en cuanto interés de la administración*, sino en cuanto *interés colectivo* de que *la administración no viole el orden jurídico*.³⁷ Pero esto tiene una dinámica inestable, que lleva con frecuencia a que la realidad signifique una desprotección del interés público representado por la seguridad jurídica de

³² COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa,”* Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed., p. 53 y ss.

³³ COMADIRA, *op. ult. cit.*, p. 55 y ss.; *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894. CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse*, *LL*, 1-IX-06, tiene en cuenta el propio proceder del Instituto de la Propiedad Industrial para declarar la nulidad de un acto administrativo por el cual se pretendía declarar la caducidad de una patente. CAPUTI, CLAUDIA, “La coherencia del obrar administrativo,” *RDA*, 16: 879 a 907.

³⁴ CAPUTI, M. CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

³⁵ TAWIL, GUIDO, “El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473; “Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación,” en *RAP*, 133: 11, Ciencias de la Administración; “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial,” *ED*, 128: 958 y sus remisiones.

³⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1236.

³⁷ Sigue este criterio SAVORIO VALVERDE, *op. cit.*, p. 17. Sobre la distinción entre interés público e interés de la administración pública, ver *supra*, t. 2, cap.VI, § 5.1 y ss.; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, § 468, esp. p. 829; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, Buenos Aires, 1989 y su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, en que sigue nuestra construcción.

los derechos individuales frente a la administración. Dicho en otras palabras, el interés público o bien común, o bienestar general, etc., resultan la mayor parte de las veces meras fórmulas dogmáticas vacías de contenido, de explicación y de sustento fáctico, con las cuales se funda sin argumentación alguna cualquier solución favorable al poder de turno.³⁸

5. *Distintos casos o especies de nulidades. Criterio de comparación*

Las diferencias que hasta aquí hemos señalado indican que se trata de dos sistemas diversos en sus rasgos generales; veremos ahora cómo también en el funcionamiento concreto de los distintos casos de nulidades existen diferencias entre el derecho civil y el derecho administrativo. La distinción entre actos nulos y anulables y entre nulidad absoluta y nulidad relativa del CC, no se presenta con iguales características en el derecho administrativo. Nos referiremos a las *consecuencias jurídicas* que el CC establece para ciertos *defectos* de los actos jurídicos y las diferenciaremos de las *consecuencias* que el derecho público a su vez dispone para similares *defectos* del acto administrativo.

6. *Nulidades absolutas y relativas del Código Civil*

Esta distinción se basa en nuestro Código Civil en que: a) la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, mientras que la relativa requiere petición de parte; b) la nulidad absoluta puede pedirse por todos los que tengan interés en hacerlo y por el ministerio público en el sólo interés de la ley; la nulidad relativa sólo pueden alegarla aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes; c) la nulidad relativa es susceptible de confirmación, la absoluta no: arts. 1047 y 1048.

7. *Comparación con el derecho administrativo*

a) El primer criterio de distinción no existió tradicionalmente en el derecho público argentino, en el cual se entendió que por la presunción de legitimidad de los actos administrativos los jueces no podían en ningún caso declararlos nulos *de oficio*.³⁹ Esta antigua idea jurisprudencial se emparentaba con otras que restringían el

³⁸Lo señala GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*, al referirse al “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro.” Coincide con nuestra antigua prédica en contra de la prevalencia dogmática de un interés público que no se puede definir ni caracterizar, ni menos aún explicar, frente a un concreto cúmulo de intereses individuales coincidentes, como explicamos en el t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” p. VI-31 y ss. y lo sostenemos ininterrumpidamente el año 1962 en nuestro artículo “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, hasta el presente. Ver también *supra*, “Introducción,” § 3; cap. IX, § 8.4.1.1., “El anquilosado paradigma de la prevalencia del interés público, bien común, etc.”

³⁹CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, 1941; BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia,” separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1946, p. 192 y ss., p. 195; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, pp. 431-2.

control judicial,⁴⁰ p. ej. negando la declaración de inconstitucionalidad de oficio, con lo cual se cometía la peor de las contradicciones: afirmar que el juez conocía y aplicaba el derecho (*iura novit curia*), pero no la Constitución.

El juez no conocía ni aplicaba la Constitución, era lo que surgía de esa absurda negativa. Desde luego que han existido importantes reacciones contemporáneas a esa negación máxima del orden jurídico.⁴¹ Pero falta aún recorrer más camino para que la Constitución se aplique como orden jurídico supremo, junto a los tratados internacionales y no como excepción a la regla de sumisión al ordenamiento legal y reglamentario.⁴²

Con el dictado del decreto-ley 19.549/72, se afirma la idea de que el acto administrativo *nulo* no tiene presunción de legitimidad, pero ¿será ello fundamento suficiente para considerar que los jueces pueden declarar *de oficio* la nulidad de un acto administrativo? La jurisprudencia frecuentemente ha entendido que no, en el pasado, porque a su juicio ello hubiera implicado dictar un pronunciamiento sobre un punto no alegado por el particular y en consecuencia no debatido en el proceso, con posible violación al principio de la defensa de la administración, o del mismo particular, si el acto lo favorece y la administración no ha demandado o reconvenido por nulidad de dicho acto.⁴³

Pareciera pues subsistente en buena parte de la jurisprudencia argentina la vieja regla de que el acto aún viciado de nulidad (según el art. 14 del decreto-ley 19.549/72, de “nulidad absoluta e insanable”), no puede ser anulado de oficio en sede judicial, o sea, sin petición del particular. Esta petición, en todo caso, no tiene ninguna formalidad sacramental salvo el normal cumplimiento de las normas procesales; en otras palabras, basta con que se impugne el acto por

⁴⁰ O, según convenga, ampliándolo cuando se trata de favorecer a la administración. Si ésta no invocó la cosa juzgada, p.ej., hay precedentes que la aplican de oficio. La solución no estaría mal si no fuera por la incoherencia que supone en el sistema, en perjuicio de los derechos individuales y en último análisis del Estado de Derecho.

⁴¹ Además de nuestra propia constante prédica en el sentido indicado, desde las primeras ediciones, cabe recordar con igual criterio a BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 336; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber,” *ED*, 181: 1092 y sus demás referencias. Algunas disidencias en la Corte Suprema habían insinuado un cambio en la materia, al admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los votos de FAYT y BELLUSCIO: *Fallos*, 306: 303, *LL*, 1984-B, 426; *Fallos*, 310: 1401, *Peyrú, LL*, 1987-E, 126 a los que se suma BOGGIANO, *Ricci, LL*, 1998-E, 233. La CSJN misma acogió esa tesis a partir de *Mill de Pereyra, Fallos* 324: 3219, año 2001; *DJ*, 2001-3, 807; *LL*, 2001-F, 891; *LL*, 2002-A, 34; *LL*, 2003-A, 234, con nota de GÓMEZ, CLAUDIO D. La solución se afianzó a partir de *Banco Comercial de Finanzas*, año 2004, *LL*, 2005-F, 453, con nota de FIGUEIRA, BÁRBARA y MUSITANI, CHRISTIAN; *LL*, 30/08/2004, 5; *DJ*, 2004-3, 115; *LL*, 2005-B, 842, con nota de BONINA, FERNANDO N. Puede considerársela, pensamos, finalmente *jus receptum* argentino. Constituye, como es obvio, un sensible avance en nuestro derecho viviente.

⁴² Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín, op. cit.*, pp. 189-91, § 91, “Una historia que no cierra: reparación histórica *vs. ultima ratio*,” *LL*, 1998-D, 215, nota a *Ceballos*, Sala V.

⁴³ Un caso así en *Hernández*, con fallo a favor del particular en las tres instancias; BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

ilegítimo para que el juez quede habilitado y obligado a declarar su nulidad o anulabilidad, si ella existe.⁴⁴

En sede administrativa, en cambio, la nulidad del acto administrativo puede excepcionalmente ser declarada de oficio en tanto no se viole la regla de la estabilidad del acto (art. 17 *in fine* y art. 18); dicho al revés, la regla es que el acto es irrevocable en sede administrativa y la administración sólo puede pedir judicialmente su nulidad y que por excepción la administración puede revocarlo ella misma, por sí y ante sí. Sin embargo, la admisión de la revocabilidad —así sea excepcional— del acto administrativo importa una grave e irrazonable desigualdad con los derechos de los particulares, ya que la jurisprudencia ha interpretado que éstos pueden impugnar la nulidad absoluta del acto solamente dentro del plazo de caducidad de la acción y que por ende la nulidad absoluta del acto administrativo no resulta en verdad y para ellos imprescriptible. Muy por el contrario, a la administración le sería al parecer permitido sin límite alguno de tiempo salvo la prescripción de la acción —y en ocasiones puede existir imprescriptibilidad— pedir judicialmente la nulidad de su propio acto.⁴⁵ Aplicado al caso del acto administrativo singular, que es el objeto de este vol., nos parece una solución tan disvaliosa frente a la seguridad jurídica de los derechos adquiridos que la reputamos violatoria de la garantía constitucional de la propiedad, injusta e irrazonablemente discriminatoria. Va de suyo que estas consideraciones no son aplicables al contrato administrativo viciado de nulidad absoluta, p. ej. en materia de licencias o concesiones de monopolios de servicios públicos sin base legal *stricto sensu* (o sea, ley formal del Congreso de la Nación), o renegociaciones que cambian el objeto, el plazo y precio del contrato de concesión o licencia en forma directa, etc.

En estos últimos supuestos reputamos justo que la acción judicial de nulidad del acto administrativo no esté sujeta a plazo de caducidad, primero por no serle de aplicación el decreto-ley de procedimiento administrativo y segundo porque se tratará por lo general de contratos que aún producen efectos jurídicos, con lo cual queda siempre abierta la acción que establece la ley de defensa del usuario y del consumidor, cuya prescripción no comienza a correr mientras los efectos aún perduran. En estos casos de invalidez del contrato la justicia ha aceptado

⁴⁴ La justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires ha producido un importante avance, desde la reforma constitucional y el nuevo código procesal administrativo, aunque recortado éste en cuanto al control por posteriores reformas legislativas. Ha sido fundamental la creación de los nuevos tribunales. No sólo ha declarado la inconstitucionalidad de oficio de la norma que confiere atribuciones a la administración para trabar medidas precautorias sin intervención del poder judicial en el proceso, sino que le ha ordenado que se abstuviera de ejercer tales facultades, anticipándose *de oficio* a la emisión del acto administrativo ilegítimo: SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435-50.

⁴⁵ Decreto-ley 19.549/72, art. 27; HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 153 y ss.; MURATORIO, “Los contratos...,” *op. cit.*, p. 1211, quien también recuerda a la PTN, *Dictámenes*, 168: 452; 189: 72.

expresamente su revocación en sede administrativa por motivos ciertos de nulidad manifiesta.⁴⁶

b) La segunda distinción tampoco se da con esos caracteres en el derecho administrativo, pues la posibilidad de pedir la declaración de la consecuencia jurídica respectiva está dada por un criterio específico de legitimación procesal: que el impugnante tenga un derecho subjetivo, derecho de incidencia colectiva, o un interés legítimo,⁴⁷ lo que constituye una temática autónoma “que nada tiene que ver con el tipo de nulidad del acto que se impugna.”⁴⁸ Por lo demás, no resulta aplicable al ministerio público la limitación en el caso de la nulidad relativa.

La administración puede pedir ante la justicia la anulación de sus propios actos, a través de lo que en el derecho español, pero también a veces entre nosotros, se llama la acción de lesividad; con la salvedad antes referida a la caducidad y prescripción de la acción. Y es obvio señalar, por otra parte, que la consecuencia jurídica respecto del acto (su extinción) no varía porque deba ser pedida por una persona, o pueda serlo por varias.

c) La tercera distinción existe en el derecho público, en cuanto algunos actos son susceptibles de ser saneados del vicio de que adolecían y otros no. Sin embargo, éste es tan sólo un aspecto de las llamadas nulidades absolutas y relativas y por ende no es suficiente para afirmar que dicha categoría sea aplicable, tal como la da el derecho privado, a los actos administrativos.

8. Actos nulos y anulables

El Código Civil ha centrado hasta ahora la distinción a que ahora nos referimos en que en los primeros (actos nulos) el vicio es *manifiesto*, aparece por sí sólo, a primera vista; y en los segundos no aparece a primera vista, es *no manifiesto* y requiere siempre una investigación de hecho a realizarse por el juez a efecto de determinar la existencia del vicio (arts. 1038 y 1046).

