

Título: Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1988-E, 1103

Cita: TR LALEY AR/DOC/5895/2001

Sumario: SUMARIO: I. Sentido actual del sistema de invalidez de los actos administrativos.- II. Semejanzas y diferencias fundamentales entre los sistemas español y argentino.- III. Supervivencia de mitos y errores.- IV. Sobre las reglas, principios y categorías que se considera conveniente mantener en el sistema de invalidez.- V. La nulidad manifiesta como categoría de invalidez y el papel que desempeña en el derecho administrativo.- VI. Consecuencias de la nulidad absoluta.- VII. Reflexiones finales sobre el sistema de invalidez de los actos administrativos.

I. Sentido actual del sistema de invalidez de los actos administrativos

El transcurso de 15 años desde la sanción de nuestra ley nacional de procedimientos administrativos (Adla, XXXIX-C, 2339) [\(1\)](#) suscita un sinnúmero de reflexiones acerca de los resultados que ha provocado su aplicación en las distintas instituciones y categorías que integran el derecho administrativo. La experiencia acumulada en ese lapso, que ha ido nutriéndose con los aportes provenientes de sus principales protagonistas (abogados, jueces y funcionarios) junto a la crítica de los juristas especializados en la disciplina, permite comprobar cómo han funcionado, en el orden de la realidad, las normas y principios de la Ley nacional de procedimientos administrativos y, al propio tiempo, juzgar el acierto o no de sus prescripciones [\(2\)](#).

En ese marco, una de las cuestiones centrales que corresponde reexaminar es la que plantea toda la problemática inserta en tomo de la teoría de las nulidades o invalidez del acto administrativo, la cual representa un ejemplo vivo de la tensión existente entre prerrogativa y garantía, cuya funcionalidad práctica constituye un buen termómetro para medir el grado máximo de ilegalidad que se tolera o consiente en una Administración Pública determinada.

Esta funcionalidad práctica, junto al conocimiento de las deformaciones que anidan no tanto en la estructura del sistema como en la conducta de quienes lo alegan o aplican, arroja no poca luz acerca de los caminos que hay que recorrer para hallar soluciones que, aun sin vocación de eternidad, mejoren el actual estado de cosas y, en definitiva, hagan más digna y justa la coexistencia humana y el papel del Estado frente a ella como verdadero garante del bien común.

En este sentido, el mejor sistema que pueda instituirse para sancionar las ilegalidades en que incurre la Administración Pública resulta infructuoso en la medida en que no se haga carne en la conciencia individual y colectiva de las personas que intervienen en el complejo proceso que culmina con el juzgamiento de aquellas conductas.

El análisis de la trama que configura esa realidad exhibe un panorama de constante violación del ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública, síntoma inequívoco de la crisis que afecta a la sociedad, cuyas causas no pueden atribuirse sin más a las fallas del sistema normativo.

De ese modo, sin acudir a los lugares comunes que explican la crisis como proceso sociológico, intentaré discernir cuáles son, auscultando aquella realidad, los principales motivos que suelen llevar a los órganos de la Administración a realizar hechos y actos violatorios del orden jurídico que, por lo común, lesionan también los derechos básicos de las personas.

Tales motivos principales obedecen a diferentes razones y aunque el derecho las engloba a todas bajo el nomen Juris de "desviación de poder, ellas rebasan casi siempre la finalidad encubierta que persiguen y se proyectan hacia los demás elementos del acto administrativo pues, para alcanzar el fin desviado, hay que forzar o quebrar las reglas y principios objetivos que rigen la competencia, objeto y forma del acto administrativo, operándose a veces hasta la desfiguración de la verdadera razón que justifica su dictado".

En ese plano, la llamada desviación de poder obedece a una dicotomía de intereses públicos y privados, fenómeno ya suficientemente estudiado por la doctrina, aunque escasamente recogido por la jurisprudencia, aun en Francia [\(3\)](#) donde nació esta teoría como una de las causales de apertura del recurso por exceso de poder.