En otras palabras, los primeros adolecen de una nulidad de derecho, taxativa, rígida, “insusceptible de más o de menos,” mientras que los segundos tienen una nulidad “intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.”⁴⁹ Claro que cuando el juez llega a la conclusión de que los hechos del caso determinan la nulidad, esa apreciación deviene a su vez igualmente terminante en cuanto a que trae aparejada la extinción del acto como solución unívoca.

⁴⁶ CSJN, *OCA S.A. c. SIDE* (“S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado”), *ED*, 177: 749, año 1998, con nota de COMADIRA, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento.”

⁴⁷ *Supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” a IV, “El interés legítimo.”

⁴⁸ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, p. 467; 1987, 10ª ed., p. 416.

⁴⁹ LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953, p. 13 y ss.

8.1. *La solución tradicional*

Esa distinción no existía en el derecho público argentino, porque del ya citado principio amplio de que el acto administrativo se *presume válido* se desprendía que en ningún caso podía decirse que adoleciera de una nulidad manifiesta. Siempre era necesaria una investigación de hecho para determinar la existencia del vicio. Señalaba BOSCH en efecto: “Según la Suprema Corte, en derecho administrativo y en razón de la presunción de validez o legitimidad aneja a los actos administrativos, desaparece, tanto la posibilidad de admitir la existencia de actos manifiestamente nulos, como la posibilidad, correlativa, de que tales actos puedan ser declarados nulos de oficio.”⁵⁰ La afirmación de que el acto administrativo nulo no puede en derecho administrativo adolecer de una nulidad manifiesta, en el sentido del Código Civil, no era pacífica en la doctrina argentina y algunos autores ya habían interpretado el derecho nacional en el sentido de que el acto administrativo podía adolecer de nulidad manifiesta.⁵¹

8.2. *La solución después del decreto-ley 19.549/72*

En el decreto-ley 19.549/72, por su parte, encontramos que el art. 14 habla de que el acto administrativo puede ser nulo de nulidad absoluta, pero no agrega manifiesta. Sin embargo, la fuente del art. puede llevar a sostener que sus autores pensaron que no necesitaban decirlo expresamente, ya que tal era la tesis de MARIENHOFF.⁵² Por lo demás, si apreciamos que la nulidad en derecho administrativo no es absoluta en el sentido del Código Civil, quizás no sea aventurado sostener que el sentido objetivo de la norma es genérico, apunta a una única categoría de invalidez grave, que sería indistintamente llamada absoluta o manifiesta, o absoluta y manifiesta. En apoyo de esta forma de pensar cabe señalar que el decreto-ley recoge expresamente la calificación de *regular* para los actos administrativos válidos y anulables y de *irregular* para los actos administrativos nulos.

De cualquier manera, la CSJN a partir del caso *Pustelnik* de 1975, resuelve expresamente la cuestión en el sentido de que la distinción entre actos nulos y anulables consagrada en el derecho civil constituye un principio general del derecho susceptible de ser aplicado o entendido de manera diversa en el derecho administrativo. Expresa el tribunal “que la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del C. C. en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propios de aquellos actos en modo que

⁵⁰ BOSCH, *op. cit.*, p. 195.

⁵¹ Empezando por la crítica del propio BOSCH, *op. loc. cit.*; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 477; DROMI, en el libro de DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 84. Comp. LINARES, *Fundamentos del derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 230. En contra: la doctrina citada en el cap. V, § 3.1, “Jurisprudencia tradicional.”

⁵² MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 632.

las categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho.” (Cons. 3°)

“Que, de acuerdo con tal criterio, la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que sólo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible.” (Cons. 4°)

“Que una de las categorías de la invalidez de los actos administrativos es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene.” (Cons. 5°)

De ello se sigue que en derecho administrativo al igual que en derecho civil, se reconoce ahora la existencia de una categoría de actos, tal como los actos nulos del derecho privado, carentes de presunción de validez,⁵³ aquí llamada presunción de legitimidad, circunstancia que se presenta toda vez que se trata de “actos que adolecen de una invalidez *evidente y manifiesta*,” cons. 2°, cuya “ilegitimidad o irregularidad aparece *patente*,” cons. 4°, o “evidente,” cons. 7°. Estos actos son irregulares y específicamente el art. 14 del decreto-ley los denomina nulos, expresión que reiteran, con variantes, los arts. 17 y 20.

Al lado de esta categoría de actos nulos, similares a los de derecho civil, existen también los actos que, aunque viciados, son regulares y que los arts. 15 y 19 llaman anulables. De estos dice la Corte en el caso *Pustelnik*: “Que el acto administrativo regular, en cambio, aún cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta empero cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad,” cons. 6°; se trata del acto que “no fue manifiesta ni evidentemente inválido,” cons. 17; y que si tenía en todo caso “una causa de invalidez no manifiesta,” cons. 15, ella no le privaba de su calidad de acto regular, pues se trataría de una “invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible,” cons. 4°.

⁵³ HUTCHINSON, TOMÁS, “La teoría de las sanciones al acto administrativo defectuoso,” en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 435, crítica *Pustelnik*: “la afirmación realizada por la Corte Suprema en el caso «Pustelnik» de que el acto manifiestamente nulo no se presume legítimo es una afirmación sin contenido práctico alguno. Pues si la Administración lo puede hacer cumplir tendrá eficacia práctica y porque además lo «manifiesto» o «no manifiesto» en algunos casos puede ser una cuestión de apreciación de quién resuelve.” En este enfoque empírico, se podría agregar todavía más, que los particulares son muy renuentes a interponer acciones o recursos contra el acto nulo, y aún habiendo hecho y obtenido medidas cautelares con ellos, renuncian a notificarlas o desisten del juicio mismo, ante las promesas de la administración de resolver el asunto y la exigencia de previamente desistir de las medidas judiciales. Increíblemente, hasta las empresas multinacionales a veces actúan de este modo.

8.3. Conclusiones

La legislación administrativa utiliza las expresiones nulidad absoluta y acto nulo:

a) Lo primero no es exactamente asimilable a la terminología civil, por lo ya expuesto;⁵⁴

b) el segundo uso se asemeja en mayor grado al utilizado en derecho privado.

Por ello preferimos hablar de actos anulables y nulos, obviando las expresiones nulidad absoluta y relativa, invalidez absoluta y relativa, actos inválidos e invalidables, etc., todas las cuales inducen a nuestro juicio a confusión.⁵⁵ A los efectos de nuestra legislación y dejando de lado por ahora el caso de la inexistencia, tenemos así dos tipos de invalidez del acto administrativo (actos nulos y anulables), que se asemejan en parte a la distinción civilista comentada, pero que de todos modos tienen su fuente en la interpretación legal y jurisprudencia del derecho público en general (recuérdese que muchos de sus principios vienen de tratados internacionales, supranacionales, constitucionales, generales del derecho, etc.) y administrativo en particular antes que en la aplicación literal del Código Civil.

III. Nulidades administrativas en particular

9. Especies de nulidades administrativas

9.1. El supuesto de mayor gravedad de las consecuencias jurídicas

La segunda parte de *Los Lagos*, al analizar la invalidez del acto de caducidad de inscripción de un título de propiedad de tierra fiscal en el Registro de la Propiedad, *particulariza el régimen jurídico* y establece ciertas consecuencias que se aplican en este caso en particular, pero no en todas las demás hipótesis de actos viciados.⁵⁶ Surgió así un tipo específico de invalidez, ratificado luego por el decreto-ley 19.549/72, en el que:

9.1.1. La invalidación produce, o puede producir, efectos retroactivos: “la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado.”⁵⁷

⁵⁴ Ver *supra*, § 8, “Actos nulos y anulables.”

⁵⁵ Se trata de la clasificación que hicimos en la 1ª edición de 1963 y mantuvimos en la segunda de 1969. Al dictarse el decreto-ley 19.549/72, luego de muchas dudas resolvimos mantenerla en la 3ª ed. de 1979; transcurridas muchas reimpresiones y mayor reflexión, estamos más seguros de seguir sosteniendo esta forma de clasificar las nulidades, que por lo demás ha recibido consagración en diversas legislaciones provinciales y en la jurisprudencia administrativa.

⁵⁶ Otros fallos en que se aplicaron estos principios en BOSCH, *op. cit.*, p. 243 y ss.; LINARES, *op. cit.*, pp. 27-8. Entre los fallos posteriores, *Román María José de Seze v. Nación Argentina*, 1958, 241: 384, 396, reitera esa doctrina.

⁵⁷ CSJN, *Los Lagos S.A.*, 1941, *JA*, 75: 921, 926, 2ª columna.

Esta primera conclusión clásica de aquel tradicional fallo ha sido cuestionada por MAIRAL y por BARRA.⁵⁸ MAIRAL postula un criterio empírico conforme al cual según el caso, si el particular no participó en las causas de ilegitimidad, las consecuencias pueden “retrotraerse a la fecha de emisión del acto, o a la de notificación al beneficiario del acto de la demanda impugnatoria, o a la de la sentencia definitiva. En muchas ocasiones será más sencillo buscar soluciones por esta vía que derivar al particular afectado por la anulación retroactiva a una acción de enriquecimiento sin causa.”

Señala BARRA, a su vez, que “el texto, bastante imperfecto, del art. 17 [...] no autoriza a suponer que el efecto de la declaración de nulidad, aún la absoluta, sea [necesariamente] *ex tunc*.” “En su parte final el artículo dice que «sólo se podrá impedir (en relación con el acto cuestionado) *su subsistencia* y la de los efectos aún pendientes [...]»; es decir el acto no subsiste, no es más vigente, pero lo fue hasta ese momento, produciendo sus efectos jurídicos y fácticos propios hasta tanto fue extinguido por la declaración judicial de nulidad.” “No hay otra norma en la ley de procedimientos administrativos que permita otorgarle efectos retroactivos a la revocación por nulidad absoluta de un acto administrativo, sino, sólo construcciones doctrinarias.”⁵⁹

Sin embargo, la ley 25.188 de ética pública, al contemplar supuestos que ella subsume en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72,⁶⁰ difícilmente podría interpretarse del modo propuesto por BARRA, por el grave cuestionamiento que supone dicho encuadramiento normativo. En ese supuesto normativo la anulación pareciera que debe ser retroactiva, si el reproche ético que la conducta merece es de pareja gravedad. El cuestionamiento de BARRA a la interpretación clásica pierde fuerza en el sistema normativo de nulidades que ahora se integra con la ley 25.188; aunque no el de MAIRAL. Si bien BARRA recuerda a FORSTHOFF cuando éste admite la revocación *ex tunc* para el caso de que la nulidad sea producto del dolo del individuo, concluye que “Sin embargo ello no está autorizado en norma alguna, por lo que el Estado deberá asumir las consecuencias de la normatividad creada, aún de manera irregular. Es decir la declaración de nulidad sólo puede tener efectos *ex nunc*, sin perjuicio de resultar procedente exigir del administrado la reparación de los daños causados con su actitud dolosa [...] [y] sin perjuicio de

⁵⁸ MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 519, p. 906; BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586, 589; BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

⁵⁹ BARRA, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Art. 17.- “Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1° estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la ley 19.549. Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.”

la eventual sanción penal.”⁶¹ No obstante, cabe destacar que este autor se está refiriendo al supuesto puntual de la revocación en sede administrativa del acto estable que padeciere nulidad. Pues si un acto que pudiese ser nulo es extinguido retroactivamente en sede administrativa, la declaración judicial de la nulidad del segundo acto sí será retroactiva, con el efecto específico de hacer renacer los efectos jurídicos del acto pretendidamente extinguido, lo cual es claramente retroactivo en el ámbito de lo resuelto por la justicia. A su vez y como por lo demás lo recuerda MAIRAL, en el derecho estadounidense es el juez quien resuelve los efectos en relación al tiempo, solución que también parece justa y acertada.

Así ocurre si una alumna se inscribe en primer año sin estar en condiciones reglamentarias de hacerlo y aprueba normalmente las materias de dicho año. No puede luego negársele la admisión al segundo año so pretexto de invalidar retroactivamente el acto de admisión al primero. El segundo acto debe ser extinguido retroactivamente.⁶² Pero esto, en lugar de una regla, es la solución en el caso concreto.

9.1.2. Se sigue de ello, aunque el tribunal no lo dijo en aquel caso expresamente, que el vicio del acto *no es subsanable*, o sea que es *inconfirmable*;⁶³ el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 lo aclara en cambio terminantemente (“nulidad [...] insanable”). Es la misma aclaración que surge del ya citado art. 17 de la ley 25.188 de ética pública, al remitirse expresamente a aquella norma.

9.1.3. La acción para demandar la nulidad del acto era imprescriptible;⁶⁴ con las reformas al art. 4023 del CC pudo discutirse si se aplicaría al acto nulo la prescripción decenal allí creada, o si subsistiría la regla de la imprescriptibilidad.⁶⁵ La respuesta es discriminatoria: la situación empeoró para el particular

⁶¹ BARRA, *op. cit.*, p. 589/90: en el segundo supuesto se está refiriendo a la administración. Agrega a su vez, renglones antes, que “El principio de la no retroactividad del acto de revocación es, además, una solución justa cuando la Administración es la causante del vicio, pues su propia torpeza no puede perjudicar *a posteriori* los derechos de los administrados.” “Es que la no retroactividad de la revocación es jurídicamente lógica por cuanto el acto administrativo es, en definitiva, una norma jurídica, es decir integra el ordenamiento jurídico general del Estado. Su emisión, como en el orden general y abstracto ocurre con las leyes, implica la creación de situaciones jurídicas que gozan, no sólo para la Administración sino para todos los súbditos, de la presunción de legitimidad. El mismo carácter tiene el acto de revocación, es decir es otra norma jurídica de igual jerarquía que la anterior y que sólo puede crear situaciones jurídicas nuevas, puesto que las normas no pueden, en ningún caso, afectar derechos incorporados al patrimonio según la doctrina que emerge del art. 3º del cód. civil.”

⁶² CSJN, *Hernández*, confirmando los fallos publicados en *ED*, 108: 589, con notas de BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

⁶³ LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, *op. cit.*, pp. 27-8 y los otros fallos que cita.

⁶⁴ Fallo citado, *JA*, 75: 921, 926; LINARES, *Cosa...*, *op. cit.*, p. 27 y 30; DIEZ, *op. cit.*, p. 425.

⁶⁵ La doctrina se orienta a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta aún en el nuevo art. 4023, solución que compartimos desde la 3ª ed., 1979, p. XI-17, siguiendo a SALERNO, *Nulidad absoluta y prescripción*, Buenos Aires, 1978, pp. 43-7 y sus referencias; conf. MAIRAL, t. I, *op. cit.*, p. 378 y ss.; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.

con la interpretación jurisprudencial del art. 25 del decreto-ley 19.549/72, ya que si bien no deberían ser aplicables a los actos nulos los términos de caducidad para su impugnación,⁶⁶ la jurisprudencia no lo ha entendido así,⁶⁷ salvo en muy contadas ocasiones.⁶⁸ Conviene pues evitar discusiones e interponer la acción, en el orden nacional, dentro de los términos de este cuerpo normativo. No hay pues diferencias entre actos nulos y anulables a los efectos del plazo de caducidad para la impugnación judicial, lo cual es una solución obviamente disvaliosa para el interés público representado por el derecho a la legalidad de los particulares frente al poder.

Para la administración sigue siendo, al parecer, imprescriptible. Los pronunciamientos de imprescriptibilidad para el Estado no registran quiebre alguno, ni por la modificación del CC, ni por el decreto-ley 19.549/72. Prueba de esta afirmación es la percepción y las citas que transmite la CNFed. Civ. y Com., Sala III, *in re Maruba SCA*.⁶⁹

“Asimismo, la invalidez del acto nulo y la acción para pedirla no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Los actos nulos no se consienten, porque su nulidad es de tal carácter que trasciende el puro interés del destinatario de él, y afecta al interés público, al orden público.”

“En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en reiteradas oportunidades que la nulidad absoluta es imprescriptible (conf. Fallos: 179: 250; 278: 278/279; 190: 157/158; 241: 396-La Ley, 8-790; 144-588, 29.489-5; 23-251; 94-241). Como así también, que: «las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por faltas de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original» (conf. Fallos: 179: 278).”

No postulamos que las soluciones debieran ser exactamente iguales para administración e individuos, aunque hay más razones para privilegiar el tiempo

⁶⁶ PTN, *Dictámenes*, 83: 115; conf. MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.*, § 239, p. 391; GARRIDO FALLA *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 295; *infra*, t. 4, cap. VIII, § 2.3.3, “«Caducidad de instancia» administrativa.”

⁶⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Muñoz, José*, 16-IV-98; Sala III, *Padilla*, 13-IV-89; *Álvarez Lancellotti*, año 1988, *LL*, 1988-D, 449; *Ronanduno de Maeso*, *LL*, 1988-B, 442; Sala V, *Chanampa*, año 1997, *LL*, 1997-E, 550 y GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 89, “El incumplimiento del plazo del art. 25 no puede resolverse de oficio,” pp. 187-8, *LL*, 1998-D, 209; CFed. Resistencia, *Pereyra de Ferreyra*, *LL*, 1997-A, 100 y nota en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 55, “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” pp. 133-4. Comp. REJTMAN FARAH, “El proceso contencioso administrativo. Algunos debates abiertos,” *LL*, 2007-B, 902.

⁶⁸ Sala V, *Nóbile*, *LL*, 1997-C, 831, comentado en GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 144-5, § 64, “La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños.”

⁶⁹ Año 1997, *LL*, 1998-A, 151, 153.

del particular y no el de la administración,⁷⁰ pero *esta* desigualdad es ya desproporcionada.

9.1.4. Según surge del caso *Pustelnik*, en estos actos el vicio a veces se caracteriza no sólo por su gravedad sino también por su carácter evidente o manifiesto, con lo cual el acto carece también, por lo tanto, de presunción de legitimidad.⁷¹ Sin embargo, bien apunta GAVEGLIO que hay supuestos de nulidad por la gravedad del vicio, que sin embargo no son manifiestos. En otras palabras, la nulidad puede ser manifiesta o no, como también lo apunta COMADIRA.⁷²

9.2. *El supuesto de las sanciones de menor gravedad*

Hay otro grupo de principios específicos que marcan un distinto tipo de invalidez, cuya característica es la menor gravedad del vicio y de las consecuencias que origina. En este grupo de casos:

a) El vicio puede ser subsanado por la actuación posterior de un órgano que haga cumplir el requisito que no se había satisfecho en ocasión de emitirse el acto;⁷³

b) siendo el vicio subsanable, la declaración de la invalidez del acto es constitutiva,⁷⁴ o sea, produce efectos sólo para el futuro (*ex nunc*);

c) la acción para demandar la invalidación del acto prescribe a los dos años por aplicación del art. 4030 del Código Civil referente a los vicios de la voluntad y en particular el error de hecho o leve de derecho;⁷⁵ pero ya recordamos que la jurisprudencia aplica en su lugar los plazos de caducidad de la legislación administrativa local.

d) Según surge de la jurisprudencia y doctrina tradicionales, estos actos tienen, a pesar de su vicio, presunción de legitimidad, derivada del carácter generalmente

⁷⁰ Ver t. 4, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento administrativo,” § 1, “Introducción.”

⁷¹ La doctrina está conteste: MAIRAL, *Control...*, t. II, p. 810, § 463 y 443, p. 777.

⁷² COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, op. cit., p. 61, con sus referencias; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 3.2.2, pp. 75-6; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., cap. 5, § 5.2.2, pp. 85-6; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 1.2.2, pp. 291-2.

⁷³ Así ocurre en los supuestos que contempla el art. 19 del decreto-ley, también, p. ej., en algunos casos de defensa en juicio: CSJN, *Echarran*, año 1950, *Fallos*, 218: 535; *Roonez*, año 1948, 212: 456; *Beltrán, Favario*, año 1952, 222: 117. En sentido similar PTN, *Dictámenes*, 61: 164; 58: 325; 46: 71, admite “la convalidación de actos administrativos que padezcan de nulidad relativa.” Conf. DIEZ, op. cit., pp. 425-6. Comparar MAIRAL, *Control...*, t. II, op. cit., p. 810, § 463.

⁷⁴ Así LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, op. cit., p. 40, respecto de la revocación; comp. GARRIDO FALLA, op. cit., p. 416; 10ª ed., p. 474.

⁷⁵ *Fallos*, 175: 368, *Carman de Cantón*, 1936; 201: 329, *Nación v. Ascasubi*; 241: 384, *De Seze*, 1958. Conf. BOSCH, op. cit., p. 247 y ss., 257; LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, op. cit., p. 30 y los fallos que ambos citan; DIEZ, op. cit., p. 433; PTN, *Dictámenes*, 68: 191; 74: 238.

no manifiesto del vicio. Este último punto debe ser comparado con el análogo de los actos nulos. Ellos significa que el vicio menos grave, que sólo ocasiona anulabilidad, puede ser manifiesto; incluso los vicios intrascendentes que no afectan la validez del acto pueden ser manifiestos (falta de fecha o lugar de firma del acto). También son manifiestos algunos vicios que, si se presentan aisladamente, parte de la jurisprudencia considera subsanables, como falta de audiencia previa, de dictamen jurídico previo, de fundamentación o motivación, etc.

Estos principios más benignos, han surgido en su casi totalidad de fallos en los cuales se consideraron actos viciados de error de hecho o del llamado error leve de derecho.⁷⁶ En el decreto-ley 19.549/72 son, *a contrario*, los supuestos que no encuadran en el art. 14.

9.3. *El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio*

Se ha observado que el derecho público es más benigno, para juzgar de los vicios que afectan la validez del acto administrativo, que el derecho privado para apreciar los vicios que dan lugar a la invalidez del acto jurídico.⁷⁷ A resultas de ello hay ciertos vicios o irregularidades del acto administrativo que a pesar de constituir infracciones al ordenamiento jurídico vigente, no producen ni siquiera la anulabilidad del acto.⁷⁸ O sea, la validez del acto no se ve afectada por cualquier transgresión al orden jurídico en que el acto haya incurrido, por nimia que sea, sino que se requiere cierta entidad en la misma.

Este criterio lo intentó recoger el decreto-ley 19.549/72 en su art. 15, aunque lo hizo de manera oscura, pues mezcló dos cuestiones en verdad diferentes: El supuesto de infracciones no demasiado graves, pero que tornan anulable el acto y dan lugar en consecuencia a su eventual saneamiento o extinción y el supuesto de infracciones intrascendentes. En este último caso y a pesar de la confusión en que incurrió el art., es obvio que no puede haber sino una conclusión: Si la omisión o transgresión es intrascendente, ella no tiene ni puede tener efecto alguno en cuanto a la validez del acto. Por ello el decreto-ley 21.686/77 acertadamente se suprimió aquella referida afirmación, claramente autocontradictoria, que por error material se deslizó, desde nuestro punto de vista, en la primera redacción realizada por la comisión redactora del anteproyecto que luego se transformara en decreto ley 19.549/72. Un claro ejemplo de trasgresión intrascendente sería el art. 8° en cuanto prescribe que el acto “indicará el lugar y fecha;” la falta de fecha del acto se suple con la fecha de la notificación, la que pasa a ser la fecha del acto y la falta de expresión del lugar no tiene consecuencia jurídica alguna siempre que el autor del acto haya actuado con competencia en razón del territorio.

⁷⁶ BOSCH, *op. cit.*, p. 247 y ss.

⁷⁷ CJ de Salta, *Prov. de Salta c/Batule*, 1965, LL, 120: 559 y 561 y JA, 1966-II, 260.

⁷⁸ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 130; WOLFF, *op. cit.*, p. 271; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1974, 4ª ed., actualizada por DANIEL H. MARTINS, p. 504; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 4ª ed., p. 418; 10ª ed., p. 414.

10. *Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo*

De esta forma encontramos inicialmente dos tipos de consecuencias jurídicas a que pueden dar lugar los vicios del acto administrativo: a) unas, más graves, en las cuales el acto es insanablemente inválido, su invalidación produce efectos retroactivos y la acción es imprescriptible o prescribe a los diez años; b) otras, más leves, en las cuales el acto es susceptible de ser saneado, en que la invalidación puede ser constitutiva y la acción prescribe a los dos años. Desde luego, ambos están dentro del principio general común de la invalidación a pedido de parte y no de oficio. A estos dos tipos de consecuencias jurídicas la Corte Suprema las llamó a veces, en el pasado, nulidad absoluta (o actos absolutamente nulos, o actos nulos de nulidad absoluta) y nulidad relativa (o actos nulos de nulidad relativa, etc.)⁷⁹ La doctrina la seguía en buena medida.⁸⁰ La legislación actual, según ya vimos, habla del acto nulo (art. 14; también en el mismo art., nulidad, nulo de nulidad absoluta e insanable; nulo y nulidad absoluta en el art. 17; nulo en el art. 20; nulidad en el art. 16) y del acto anulable (art. 15; igual art.: anulabilidad; anulable, art. 19). En el caso *Pustelnik*, en cambio, la Corte elude el empleo de cualquiera de las expresiones mencionadas y se refiere a la invalidez manifiesta (cons. 4° y 22), como sinónimo de acto inválido (cons. 5°) y de invalidez no manifiesta (cons. 15), para referirse al acto regular que no tiene un vicio manifiesto. Ya hemos dicho que lo manifiesto o no del vicio no puede *per se* resultar tipificante del grado de nulidad.⁸¹ Dada la similitud que ambas categorías tienen con las que el Código Civil llama actos nulos y actos anulables, que son expresiones corrientes en el derecho administrativo comparado⁸² y teniendo también en cuenta que la distinción civilista entre nulidades absolutas y relativas no existe en derecho administrativo, seguiremos utilizando, como lo adelantamos más arriba, estas expresiones y prescindiremos de las restantes.