Desde luego que se trata de un fenómeno no circunscripto exclusivamente al ámbito de los actos administrativos, habida cuenta que tanto las leyes como los reglamentos pueden perseguir fines encubiertos y, tras la apariencia de un objetivo de interés general, emitirse en realidad, para beneficiar a un partido político, o a un sector, empresa, grupo o individuo determinado.

Pero las técnicas procesales que operan en el juzgamiento de la desviación de poder en el acto administrativo son distintas. También lo son la estructura y el proceso de formación de las normas generales,

cuya publicidad hace posible que la opinión pública y los medios de comunicación actúen como controles informales de la legalidad y moralidad del obrar de la Administración Pública.

En cambio, la desviación de poder en el acto administrativo suele quedar la más de las veces impune, ya que, excluyendo la impugnación que deduzca el afectado (quien puede no hacerla por la presión que sobre él ejerza la Administración y hasta por la esperanza de recibir otros favores o el temor de perder ventajas o beneficios que el Estado le venía otorgando) la comunidad no dispone de instrumentos efectivos para corregir y sancionar las conductas desviadas.

En este contexto se ha generalizado una suerte de concierto ilícito entre los intereses encubiertos, abandonándose las formas clásicas que se venían utilizando hasta no hace mucho tiempo para ligarse en operaciones más rebuscadas y sutiles, donde se mezcla promiscuamente lo público con lo privado, sin dejar de advertir tampoco aquellas actuaciones de neto corte ideológico, típicas de un Estado proclive a la práctica del activismo político.

De lo expuesto se desprende que siendo la desviación de poder una deformación generalizada del obrar administrativo de muy difícil comprobación por el juzgador, el verdadero problema que enfrenta todo sistema normativo o jurisprudencial consiste en establecer un conjunto mínimo de técnicas y garantías de juzgamiento eficaces que impidan aquella generalización y permitan detectar su presencia, aun dentro de otros vicios.

El sistema de las nulidades pasa a erigirse entonces, por sobre todo, en una garantía de los intereses públicos involucrados en la actuación estatal que no contradice ni desplaza la eficaz protección de los intereses particulares afectados por los actos administrativos ilegítimos que, si bien cuando operan lo hacen en procura de una sanción persiguiendo un fin privado, actúan también como colaboradores de la legalidad administrativa.

Esa conjunción o amalgama entre el interés público y el privado, aparece en un ámbito donde se produce el enfrentamiento entre dos principios opuestos como son el de seguridad o conservación de los actos jurídicos y el de protección del ordenamiento, montado este último sobre el respeto a las diferentes especies de justicia. En efecto, mientras la idea de seguridad o conservación conduce a ver en la nulidad sustancialmente una penal o sanción limitada por el principio de textualidad y de restricción (4), la realización de la justicia juega como una garantía exigida y reclamada, antes que nada, por el interés público dentro del cual la protección de la moralidad de la Administración ocupa un lugar prevaleciente. en virtud de la jerarquía del bien Jurídico tutelado.

Este último es, sin duda, el sentido que corresponde asignar a la teoría de las nulidades en el derecho administrativo, que no puede ser otro que la defensa del orden jurídico que el Estado instituye para alcanzar sus fines, donde si bien tiene cabida la seguridad jurídica, ésta no se transforma en el eje de todo el sistema ni desplaza aquellos principios superiores como son la buena fe, verdad material y finalidad pública (5).

Así se explica porqué la garantía de observancia del ordenamiento jurídico pasa a ser la función primordial del sistema de nulidades del acto administrativo, aun por encima de la seguridad jurídica, relegándose así no sólo la aplicación de los principios de textualidad y de restricción (6) sino también el de que nadie puede alegar su propia torpeza, cuya invocación se admite cuando la Administración demanda o excepciona la nulidad, respecto de un acto que contiene vicios que le son imputables, en resguardo de los principios de legalidad y razonabilidad de los actos del Estado.