11. *La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes*

De lo hasta aquí expuesto tenemos tres situaciones diversas, de las cuales una no afecta la validez de los actos administrativos⁸³ y dos dan lugar a otras tantas

⁷⁹ Esa denominación p. ej. en *Fallos*, 241: 384, 396, *De Seze*, 1958.

⁸⁰ BOSCH, *op. cit.*; LINARES, *Cosa juzgada administrativa, op. cit.*, pp. 27-8; DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 425-6. No es ésta una crítica a los autores mencionados, ya que los dos primeros no respaldan expresamente esa terminología y el último la usa sólo incidentalmente, empleando luego el término invalidez. De cualquier modo, lo importante es encontrar una expresión clara que permita a los que hablan del tema entenderse entre sí.

⁸¹ *Supra*, § 9.2, "El supuesto de las sanciones de menor gravedad," *in fine*.

⁸² También en el provincial: C. J. Salta, *Prov. de Salta c/Batule*, año 1965, *LL*, 120: 559; *JA*, 1966-II, 260.

⁸³ Ver *supra*, § 9.3, "El supuesto de la inaplicación de sanciones por el vicio."

categorías de invalidez administrativa, que hemos denominado nulidad y anulabilidad.⁸⁴ Debemos ahora agregar una cuarta situación que si bien no figura en el decreto-ley 19.549/72, es de un rigor lógico a nuestro juicio inevitable y debe ser considerada. Se trata de la hipótesis de *inexistencia de acto administrativo*,⁸⁵ o del acto administrativo inexistente como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo. En definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley prefieren denominar vías de hecho de la administración.⁸⁶ Se trata tan sólo de determinar si en ciertos supuestos en que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar alguno de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos. En otra variante, existe jurisprudencia que desconoce a actos que niegan el pago de deudas que la administración tiene con los particulares, p. ej., *virtualidad jurídica* para modificar la relación jurídica entre las partes: Es un hallazgo verbal para decir, *suaviter in modo*, que no se ha dictado un acto administrativo. Así ocurre cuando la liquidación de un beneficio previsional se modifica sobre la base de instrucciones verbales, lo cual importó un mero comportamiento material carente de juridicidad, generando la responsabilidad de la obligada al pago.⁸⁷

En esta línea MAIRAL propone denominar a estos actos “meros pronunciamientos administrativos.”⁸⁸ Lo mismo sucede a la inversa: Si la administración resuelve ejecutar judicialmente una garantía constituida por un particular por considerar que se ha configurado el supuesto que así lo autoriza, éste no necesita

⁸⁴ Ver *supra*, § 9, “Especies de nulidades administrativas” y § 10, “Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo.”

⁸⁵ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 505; BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, p. 83 y ss.; YMAZ, ESTEBAN, “Teoría del acto inexistente,” *LL*, 89: 893; LINARES, “Vía de hecho administrativa y acto inexistente,” *LL*, 1982-C, 889.

⁸⁶ HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., p. 93, recuerda el caso *Fernández* de la Sala II, 1995, aplicando este supuesto; BIELSA, t. V, *op. cit.*, 6ª ed., p. 633 y ss.; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 214 y ss.; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Depalma, 1992, p. 65 y ss.; *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 9º, § 1, p. 216 y ss.; *Derecho...*, *op. cit.*, cap. II, § 3.2.3, pp. 76-7; *El Acto...*, *op. cit.*, cap. 5, § 5.3, p. 86 y ss.; GRECCO, “Vías de hecho administrativas,” *LL*, 1980-C, 1203; CAIO TÁCITO, *Temas de derecho público*, 1º vol., Río de Janeiro, 1997, p. 309 y referencias.

⁸⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Ize*, *LL*, 2000-D, 860, año 1999.

⁸⁸ Así lo hizo primero en *Control...*, *op. cit.*, t. I, p. 339. Posteriormente MAIRAL amplía su concepto y dice de las dos primeras concepciones antes expuestas, que “Ahora bien, es previsible la renuencia del juzgador a aplicar con liberalidad estas soluciones, ya que hacerlo implica aceptar la existencia de un verdadero escándalo jurídico causado por la Administración:” MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 651 y ss. Para solucionar el disvalor de los caracteres que se asignan al acto administrativo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 660, propone entonces el concepto de “meros pronunciamientos administrativos,” siguiendo el concepto de la jurisprudencia en el sentido de que en el caso “Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas.” Ver CNFed. CA, Sala I, *Polledo*, *ED*, 115: 534; CSJN, *Serra*, *LL*, 1995-A, 401, con nota de BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397.

impugnar el acto, ni cabe suponer que lo consiente si no lo impugna. En efecto, la existencia o no de su deber se dirimirá en la instancia judicial que pretende hacer efectiva la garantía. La administración allí actora deberá alegar y probar que existe el supuesto fáctico y jurídico correspondiente, pues su acto no constituye en la especie título ejecutivo.

Obviamente no es el caso de una determinación tributaria, caso en el cual el título jurídico que se ejecuta es el acto mismo, lo que no ocurre en los meros pronunciamientos administrativos como aquél en que la administración anuncia que demandará.⁸⁹ La cuestión se dirimirá en la instancia de la pretendida ejecución de la garantía, si la administración inicia el juicio. La jurisprudencia tiene la potestad de elegir los caminos que estime más adecuados para hacer justicia. Lo importante es que la haga, desconociendo virtualidad jurídica, en esta última terminología, a actos o comportamientos que en la práctica sean susceptibles de ser confundidos, de hecho, con actos administrativos irregulares, con todas las incertidumbres de índole jurídica a que esto puede dar lugar. En tanto se coincide en la carencia de virtualidad jurídica de tales comportamientos, cualquiera de las acepciones mentadas es aceptable.

Sin ánimo de construir muchas alternativas teóricas, lo cierto es que la jurisprudencia comparada y argentina enuncia distintas variantes de no-acto administrativo:

a) El “mero pronunciamiento,” que existe pero no tiene *ninguno* de los efectos del acto administrativo; es el caso de “no voy a pagar la deuda,” “no reconozco la deuda,” etc.⁹⁰

b) El comportamiento administrativo que no llega a la vía de hecho pero igualmente se califica como “carente de virtualidad jurídica.”⁹¹

c) El acto cuyo vicio es tan importante que el tribunal quiere imponerle una sanción “más enérgica que la nulidad,”⁹² con “una particular [o especial] significación peyorativa,”⁹³ que el juez utiliza empíricamente como “una agravante de la sanción.”⁹⁴ Es lo que ocurre en el caso de un decreto que rebaja remuneraciones intangibles equiparadas por la constitución local a la de los jueces.⁹⁵

d) Si se desea, es posible agregar la vía de hecho *stricto sensu*, que se presenta con más frecuencia —pero no únicamente— en materia de fuerzas de seguridad;⁹⁶

⁸⁹ Sin embargo, conviene tener presente que la administración ha recurrido a actos que funcionan como determinaciones de oficio, aún cuando se exteriorizan por una simple nota de gestión recaudatoria, mientras exigen el pago de un gravamen y un periodo que no ha resultado autodeterminado por el individuo: Ver FERRER, FRANCISCO, “La violación al procedimiento reglado como garantía de inmunidad de la administración,” *LL*, 2004-F, 1052.

⁹⁰ MAIRAL, *op. ult. cit., loc. cit.*

⁹¹ CNFed. CA, Sala IV, *Ize*, *LL*, 2000-D, 860, año 1999, recién explicado.

⁹² ISRAEL, *op. cit.*, p. 176.

⁹³ BOULOUIS, *op. cit.*, p. 780.

⁹⁴ ISRAEL, *op. loc. cit.*

⁹⁵ TSJ de Neuquén, *Boselli*, 21-III-2000: *supra*, cap. VIII, § 12.2, nota 233 y texto, p. VIII-40.

⁹⁶ *Supra*, cap. V, § 3.3.

es interesante destacar que la administración contemporánea es cada vez más renuente a aplicar la fuerza física, aún contando con una decisión judicial que la autoriza a hacerlo;⁹⁷ con más razón aún se habrá de abstener de las vías de hecho. El ciudadano de hoy resistiría, con éxito. El funcionario *debe* hacerlo. Dentro de las vías de hecho que no pueden recibir la calificación de acto administrativo están las órdenes para cometer delitos. En algunos casos particularmente atroces, hay normas expresas en tal sentido.⁹⁸

e) Existe todavía un supuesto en que el juez trata al acto como inexistente, en el sentido que no lo aplica, no lo tiene en cuenta, no lo ejecuta, pero tampoco considera necesario pronunciar su nulidad o inexistencia. Es el caso de la inaplicación del acto administrativo.⁹⁹

11.1. *Comparación con la nulidad*

Existen diversas diferencias:

11.1.1. *La prescripción y la caducidad de la acción*

Tratándose de actos nulos, mientras que la prescripción aplicable al acto anulable es de dos años, por asimilación a los actos dictados con error (art. 4030 del CC), la acción prescribe para la administración a los diez años,¹⁰⁰ o es incluso imprescriptible *para ella*. A la inversa y por lo que se refiere a los particulares, los tribunales tienden a aplicar indiscriminadamente los plazos de caducidad de la legislación administrativa local, en general extraordinariamente exiguos,¹⁰¹

⁹⁷ ISRAEL, *op. cit.*, p. 191 y nota 86; de 839 demoliciones ordenadas por la justicia francesa, 159 han sido ejecutadas en un determinado período.

⁹⁸ El art. IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ley 24.566, con rango constitucional por la ley 24.820, dispone que “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.” Ello excluye también la jurisdicción militar: CNFed. Crim. y Correc., Sala I, V, *J.R.*, año 1999, *LL*, 2000-A, 285, 287. En ese sentido la ley 25.779 ha declarado en el art. 1° *insanablemente nulas las leyes* 23.942 y 23.521; nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506. Finalmente la CSJN ha resuelto la inconstitucionalidad de las normas en *Simón*, *LL*, 2005-E, 331, con notas de DIANA, NICOLÁS; KODELIA, GONZALO S.; MOSCARIELLO, FLORENCIA; *LL*, 2005-D, 651, BADENI, GREGORIO; MORENO, FERNANDO R.; *LL*, 2005-D, 520, CALOGERO PIZZOLO, *LL*, 2005-D, 142, BOICO, ROBERTO J.; *LL*, 2005-C, 845, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; *LL*, 2005-F, 24, MANILI, PABLO L.; *JA*, 2005-IV, 378. Ahora bien, el que no hayan sido producto del ejercicio de las funciones militares a los efectos de la jurisdicción y el derecho penal, no quita el hecho que fueron producidos en ejercicio irregular de la función administrativa, generadora de la responsabilidad del Estado.

⁹⁹ *Infra*, § 14, las referencias de las notas 151 y 152.

¹⁰⁰ Ver, con todo, *supra*, § 9.1.3. y notas. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 114, sostiene que en el caso de la nulidad “La invalidez del acto y los medios para pedirla no están sujetos a ningún plazo de prescripción. Respecto del acto nulo el paso del tiempo y el consentimiento del interesado nada significan, ya que la invalidez es de tal carácter que afecta el interés público, el buen orden general, al orden público,” del mismo autor, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.; MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, t. II, p. 378 y ss.

¹⁰¹ Coinciden en el disvalor de esta solución, si se la aplica al acto nulo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 652; HUTCHINSON, *op. loc. cit.* Ver TAWIL, GUIDO S., “El art. 24 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473, nota a CSJN, *Gypobras S.A.*

aunque aún no han sido declarados inconstitucionales. Es ya bastante firme, pero no por ello menos injusta, la solución que aplica tales plazos de caducidad tanto a los actos anulables como a los absolutamente nulos, de nulidad absoluta e insanable.¹⁰² El carácter inicuo y contradictorio de esa posición es a nuestro juicio patente, aunque no existen por ahora indicios de que pueda cambiar.

Si, en cambio, se trata de una llamada vía de hecho administrativa, o de un supuesto de inexistencia de acto administrativo, o de un mero pronunciamiento administrativo sin virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica entre las partes, en cualquiera de esas terminologías e hipótesis no hay entonces acto alguno respecto del cual pueda empezar a correr el plazo de caducidad. En otras palabras, la acción es imprescriptible¹⁰³ y tampoco se puede aplicar al respecto plazo de caducidad alguno, por lo demás absurdo, de la acción judicial.¹⁰⁴

Hay algunos casos en que la jurisprudencia ha considerado imprescriptible la acción para pedir la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia, lo que parece un progreso, aunque no se extiende a la acción de daños y perjuicios que es consecuencia de esa nulidad por inconstitucionalidad.¹⁰⁵

11.1.2. *La estabilidad del acto*

La segunda parte del art. 17 del decreto-ley 19.549/72 establece que el acto nulo no puede ser revocado cuando de él han nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Si el acto es inexistente, o es una vía de hecho, o un acto sin virtualidad jurídica para producir efectos de derecho, el pretendido reconocimiento de derechos no puede otorgarle estabilidad y puede por lo tanto ser revocado en sede administrativa.

11.1.3. *La declaración de oficio*

Ya vimos que con frecuencia los jueces entienden, lamentablemente, que no pueden declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo, sino que lo hacen sólo a pedido de parte. Si se trata de un acto inexistente, o de una vía de hecho, en cambio, el juez puede de oficio constatar que no existe acto administrativo y así declararlo. Lo mismo ocurre si se trata de actos que el tribunal reputa carecen de virtualidad jurídica y en la hipótesis de inaplicabilidad del acto, sin anulación, que tratamos luego.¹⁰⁶

¹⁰² Entre muchos otros que pueden citarse, CNFed. CA, Sala IV, *Gallegos*, año 1996, *LL*, 2000-A, 550, 42.266-S.

¹⁰³ Salvo para el cobro de sumas de dinero y situaciones análogas.

¹⁰⁴ Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., "Los plazos de caducidad en el derecho administrativo argentino," en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo, en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. En el mismo sentido REJTMAN FARAH, "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo," *op. cit.*, p. 807 y ss., esp. p. 814.

¹⁰⁵ CNFed. CA, Sala V, *Nóbile*, *LL*, 1997-C, 831, con nota en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, § 64, "La inconstitucionalidad es imprescriptible, no los daños," pp. 144-5.

¹⁰⁶ Ver *infra*, §14, "La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad."

11.1.4. *La competencia judicial*

En este punto había antaño una diferencia entre acto válido y acto inexistente, pero ahora parece haberse desdibujado. Tratándose de actos existentes pero viciados, se postulaba tradicionalmente en nuestra doctrina que debía acudirse necesariamente a la jurisdicción y competencia pertinentes (generalmente la competencia denominada contencioso administrativa);¹⁰⁷ en cambio, cualquier juez pudo siempre constatar y declarar la inexistencia de acto administrativo. P. ej., un juez penal que deba intervenir en un proceso por incumplimiento de los deberes del funcionario público, podía y puede constatar que no ha existido acto alguno cuya obediencia o desobediencia pudiera estar en juego y dar por terminada la causa sin necesidad de un pronunciamiento del juez en materia administrativa respecto a la inexistencia del acto. Ahora bien, si el juez penal hubiera de considerar la nulidad o anulabilidad del acto como eximente de responsabilidad, cabe preguntarse si puede requerirse al efecto, en nuestro sistema, un previo pronunciamiento del juez competente en razón de la materia. MAIRAL se pronuncia por la negativa, por considerar que esa solución sólo corresponde en un régimen de doble jurisdicción.¹⁰⁸ Los precedentes de derecho penal que hemos referenciado en otro lugar sustentan sobradamente su criterio, al que aquí adherimos.¹⁰⁹

11.1.5. *La presunción de legitimidad del acto nulo*

Otra posible razón para formular la distinción entre nulidad e inexistencia ha desaparecido, al parecer, en el derecho administrativo argentino actual, aunque era bastante importante anteriormente. Trátase de la vieja afirmación de que el acto administrativo nulo tiene de todos modos presunción de validez y que debe ser obedecido por el particular en tanto una autoridad competente no declare su invalidez. Si esto es cierto, entonces es inevitable hacer la construcción lógica de la inexistencia, para paliar las consecuencias excesivamente severas de una supuesta necesidad absoluta de obedecer cualquier pronunciamiento, por grosero que fuere, emanado de un órgano de la administración pública. Pero aún en la jurisprudencia del caso *Pustelnik*, tiene importancia saber si el particular desobedece un acto nulo o un acto inexistente. En el primer caso, si la administración aplica una sanción al particular que no cumple el acto nulo, la acción en que el particular impugne la sanción requerirá seguramente un proceso ordinario en que se discutan y prueben tanto la validez o nulidad del primer acto como consecuentemente la validez o nulidad de la sanción. En el caso de una sanción por incumplimiento de un acto inexistente o una vía de hecho administrativa,

¹⁰⁷ Ver DE GREGORIO LAVIÉ, *La competencia contencioso-administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960. Comp. BIELSA, t. V, 6ª ed., p. 636.

¹⁰⁸ MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 740 y ss.

¹⁰⁹ Expresamos distinta opinión en ediciones más antiguas. Esta opinión de MAIRAL a la que en la actualidad adherimos, se ajusta mejor, por lo demás, a lo que sostenemos en el §14.

parecería que la acción de amparo podría ser suficiente para cuestionar la sanción y obtener su extinción, ante lo más grosero de la infracción al orden jurídico.

11.1.6. *La audiencia de la administración*

En cualquier causa, aunque la administración no sea parte, el juez puede constatar que determinada conducta no constituye acto administrativo y negarle los caracteres propios de tal.¹¹⁰ En cambio, la declaración de la nulidad de un acto administrativo no podría efectuarse sin la debida intervención y defensa de la administración pública autora del acto cuestionado, salvo que se resuelva no ya la anulación sino la inaplicación del acto.¹¹¹

11.1.7. *La elección de vías*

Otra posible distinción es ya empírica antes que formal. En la ley de amparo se admite esta vía para los actos administrativos que adolecen de una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, pero la jurisprudencia viene siendo muy restrictiva para considerar que dicha hipótesis se ha presentado en los casos que le han sido sometidos a decisión.

Si, en cambio, una persona se encontrara ante una vía de hecho administrativa, o un caso de inexistencia de acto administrativo, la elección de la vía del amparo podría parecer *prima facie* más justificada y con mayores posibilidades de éxito. En los meros pronunciamientos administrativos que menciona MAIRAL, por el contrario, parece más lógico esperar la demanda o demandar según sea el caso, pero sin necesidad de cumplir los recaudos de impugnación de los actos administrativos para poder formular o defender la pretensión procesal de que se trate.

11.2. *Ejemplos de inexistencia de acto administrativo*

Desde luego, sólo reviste interés considerar aquellos actos o hechos que no son actos administrativos pero que por alguna relación de tiempo, lugar o forma pueden parecerse a un acto administrativo.

Pueden recordarse aquí, entre otros, los siguientes casos: a) Quien dicta el acto no es un órgano estatal: el caso del disfrazado, el del *Capitán del Köpenick*, una disposición adoptada por algún asesor extraoficial, por un usurpador, etc.¹¹² b) Quien dicta el acto es un órgano administrativo competente, pero sin voluntad evidente de producir un efecto jurídico: ejemplos para la enseñanza, bromas, etc.¹¹³ c) Quien dicta el acto es un órgano estatal actuando con evidente

¹¹⁰ Así p. ej. en el juicio de la víctima de accidente de tránsito contra la empresa automotriz, el juez no aplica un decreto que pretende reducir la responsabilidad de la demandada.

¹¹¹ *Infra*, § 14.

¹¹² WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 271; CASSETTA, *op. cit.*, p. 794. *Supra*, cap. IX, § 3. Puede ser aplicable el proceso sumarísimo, art. 321 del CPCCN.

¹¹³ WOLFF, *op. loc. cit.*

y grosera incompetencia: un profesor adjunto que decida modificar el plan de estudios de la Facultad; una decisión del consejo directivo de una Facultad declarando intervenida a la Universidad; una decisión de la Universidad negando autorización al Poder Ejecutivo para aprobar el presupuesto, etc.¹¹⁴ d) El acto, aún dictado por funcionario competente, es imposible de hecho, absurdo, impreciso, contradictorio.¹¹⁵ En tales casos no puede cumplírsele y no existe como acto administrativo presuntamente válido y exigible. e) El acto es dictado por una autoridad que solamente está fijando su posición en una relación contractual o extracontractual, pero no tiene virtualidad jurídica para alterar el derecho p. ej. crediticio del particular nacido a resultas de ese vínculo.

11.3. Conclusiones sobre el régimen jurídico de la inexistencia, vías de hecho o meros pronunciamientos sin virtualidad jurídica

Toda vez que se encuentre un acto que no es acto administrativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y a hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo aunque inválido, cabe precisar que no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos, sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo, o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica:

1º) El acto, aunque contenga una decisión destinada a producir efectos jurídicos, no produce esos efectos que por su contenido estaba destinado a producir. Esa inoperancia para producir los efectos jurídicos que por su contenido debía aparentemente producir se advierte en que: a) Los particulares no están obligados a obedecerlo; b) los agentes administrativos tienen el deber de no obedecerlo ni ejecutarlo y si lo hacen incurren en responsabilidad por vías de hecho; a lo sumo pueden tomarlo como la posición de la administración en la negativa al pago o al reconocimiento de un crédito del particular y así no efectuar el pago;

2º) la inexistencia de acto administrativo (o la existencia de un acto inoperante, aparentemente administrativo; o de un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica) significa correlativamente que el acto de que se trate no tiene presunción de legitimidad ni ejecutividad, ni ejecutoriedad, ni menos constituye título ejecutivo judicialmente;

3º) que la verificación de su falta de aptitud para producir esos efectos jurídicos la pueden hacer la administración como los jueces de cualquier fuero;

4º) que los jueces¹¹⁶ pueden declarar de oficio su ineficacia jurídica, pues se trata tan sólo de constatar un hecho negativo;

¹¹⁴ Los casos de grosera incompetencia o grosera irregularidad de actos dictados por órganos administrativos, son los que destaca de antaño la doctrina francesa. Ver DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., pp. 211-2 e IMAZ, *op. loc. cit.*; *supra*, cap. VIII, § 12 a 14; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 214 y 215.

¹¹⁵ Ver *supra*, cap. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo."

¹¹⁶ También los jueces penales, civiles, etc.: WOLFF, *op. cit.*, p. 341.

5º) que esta comprobación judicial o administrativa de que no hay acto administrativo puede hacerse en cualquier tiempo, sin que quepa hablar de acción imprescriptible, porque se trata de la simple verificación de un hecho objetivo.¹¹⁷

12. *Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo*

12.1. *Impropiedad de remitirse al Código Civil para construir el sistema de las nulidades de los actos administrativos*

No era difícil comprender la vieja trama conceptual de las nulidades de la Corte; pero era difícil determinar con exactitud las aplicaciones a que daba lugar, porque al basarse en una comparación y modificación al Código Civil, carecería de un criterio de análisis específico al derecho público que permitiera estudiar y evaluar los vicios de los actos administrativos en cuanto tales.

No es admisible que para determinar si un acto administrativo está viciado debamos tratar de encontrar entre los vicios del CC alguno que se parezca más o menos al vicio del acto administrativo para tratar de fundamentar la nulidad. El CC, por otra parte, no prevé ni ha podido racionalmente prever todos los casos en que un acto administrativo está viciado, por la sencilla razón de que al referirse al acto jurídico escapan a su visión, necesariamente, todas las peculiaridades que pueden darse en el derecho público.¹¹⁸

Al mismo tiempo, es de observar que no todos los casos en que el CC sanciona al acto con una invalidez, deben ser considerados como inválidos en el derecho público. Decir, p. ej., que un vicio de competencia (capacidad) deba dar siempre lugar a la anulabilidad absoluta del acto (vicio insanable, nulidad retroactiva, etc.), es un exceso: una extralimitación material, temporal o espacial en la competencia administrativa puede en algunos casos carecer de significación y en otros ser de mediana importancia, *v. gr.*, un caso de incompetencia en razón del grado.

Este exceso del principio sentado por la Corte lo demostraba el mismo tribunal al expresar, en algunos casos, que el acto impugnado no contravenía ninguna norma jurídica, a pesar de ser evidente que el vicio existía. Lo que sucede es que el tribunal, confrontado con la atadura de su teoría de las nulidades, encontraba que si afirmaba que el acto comportaba una extralimitación de la competencia debía afirmar que el acto era insanablemente nulo, que la anulación debía ser retroactiva y que la acción para pedirla era imprescriptible (salvo los plazos de caducidad locales). Dado que semejantes consecuencias serían excesivas, la Corte Suprema se veía forzada a optar por decir que el acto carecía de vicios. Esa teoría de las nulidades no podía nunca, con tal orientación, desarrollarse plenamente como sistema. Había en ella una falta de lógica interna, una comunión y colisión

¹¹⁷ Sobre las características precedentes CAETANO, MARCELO, *Principios fundamentais do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 269.