II. Semejanzas y diferencias fundamentales entre los sistemas español y argentino

Si bien no es mi propósito realizar aquí la exégesis de los preceptos básicos que integran el ordenamiento argentino ni tampoco abordar en detalle la totalidad de los principios que lo rigen y el modo en que se opera su recepción jurisprudencial, a partir de la sanción de las respectivas normas en el derecho positivo, paso a destacar las grandes líneas y criterios que lo presiden. En este sentido, resulta útil efectuar un examen comparativo con el sistema español, que constituye una de las pocas regulaciones positivas sobre la invalidez administrativa existentes en el derecho europeo.

En ambos países existe una regulación legal de los tipos de invalidez fundamentalmente sobre la base doctrinaria de las ideas expuestas por un solo autor. Así ocurre, en España, con la nulidad de pleno derecho inspirada en la obra de Garrido Falla (7) y, en Argentina, con las concepciones de Marienhoff, que han sido seguidas prácticamente en toda la regulación de las nulidades (en sentido amplio) (8).

También tanto en España como en Argentina compete al Poder Judicial el juzgamiento de las acciones en que es parte la Administración Pública.

A diferencia de otros sistemas como el francés, donde las reglas y principios han sido creados y formulados por obra de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado, el papel de la ley, en esta materia y, en general, en todo el derecho administrativo vernáculo, ha tenido una mayor relevancia en la acción de modelar las

principales instituciones que rigen el obrar de nuestra Administración Pública (9).

Porque si se trata precisamente de eso, de la necesidad de elaborar fórmulas que procuren ajustar la realidad a un sistema de justicia, no puede desconocerse que nuestros jueces se encuentran más inclinados a juzgar el caso concreto con ajuste estricto a las leyes antes que en establecer principios de aplicación uniforme y constante destinados a regir la conducta del Estado y de los particulares.

A su vez, los sistemas español y argentino recogen dos grandes categorías de invalidez fundadas en la mayor o menor gravedad del vicio, planteándose problemas semejantes en punto a ciertas cuestiones fundamentales como la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta y la extinción de oficio de los actos administrativos, donde se revela, al menos, la falta de una adecuada conexión con pretendidos dogmas del proceso contencioso administrativo, como son la configuración de plazos de caducidad y la teoría del acto firme o consentido.

De otra parte, existen algunas importantes diferencias entre ambos sistemas que se centran, fundamentalmente, en la excesiva amplitud de la regulación de los supuestos que configuran la nulidad absoluta (10) circunstancia ésta que ha contribuido, en nuestro país, a la consolidación de una jurisprudencia proclive a inclinarse por la estabilidad a rajatabla de los actos administrativos, aplicando estrictamente los plazos de caducidad que rigen a su impugnación, aun en aquellos casos de graves infracciones al ordenamiento jurídico. En este sentido, la tipificación de la mayor parte de los vicios de forma como supuestos de nulidad absoluta, revela otra distinción importante ya que, en el ordenamiento positivo argentino, no parece haberse tenido en cuenta la naturaleza instrumental que revisten las formas del acto administrativo.

Por otro lado, la ley nacional de procedimientos administrativos se distingue también de la ley española en que el aumento de las causales de nulidad absoluta genera una correlativa disminución de las posibilidades de alegar la anulabilidad, lo que resulta confirmado por el criterio abstracto y residual que consagra el art. 15 de la ley nacional de procedimientos administrativos, que no parece coincidir con el que rige la clasificación de los actos nulos (11).

III. Supervivencia de mitos y errores

La teoría de las nulidades en el derecho administrativo exhibe un conjunto considerable de mitos y errores que le restan funcionalidad, cuya depuración conlleva la necesidad de que se opere una profunda transformación en los criterios jurisprudenciales. De no ocurrir ello en el futuro, al menos en el derecho argentino, habrá que proceder a la reforma de la ley, ya que la subsistencia de aquellos defectos en la relación Estado-particular deja prácticamente inerte a este último frente a los excesos y abusos de los funcionarios públicos, socavando las propias bases del Estado de Derecho.