¹¹⁸ CJS, *Batule*, 1965, LL, 120: 559; JA, 1966-II, 260: "las reglas del Código Civil sobre nulidades, no se han establecido para casos de derecho administrativo, sino de derecho privado."

al mismo tiempo con la teoría de las nulidades del Código Civil, que le impedía obtener una serie de principios coherentes para el derecho público mientras insistiera en referirlos a los artículos y conceptos del Código Civil. A partir de 1972, con la sanción del decreto-ley 19.549/72 corresponde inevitablemente abandonar como primera referencia los conceptos y normas del Código Civil y tratar de denominar de alguna forma propia los principios del derecho administrativo respecto de las consecuencias jurídicas que cabe aplicar a un acto antijurídico. La mención de las nulidades del derecho administrativo en el art. 17 de la ley 25.188 de ética en la función pública no hace sino reforzar esa conclusión. Para ello se hace necesario, asimismo, renunciar a fundar la teoría o el sistema de las nulidades del acto administrativo en las normas del derecho privado; esta actitud —este sacrificio de fundamentación, si se quiere— es común a todos los países y no implica la construcción de teorías antijurídicas, pues una teoría general o sistema de nulidades, según se verá, surge ya de las principios generales del derecho público.¹¹⁹

12.2. *Fundamento lógico-jurídico*

Debe pues construirse una teoría o sistema de las nulidades de los actos administrativos, basándolo en nociones de lógica jurídica cuya aplicación esté consustanciada con el mismo razonamiento jurídico.

Si el orden jurídico exige expresa o implícitamente que los actos administrativos tengan determinadas condiciones, no hace falta que aparezca una segunda norma que disponga que el acto que no cumpla esos requisitos no se ajusta al ordenamiento jurídico. Hemos hablado ya de las sanciones implícitas en las normas jurídicas¹²⁰ y reiteramos ahora que las sanciones en cuanto “específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico” (MERKEL) no son siempre penas (privación de la propiedad, libertad, etc., a título no de reparación sino de castigo), sino que pueden consistir tanto en el establecimiento de una relación jurídica nueva,¹²¹ como en la extinción de una relación jurídica preexistente,¹²² o la ejecución coactiva de, precisamente, el mismo deber jurídico violado.¹²³ Si

¹¹⁹ Conf. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 503.

¹²⁰ Lo sostenemos desde *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, pp. 68-70; *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., p. 357, etc.

¹²¹ ROGUIN, ERNEST, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68. En Roma, p. ej., el acreedor impago adquiriría un derecho sobre el cuerpo de su deudor; la destrucción culpable de una cosa origina la obligación de indemnizar el daño causado.

¹²² ROGUIN, *op. cit.*, p. 68. P. ej., el incumplimiento del contrato por una de las partes autoriza a la otra a no cumplir su obligación y producir la extinción del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*); el incumplimiento de sus obligaciones por parte de un funcionario público da lugar a la cesantía, o sea a la extinción del vínculo con la administración.

¹²³ ROGUIN, *op. cit.*, p. 69. Así, un deudor que no paga es obligado a pagar mediante coacción, una reunión prohibida es disuelta por la fuerza; un automóvil mal estacionado es retirado por la grúa municipal o policial; una persona que se interna en un lugar prohibido es sacada por la fuerza pública; un testigo que no concurre a declarar es llevado por la fuerza pública, etc..

se quiere, en todos esos casos hay siempre un determinado *aliquid* de castigo,¹²⁴ pero salvo en el caso del derecho penal, lo más importante en la sanción no es el castigo, sino la aplicación forzada del objeto del derecho,¹²⁵ el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido. En la norma “si no pagas, entonces debe ser embargo y remate,” ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso y porque no nos hallamos en el campo del derecho penal,¹²⁶ si una norma jurídica (expresa o implícita) establece en forma imperativa un deber jurídico (p. ej., “los actos administrativos deberán ser dictados dentro de la competencia del órgano;” “el objeto de los actos administrativos no podrá contravenir las prohibiciones expresas de la ley;” “el administrador no puede usar de la competencia que le confiere la ley sino con la finalidad de cumplir el objetivo legal,” etc.), no es extraño a ella interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada. O sea, negar valor jurídico a lo que no se ajusta a derecho.¹²⁷ Estos y otros aspectos de un sistema de las nulidades administrativas no están claros y sistemáticamente resueltos en el decreto-ley.

12.3. *Las nulidades como sanciones implícitas del orden jurídico*

Sin embargo, es obvio que para aplicar estos principios no hace falta norma alguna que fije un sistema de nulidades. De lo antedicho se sigue entonces que, dado que la norma imperativa establece con esa particularidad (imperatividad) un deber jurídico determinado que debe cumplirse en la emisión del acto administrativo, la existencia y la medida de la sanción para su violación no necesitan ser declarados especialmente por otra norma, desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo.¹²⁸

¹²⁴ Mas aún, es sabido que hasta el no otorgamiento de un premio puede tener connotación sancionatoria o de castigo para aquellos que no han resultado merecedores del premio.

¹²⁵ En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del deber jurídico (*v.gr.*, delitos contra la libertad). Se puede, claro está, instituir otro tipo de sanciones que a veces llevan el nombre de reparatorias, como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y el daño moral. Pero cualquiera sabe que ello no alcanza nunca, ni puede jamás alcanzar, el valor lesionado.

¹²⁶ En el cual el principio *nulla pena sine previa lege penale* se justifica en que la sanción penal difiere del deber violado; pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel aforismo no rige y la sanción se consustancia con el deber jurídico. De todas maneras ha de advertirse que con la evolución del derecho de gentes existen delitos de lesa humanidad, que han ido incrementando su número, en los cuales no siempre es de aplicación el principio de la ley penal previa, caso típico, el genocidio. Otros casos tradicionales del *ius gentium* son la esclavitud, trata de blancas, piratería. Casos contemporáneos de *ius cogens* son el *apartheid*, la desaparición de personas, la tortura. Casos que quizás traiga el futuro: la corrupción, el lavado de dinero, el narcotráfico. Ver *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” y sus remisiones.

¹²⁷ En el mismo sentido de este párrafo se ha pronunciado la Suprema Corte de Mendoza, *JA*, 1968-I, 765, *Buschman Garat*, 1967. Ver también WINKLER, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁸ Conf. Suprema Corte de Mendoza, *Buschman Garat*, *JA*, 1968-I, 765; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Ato administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 25.

Al aplicar como sanción la ejecución forzada de la prohibición de la ley —no aplicando el acto que la contravenga, quitándole expresamente la fuerza jurídica que no pudo tener; ergo, anulándolo—, nada se está realizando que la primera norma no haya previsto: Que existía el deber jurídico —imperativo— de realizar tal o cual acción u omisión, de cumplir tal o cual requisito.

Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico (el requisito, etc.) tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a la misma que ese deber jurídico se realice por la fuerza. Esa es una sanción, una nulidad para el acto administrativo, que surge lógica y necesariamente de la misma norma que establece el requisito.¹²⁹

Ese “rasgo esencial de la sanción jurídica”¹³⁰ que tiene la nulidad justifica una vez más la comparación que distintos autores hacen entre el acto administrativo y la norma jurídica.¹³¹

13. Conclusión. Enunciación y denominación de las nulidades administrativas

Reuniendo los elementos de juicio que provienen de la jurisprudencia, a partir de los casos líderes *Los Lagos* y *Pustelnik*, con las modificaciones que el último introduce y de la legislación nacional de actos y procedimientos administrativos, con más lo expuesto sobre el problema de la inexistencia de acto administrativo, podemos encontrar las siguientes categorías:

13.1. Actos regulares

13.1.1. Actos válidos

Están aquí tanto los actos que son enteramente conformes a todo el ordenamiento jurídico, que adolecen de vicios intrascendentes, según la derogada voz del art. 15,¹³² o leves. Se trata del principio *favor acti*, en virtud del cual se prefiere declarar la *validez* antes que la *anulabilidad*, la anulabilidad antes que la nulidad,¹³³ ésta antes que la inexistencia, la constitucionalidad antes que la inconstitucio-

¹²⁹ Conf. en sentido similar FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 309.

¹³⁰ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 15; conf. GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 424. Ver también RENARD y VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 534.

¹³¹ MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, ENAP, 1967; CAJARVILLE PELUFFO, JUAN P., *Invalidez de los actos administrativos*, Montevideo, Editorial Universidad Ltda., 1984, cap. VI, pp. 24-5. Por su parte SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, pp. 15 y 27, nota 20, identifica al acto como norma jurídica individual. Este enfoque es retomado entre nosotros por BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.

¹³² El decreto-ley 21.686/77 modificó la primitiva redacción del art. 15 del decreto-ley 19.549/72, pues éste asignaba impropiaamente la calificación de *anulable*, en lugar de *válido*, al acto afectado de un vicio *intrascendente*. También se los denomina irrelevantes, no invalidantes, etc.: HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 123 y 133; CNFed. CA, Sala III, *Bunge Guerrico*, 1984.

¹³³ Comparar HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, p. 123.

nalidad,¹³⁴ etc. Es decir, se prefiere una vez más al poder frente al derecho.¹³⁵ Como se advierte, es un hilo delgado el que separa la “prudencia política” de la complacencia con la sistemática violación del derecho.

13.1.2. Actos anulables

En razón de tener un vicio no demasiado grave, estos actos:

a) Se presumen legítimos y han de ser tratados como si fueran válidos hasta tanto sean anulados o revocados, de oficio o a pedido de parte;

b) se requiere petición de parte para que el juez pueda anularlos, sin perjuicio de que la propia administración puede revocarlos de oficio a favor del interesado, o a pedido de parte;

c) a veces se requiere una investigación de hecho para que el juez pueda determinar su invalidez; o, si no existen hechos controvertidos sino que se trata de una interpretación de derecho, se requiere lo que la Corte llama el “enjuiciamiento previo para que se torne visible” su “invalidez oculta” (*Pustelnik*, cons. 4°). La diferencia entre esta hipótesis c) y su análoga del punto 13.2.1 es una cuestión de énfasis. En ambos supuestos se da lo manifiesto y no manifiesto,¹³⁶ pero mientras que en la anulabilidad es preponderante o más frecuente lo no manifiesto, en la nulidad ocurre a la inversa. En todo caso y como ya lo hemos dicho en otro lugar, el juez vé o no vé el vicio, eso es todo.

d) su vicio es subsanable, art. 19;

e) su anulación o revocación, en caso de que se lleve a cabo, produce por regla general efectos sólo para el futuro, *ex nunc*;

f) la acción para impugnarlos prescribe a los dos años;

g) tienen estabilidad (art. 18), conforme los recaudos ya expuestos.¹³⁷

13.2. Actos irregulares

13.2.1. Actos nulos¹³⁸

En razón de tener un vicio grave y a veces manifiesto, estos actos:

¹³⁴ Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 91, “Una historia que no cierra: Reparación histórica vs. *ultima ratio*,” pp. 189-91.

¹³⁵ Ver *supra*, t. I, cap. I, § 2 a 6.

¹³⁶ COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, op. cit., p. 61; *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 1.2.2, pp. 291-2; *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. II, § 3.2.2, pp. 75-6; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., cap. 5, § 5.2.2, pp. 85-6.

¹³⁷ Ver *supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹³⁸ Si bien algunos autores prefieren hablar de nulidad absoluta y anulabilidad, como lo hace el decreto-ley, la jurisprudencia y parte de la doctrina utiliza los vocablos nulidad y anulabilidad: HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 123.

a) no tienen presunción de legitimidad: *Pustelnik*;

b) por el principio de defensa de la administración, se entiende que los jueces no pueden anularlos de oficio sino que se requiere petición de parte interesada;

c) no se requeriría en todos los casos una investigación de hecho para constatar su nulidad, por cuanto ella puede resultar de la mera confrontación del acto con el orden jurídico. Sin embargo, en muchos casos la apreciación de la gravedad del vicio exigirá la necesaria producción de prueba que permita evaluar la importancia de la transgresión al orden jurídico.

d) su vicio es insanable, art. 14;

e) su extinción puede producir efectos retroactivos, según las circunstancias del caso;

f) la acción para impugnarlos prescribe a los diez años.¹³⁹ En la práctica, le suele ser aplicado el plazo de caducidad del decreto-ley 19.549/72 para la impugnación judicial, con lo cual se lo termina indebidamente asociando con el acto anulable.

g) en principio no tienen estabilidad, salvo que hubieran creado derechos que estuvieren en ejecución, art. 17 *in fine*.¹⁴⁰

13.2.2. *Inexistencia de acto; vías de hecho; mero pronunciamiento de la administración*

Existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la administración, o aún proviniendo de ésta por adolecer de un vicio grosero,¹⁴¹ se los descalifica como actos administrativos y por ello:

a) No tienen presunción de legitimidad,

b) pueden ser declarados tales de oficio,

c) no requieren investigación de hecho para producir esta constatación, su vicio es siempre manifiesto;

d) su vicio es insanable,

e) la declaración de su inexistencia es retroactiva,

¹³⁹ Con la salvedad expuesta en § 9.1.3 y notas.

¹⁴⁰ Ver *supra*, cap. VI, § 7.2.1, “Requisitos de la estabilidad del acto nulo.”

¹⁴¹ Por supuesto, es ésta una categoría que ha sido y será siempre controvertida, al menos en una de sus facetas terminológicas. SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, § 1.2, p. 15, sostiene que “perturba la exposición” “el enmarañado lógico que el lenguaje provoca en este tópico —del género existen actos inexistentes?—,” nota 5.

f) no existe prescripción de la acción para constatar su inexistencia, aunque puede prescribir el derecho de fondo que se invoca, *v. gr.* en los meros pronunciamientos administrativos relativos a una deuda que la administración se niega a pagar,

g) no tienen estabilidad alguna.

13.3. *Concordancias y remisiones*

De lo expuesto surge que:

a) Es inaplicable literalmente el Código Civil;¹⁴²

b) es también inaplicable en su texto exacto el decreto-ley 19.549/72; la nulidad absoluta no es de igual alcance que en el derecho civil¹⁴³ y los vicios que dan origen a las nulidades no deben ser apreciados sino conforme a su gravedad en los casos concretos.¹⁴⁴

c) Aunque el decreto-ley no hable de la inexistencia de los actos administrativos, es ésta una categoría de lógica jurídica de todos modos aplicable.¹⁴⁵

d) El acto nulo se caracteriza porque su vicio es grave, pero ello a veces se refuerza porque además es evidente o manifiesto, como surge de *Pustelnik*.¹⁴⁶

e) Consecuentemente, el acto nulo no debiera tener presunción de legitimidad y por una razón de coherencia sistemática, no podría tampoco reconocérsele ejecutoriedad.¹⁴⁷

Por ello, a su vez, el funcionario tendría la obligación y no la facultad de suspender el acto ante la interposición de recursos,¹⁴⁸ como tiene la obligación de revocarlo; no debieran correr frente a él los plazos de caducidad ni prescripción. Pero estas suposiciones no siempre son realidad jurisprudencial y doctrina, las que terminan por equiparar a los efectos prácticos de lo que interesa al particular, al acto nulo y anulable.¹⁴⁹

¹⁴² Ver *supra*, § 4, “Diferencias generales entre el sistema de las nulidades civiles y el sistema de las nulidades administrativas,” a § 9, “Especies de nulidades administrativas.”

¹⁴³ Ver *supra*, § 9, “Especies de nulidades administrativas” y § 10, “Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo.”

¹⁴⁴ Ver *infra*, § 16, “Criterio de apreciación,” a § 18, “La política jurídica de la jurisprudencia.”

¹⁴⁵ Ver *supra*, § 12, “Fundamento del sistema de nulidades del acto administrativo.”

¹⁴⁶ Ver *supra*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad,” § 2, “La presunción de legitimidad. Crítica,” a § 6, “Presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo.”

¹⁴⁷ Ver *supra*, cap. V, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

¹⁴⁸ Ver *supra*, cap. V, § 10.3.4, “La obligación de suspender el acto impugnado cuando hay una nulidad absoluta.”

¹⁴⁹ Sorprende a veces que se siga enunciando el viejo y tradicional principio, como afirmación no matizada de la doctrina, pero que no siempre es reflejo de la jurisprudencia y la realidad profesional, que “la regla general de comportamiento ante un acto administrativo nulo es la contraria: es necesario *impugnar el acto*, porque éste no sólo tiene una apariencia de legitimidad, sino que produce efectos como un acto válido.” HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 124-5.

14. *La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad*

Ya hemos expresado que lo que analizábamos eran las consecuencias jurídicas que ciertos defectos del acto producían y que no tenía importancia alguna que la relación entre tales vicios y consecuencias se llamara nulidad, *tû-tû*,¹⁵⁰ etc. Por tal razón hemos tratado en este cap. la inexistencia de acto administrativo, aunque terminológicamente podría argüirse que no sería un caso de nulidad, sino de un acto sin virtualidad jurídica, un mero pronunciamiento de la administración, un no-acto, vías de hecho de la administración, etc., según los distintos enfoques doctrinarios posibles .

Agregaremos ahora otro caso que sin implicar una nulidad en el sentido de extinción del acto bajo determinadas condiciones, es sin embargo un caso en que un vicio del acto acarrea para éste ciertas consecuencias jurídicas de importancia: es la no aplicabilidad del acto.¹⁵¹ Esta categoría existe sólo en derecho administrativo, no así en derecho civil.¹⁵²

Su origen se remonta al régimen de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, antes de la reforma constitucional de 1994 con su introducción de los derechos de incidencia colectiva y los consecuentes efectos *erga omnes* de la sentencia. Así como aquéllas no eran anuladas por los jueces cuando contravenían la Constitución, sino que dejaban de ser aplicadas en el caso concreto ante la impugnación de la parte interesada, así también en materia administrativa los reglamentos recibían tradicionalmente tal tratamiento en sede judicial.¹⁵³

En efecto, cuando los tribunales judiciales se encontraban frente a un reglamento que estimaban viciado, no procedían a extinguirlo sino que lo declaraban inaplicable al caso particular, restándole así eficacia jurídica para ese caso pero no para otros que pudieran haberse dado pero que no fueran objeto de controversia judicial. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a evolucionar —especialmente después de la reforma constitucional— y admite los efectos

¹⁵⁰ *Supra*, t. 1, cap. I, § 6.3, “La textura abierta del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico” y 8, “La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico.”

¹⁵¹ Conf. SUNDFELD, *Ato...*, *op. cit.*, p.24 y nota 16. Como expresa FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., p. 195, desaplicarlo es ignorarlo, no tenerlo en cuenta.

¹⁵² GIANNINI, *op. cit.*, p. 770. Ampliar en CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, 1950, p. 50, quien postula que el juez *debe* desaplicar el acto ilegítimo, aunque deba ocuparse del asunto *incidenter tantum*. Ello, según FRAGOLA, *op. cit.*, p. 196, cuando el juez, por no ser competente en materia administrativa, sino civil, penal, etc., no puede *anular* el acto: al menos ha de desaplicarlo. Ampliar en BERRUTI, GIUSEPPE MARÍA, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, Milán, Giuffrè, 1991.

¹⁵³ Ha dicho la Corte Suprema en *Fallos*, 238: 36 y 43, *Federación Gráfica Argentina*, 1957, que “los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular.” La cuestión de qué constituye caso recibe a veces una respuesta todavía anticuada de la CSJN, no así de los tribunales inferiores. Pero también hay pronunciamientos de la CSJN en la nueva línea jurisprudencial que explicamos *supra*, t. 2, caps. II a IV; entre varios otros, *Asociación Benghalensis*, 2000, allí citado.

erga omnes de la sentencia¹⁵⁴ tanto en materia de actos generales como en otros supuestos. Pensamos que es una solución que terminará por imponerse, por obvia necesidad de economía procesal: Uno y no miles de juicios para obtener la misma sentencia.¹⁵⁵

Este tipo de consecuencia jurídica es principalmente aplicable a los reglamentos, pero podría también darse, en primer lugar, en materia de contratos administrativos, cuando se trata de enjuiciar un acto de aplicación. En tales situaciones, de considerarse que el acto fundamentado en un contrato es ilegítimo por serlo dicho contrato, podría darse la hipótesis de extinción del acto de aplicación (en virtud de la ilegitimidad del contrato), no aplicando así tal contrato pero sin pronunciar su extinción. Ello podrá ocurrir cuando la litis verse no sobre el contrato mismo sino sobre una consecuencia de él (*v. gr.*, una multa). Con todo, pensamos que en materia de servicios públicos y al amparo de la ley de defensa del consumidor, el juez se halla habilitado expresamente para recomponer el contrato con efectos *erga omnes*.

La no aplicabilidad sin extinción puede darse también, en segundo lugar, en materia de actos concretos e individuales; verbigracia, si en un juicio ordinario contra el Estado se cuestiona también la validez de un acto dictado por una entidad administrativa que no ha sido parte en el proceso, podría el juez —en atención a esta circunstancia— no anular el acto pero sí prescindir de su aplicación al caso si lo estima inválido.

Como se advierte, las variantes de no aplicación del acto ilegítimo, como consecuencia específica de la ilegitimidad, se dan fundamentalmente en el ámbito del proceso judicial; en sede administrativa es más raro que pueda producirse este tipo de situación, pues la administración, teniendo indiscutiblemente la potestad de invalidar el acto en cualquier circunstancia ha de encontrar más conveniente revocar el acto antes que no aplicarlo pero dejarlo en vigencia.

¹⁵⁴ Lo hemos tratado *supra*, t. 2, caps. II y III; también en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad.” Cabe destacar los precedentes de la Sala I en *Blas* (LL, 1998-A, 288) y *Barsanti* (LL, 1998-A, 293) y sus múltiples antecedentes (CSJN: *Ekmekdjian*, 308: 647, también en LL, 1992-C, 543), *Monges* (1996), LL, 1997-C, 150; Sala V, *Labatón* (LL, 1998-F, 346); Sala IV, *Youssefian* (cautelar, LL, 1997-F, 270; sentencia en el amparo, LL, 1998-D, 712), *Consumidores Libres, Viceconte* (LL, 1998-F, 102); *Schroder* (Sala III, LL, 1994-E, 449), etc.). Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Es de lamentar que en la SCJBA se haya seguido la tesis negatoria: *Fernández, Viviana Beatriz*, año 2003, LL, *SJDA*, 21-V-2004, p. 46 y ss. Sin embargo en la misma Provincia los efectos *erga omnes* se encuentran ahora previstos en el Código de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios, ley 13.133, art. 28, inc a): “Cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños.”

¹⁵⁵ Ampliar y comparar en BIANCHI, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 13, Buenos Aires, 1998.

No hemos incluido la no aplicación del acto como una categoría dentro de las nulidades del acto administrativo, por cuanto pensamos que si bien participa de las particularidades propias de las nulidades en tanto sanción para el acto viciado, no excluye la aplicación de las demás nulidades (un acto no aplicado puede también ser revocado o en algunos casos anulado) y por lo demás en parte se superpone a ellas; tanto un acto anulable como nulo puede ser dejado de aplicar por un tribunal en razón de su vicio. En otras palabras, la no aplicación es una especie de funcionamiento debilitado de las nulidades, en razón de principios o criterios procesales que excluyen en casos concretos la extinción del acto ilegítimo.

Finalmente, conviene aclarar que la estabilidad del acto administrativo y la prescripción de la acción son elementos que limitan la no aplicación de un acto administrativo, del mismo modo que limitan la extinción del acto anulable; es decir, no puede el juez dejar de aplicar un acto estable si no se lo ha impugnado en tiempo. Desde luego, esta limitación no rige si el acto es inexistente o carente de virtualidad jurídica y tampoco rige respecto de los reglamentos, que en su carácter de normas generales pueden ser impugnados y en su caso revocados, anulados o no aplicados sin limitación temporal alguna.

IV. *Vicios que determinan las nulidades del acto administrativo*

15. *La pretendida solución del decreto-ley*

El decreto-ley pretende hacer una clasificación de los vicios de los actos administrativos, para asignar a cada uno una consecuencia jurídica determinada. Sin embargo se trata de una tarea absolutamente fuera de la realidad, condenada *ab initio* al fracaso.

Por de pronto, es patente que el decreto-ley no tiene siquiera lógica interna, pues enumera como causal de nulidad prácticamente a todos los vicios posibles del acto administrativo, tanto que introduce una cláusula residual por la cual cualquier “violación de la ley aplicable” (inc. *b*) del art. 14 sería causal de nulidad. A ello cabe agregar que a pesar de no incluir en el art. 7° a la forma dentro de los requisitos esenciales del acto administrativo, en el art. 14 inc. *b*) la considera causal de nulidad cuando se tratare de una forma esencial. Al mismo tiempo, cuando en el art. 15 trata de contemplar las causales de anulabilidad, no intenta siquiera enumerar cuáles serían estos vicios, distintos de los anteriores que determinan la nulidad, sino que se limita a sentar un criterio cualitativo, de que el vicio —cualquiera— no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales. ¿Cuándo un vicio no llegará a impedir la existencia de algún elemento esencial? Suponiendo que los elementos esenciales sean los requisitos esenciales del art. 7°, entonces la respuesta no puede ser sino que la existencia del elemento no estará impedida siempre que el elemento no se encuentre demasiado gravemente viciado como para poder sostener que en realidad

ha sido enteramente incumplido y por tanto no se encuentra presente en el acto. Ya tuvimos oportunidad de señalar esto en relación a la competencia en razón del territorio: Siendo como es una medida exacta y por lo tanto el elemento que mejor debería permitir una clasificación rigurosa como la que el decreto-ley se propone, resulta de todos modos imprecisa como toda regla. Supongamos el caso de un agente de tránsito de la Provincia de Buenos Aires que sanciona por una infracción a un automovilista cuyo paragolpe delantero ha sobrepasado dos centímetros el límite de demarcación de la Ciudad de Buenos Aires y se encuentra en dicha medida en la referida Ciudad. Parecería razonable afirmar que en tal supuesto el agente provincial no actúa con incompetencia en razón del territorio. Habría allí un vicio no impedimento de la existencia del elemento o requisito esencial y el acto sería válido. ¿Si en vez de dos centímetros son las dos ruedas delanteras del coche, qué decir? ¿Y si es más de la mitad del coche? ¿Tendremos, acá sí, segura la hipótesis de que el elemento esencial no existe, o todavía podremos discutir que en realidad el elemento existe, pero está viciado? Aún para el caso de que el coche en infracción esté totalmente fuera del territorio de la Provincia, todavía podría argüirse la tesis de la persecución razonable y si la infracción fue cometida en la Ciudad de Buenos Aires, el infractor huye a la Provincia, el agente de tránsito lo persigue y le da alcance apenas un centenar de metros luego de haber traspasado éste el límite de la Ciudad, podría sostenerse que está actuando todavía con competencia en razón del territorio y el acto es en consecuencia válido. De donde surge que la validez o invalidez no depende en absoluto de dónde haya puesto a este vicio el decreto-ley 19.549/72, ni de si el elemento esencial falta o deja de faltar, sino de una apreciación concreta, caso por caso, de la gravedad de la infracción de que se trate al orden jurídico.¹⁵⁶

Por lo demás, la falta de división de los posibles vicios, en diferentes listados, algunos de los cuales se enumerarán como causales de nulidad y otros como causales de anulabilidad o por fin de inexistencia, es una nueva demostración que estamos en realidad en presencia de un criterio cualitativo: *Todos* los vicios enumerados y los demás no enumerados pueden ser, según los casos, intrascendentes, o dar lugar a la anulabilidad o nulidad del acto; todos pueden en alguna situación excepcional presentarse como groseros y producir la inexistencia o la vía de hecho administrativa.

Esta afirmación es demasiado categórica, quizás y nosotros mismos en esta obra intentamos dar criterios aproximativos de cuáles vicios dan lugar en qué situaciones a determinada consecuencia. Pero es una tarea que debe tomarse como

¹⁵⁶ Como dice la CNFed. CA, Sala II, *Silva San Martín*, “el vicio del acto puede provenir, no tanto de que le falta un «elemento esencial», cuanto de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que significa el requisito concretamente violado. O sea, la importancia que concretamente tenga el vicio de que se trata,” sentencia del 20-X-1994, cons. VI, causa 4.725/90. Conf. SABORIO VALVERDE, RODOLFO, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, San José, Seinjusa, 1994, 2ª ed., p. 20 y nota 13.

lo que es, un intento de reflejar empíricamente la jurisprudencia y la realidad administrativa y de clasificarla y ordenarla metodológicamente, pero sin llegar a la formulación de otro criterio genérico y abstracto que no sea el de tener en cuenta la mayor o menor importancia de la transgresión al orden jurídico.

16. Criterio de apreciación

Entendemos que lo que funciona y lo único que puede racionalmente funcionar, es lo que dijo acertadamente FORSTHOFF: La distinción entre los tipos de vicios que darán lugar a las consecuencias señaladas es una cuestión de práctica jurisprudencial y de política jurídica;¹⁵⁷ un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

También la Corte en el caso *Pustelnik* abandona la antigua pretensión de clasificar los vicios y sus consecuentes efectos sobre las nulidades según una remisión a vicios parecidos del derecho privado (incapacidad, etc.) y correctamente evita la tentación de aplicar analógica o supletoriamente este aspecto del decreto-ley 19.549/72. (Cosa que podría haber hecho, a pesar de tratarse en aquel entonces de un caso de derecho municipal, por lo dispuesto en el decreto-ley 20.261/73, que dispuso que aquél era de aplicación supletoria a la entonces Municipalidad.)¹⁵⁸ La Corte, en cambio, opta por el criterio de apreciar la *importancia o gravedad* del vicio de que se trata y dice así expresamente que para concluir en que nos encontramos ante una invalidez manifiesta debemos hallarnos no sólo ante un vicio evidente, sino también dotado de *gravedad*, cons. 5°. Sostiene también, *a contrario sensu*, que se tratará de un vicio no manifiesto cuando no nos encontremos p. ej. ante un “*grosero* error de derecho que superara lo meramente opinable” (cons. 17), o un “*grave* error de derecho” (cons. 5°) y encuentra que en el caso *sub examine* los vicios de que el mismo hubiere podido adolecer no revestían evidencia ni “*gravedad* jurídica suficiente para ser calificado como acto irregular” (cons. 7°). La Procuración del Tesoro de la Nación también ha adoptado el criterio de “la gravedad o importancia del vicio” como criterio distintivo entre actos nulos y anulables.¹⁵⁹

Resumiendo, creemos que lo más que puede decirse es que en general los vicios determinan las consecuencias que a continuación se expresan, conforme a un criterio cualitativo, de práctica jurisprudencial y política jurídica: a menor entidad del vicio, el acto puede tanto ser válido como anulable; si el vicio es grave o muy grave el acto será nulo y sólo en casos de grosera violación del derecho o

¹⁵⁷ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 314; CJ Salta, *Prov. de Salta c. Batule*, 1965, LL, 120: 559 y 561 y JA, 1966-II, 260.

¹⁵⁸ Tales normas están desde luego derogadas desde la creación del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, que dicta sus propias leyes administrativas.

¹⁵⁹ *Dictámenes*, 198:115,116 vta., entre muchos otros; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, 1966, p. 496. O como dice la CNFed., CA, Sala II, *Silva San Martín*, “Las nulidades en nuestro derecho no están tasadas ni enumeradas taxativamente.”

falta de seriedad, inexistente. En caso de duda, se está por el vicio y la consecuencia menor.¹⁶⁰

17. *Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo*

En el derecho administrativo hay mayor reticencia que en el derecho privado para invalidar un acto en virtud de las irregularidades que el mismo contenga. En la práctica no ocurre que el vicio leve haga anulable el acto, el grave nulo y el gravísimo inexistente; sino que el vicio leve de hecho no suele afectar la validez del acto, el vicio grave lo hace anulable, el vicio muy grave lo torna nulo y sólo el vicio de excepcional gravedad lo hace inexistente.¹⁶¹

En otras palabras, cuando en materia de consecuencias jurídicas podíamos llamar leves a las sanciones que correspondían en el caso de los actos anulables y graves a las propias de los actos nulos, en materia de vicios encontramos que no se da la misma relación y que los vicios leves —no sólo los intrascendentes— no producen en la práctica ninguna consecuencia; los vicios graves producen consecuencias leves, los muy graves apenas producen consecuencias graves y así sucesivamente, sin correlación lógica entre los elementos del sistema.

Esto es otra prueba más, en nuestro derecho viviente, de la constante complacencia con el poder, aquí manifestada en la poca severidad con que se juzgan los actos emanados de la administración pública. Por supuesto, ello va en detrimento del interés público que el sistema de nulidades está llamado a preservar.¹⁶²

No damos con esto, pues, nuestro propio concepto acerca de lo que debe ser la valoración de los vicios del acto administrativo, sino que entendemos reflejar el pensamiento dominante en la materia, esencialmente contrario a la aplicación de severas consecuencias por el incumplimiento que del orden jurídico haga un acto administrativo. Tampoco damos con ello, por lo tanto, la orientación que creemos debe adoptarse para estudiar estas cuestiones. Por el contrario, lo hacemos como llamado de atención a fin de que no se cometan excesos de indebida condescendencia con los vicios del acto administrativo y se haga respetar el derecho de los habitantes a que los actos públicos se produzcan acordes al ordenamiento jurídico.

Cuando hay un sólo vicio y él no es realmente grave, se resolverá que el acto es anulable y que el vicio ha quedado saneado por las diferentes circunstancias

¹⁶⁰ PTN, *Dictámenes*, 146: 364; 198: 115.

¹⁶¹ Comp. LINARES, *Cosa Juzgada Administrativa*, *op. cit.*, p. 43, quien interpreta la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que la irregularidad leve da lugar a la nulidad relativa y la irregularidad grave a la nulidad absoluta (en la terminología de la Corte Suprema) y que sólo tiene validez perfecta el acto totalmente regular. Entendemos nosotros que aunque ello represente las expresiones jurisprudenciales, no constituye en verdad el criterio subyacente con que los tribunales juzgan de los actos administrativos, al menos en nuestro país. Hace falta que el acto administrativo incurra en demasiados vicios para conmover a la *deference* de la justicia con la administración.

¹⁶² Que no es, repetimos, el interés de la administración pública: *supra*, t. 2, cap. VI, § 5 y ss.

que en cada caso se explican (dictamen o explicación posterior, audiencia y prueba posterior), o por el mero transcurso del tiempo.

Sólo si se suman diversos vicios estos parecen repotenciarse y llevar a la nulidad, que será entonces absoluta y retroactiva, pero no plenamente reparadora. Al que ha sido privado de su cargo o de la función pública por un pretendido acto de reorganización, ordenamiento, razones de servicio, se le podrá anular el acto si además convence al tribunal que aquel acto, dictado sin audiencia previa ni motivación razonable, es desviado o persecutorio y constituye en verdad una sanción encubierta que es una censura a su conducta, una injuria en cuanto no se le dió oportunidad de defensa. Se dispondrá entonces la nulidad absoluta y el reintegro al cargo con más una suma en concepto de daño moral, pero no se le pagarán salarios caídos. Todo ello, siempre que tuviera estabilidad en el cargo y ella haya sido de tal modo, asimismo, lesionada: Pues si era un empleado transitorio no parece que tales otros vicios lleven a la nulidad del acto.¹⁶³

18. *La política jurídica de la jurisprudencia*

El comisario de Gobierno LASRY en el caso *Baillet* del Consejo de Estado de Francia, señaló en 1956 que si la jurisprudencia admitiera la validez de decisiones formadas sin cumplir determinadas reglas de forma y de procedimiento, estaría animando a la administración a obrar de ese modo, obviamente en desmedro de la función garantista y protectora para los particulares de aquellos recaudos.¹⁶⁴

Sería paradójal, en efecto, que después de quedar establecidos en la norma, con sólido fundamento, los recaudos que debe cumplir la administración para emitir un acto válido, la justicia resuelva que puede incumplirlos, lisa y llanamente, sin que el vicio resultante sea insanable. Está claro que esto es una reprochable decisión de política jurídica.

El mensaje para la administración es que puede normalmente incumplir cada uno de los recaudos de legitimidad del acto sin responsabilidad ni consecuencia alguna. Si llega a existir un cuestionamiento por el interesado, recién entonces procede a hacer lo que no hizo oportunamente. Si no hubo audiencia, la da; si no hubo prueba, la recibe; si faltó dictamen jurídico previo, obtiene con presiones uno *ad hoc*, de favor y a la medida;¹⁶⁵ si no existió motivación del acto, ofrece una explicación o justificación ulterior.

¹⁶³ Así CS Salta, *Pescaretti de Fernández, Ana M.v. Prov. de Salta*, sentencia del 7-III-1988.

¹⁶⁴ Ver y comparar HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, París, LGDJ, 1975, p. 240 y nota 11.

¹⁶⁵ En efecto, el *lobby* que se puede hacer desde adentro de una organización contra uno de sus miembros es considerable. Máxime si quien pide el dictamen tardío es una autoridad superior. La dependencia orgánica de los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado, lamentablemente, no es a dicho cuerpo sino al ministerio, secretaría o ente descentralizado en que prestan sus funciones, perciben su salario, reciben servicios administrativos, etc.