En efecto, si uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho es la limitación del poder de la administración por los principios de legalidad y de razonabilidad (legitimidad en sentido amplio) no puede concebirse que, mediante un mero artilugio ideal y abstracto como es la presunción de legitimidad, subsistan actos administrativos que han infringido el ordenamiento, actos que resultan, a su vez, saneados por el transcurso del tiempo, aun cuando adolezcan de vicios de nulidad absoluta.

De lo contrario se trastoca la función primordial que cumple el sistema de la invalidez administrativa como garantía de la observancia del ordenamiento jurídico público, asignándole prevalencia a sólo uno de los valores de ese sistema, como es, sin duda, la estabilidad de relaciones jurídicas, creadas, muchas veces, unilateralmente por el Estado, limitándose el alcance del principio de legitimidad, superior en jerarquía, que es la razón de ser de todo el sistema sancionatorio y en el que la seguridad jurídica debe hallar su cauce dentro de un esquema subordinado a los fines de bien común que persigue dicho ordenamiento.

Quien se adentre con objetividad al estudio de las nulidades del acto administrativo puede advertir una suerte de "mitología jurídica" (12) basada en un conjunto de ideas que solamente se mantienen como creencias estructuradas bajo la forma de dogmas absolutos.

Entre esos mitos, aparte de la concepción absoluta sobre la presunción de legitimidad del acto administrativo, se encuentra la teoría del acto firme o consentido según la cual, en el mejor de los casos, se sostiene que un acto repugnante al ordenamiento adquiere firmeza (13) y que su invalidez no puede ser declarada a instancias del particular una vez transcurridos los plazos de articulación de los recursos administrativos o judiciales, aun cuando se trate de graves transgresiones al ordenamiento (14).

De allí se deriva el error de postular la extinción de la acción de nulidad absoluta por obra del vencimiento de los plazos de caducidad sin otorgar ni siquiera legitimación al particular para que pida la revocación o revisión del acto ante la propia Administración (15) lo que conduce, en los hechos, a desconocer el principio de

imprescriptibilidad que es propio de este tipo de invalidez (16).

Otro mito es el carácter restrictivo o excepcional que suele atribuirse a la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta sin admitir su extensión por vía analógica para sancionar las infracciones al orden público administrativo que no hubieran sido objeto de regulación expresa, de lo cual se ha derivado la idea que postula el carácter tasado o cerrado de las causales de nulidad absoluta o de pleno derecho, como principio general (17).

Con esos dogmas conviven no pocos errores como la confusión entre nulidad e inexistencia y, sobre todo, entre la nulidad manifiesta y la nulidad absolutas o de pleno derecho, que conducen a elaborar concepciones que exhiben grandes fallas lógicas, las cuales terminan proyectándose a los criterios utilizados para diferenciar las infracciones más graves de las más leves, donde los sistemas acusan una gran incongruencia.

IV. Sobre las reglas, principios y categorías que se considera conveniente mantener en el sistema de invalidez

Es cierto que el sistema de nulidades requiere la revisión de una serie de postulados dogmáticos con el objeto de asignar prevalencia a los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, particularmente el orden público administrativo, revitalizando las principales técnicas de tipificación y de juzgamiento de los vicios de los actos administrativos.

Pero esa afirmación no implica desconocer la existencia de verdaderas técnicas de avanzada en la línea garantística del ordenamiento que corresponde atribuir a la teoría de la invalidez, lo cual no excluye la más amplia protección hacia los particulares, quienes, fuera de sus fines privados, se desempeñan como colaboradores del interés público, insertados en el ordenamiento jurídico administrativo, que los legitima para que, en definitiva, prevalezcan los principios cardinales del Estado de Derecho.

La categorización en dos clases de nulidades fundada en la mayor o menor gravedad del vicio o si se prefiere -como lo vengo sosteniendo hace tiempo- en la afectación o no del llamado orden público administrativo (18), con diferentes consecuencias para ambas en punto a prescripción de las acciones y saneamiento o convalidación de los actos viciados, facilita y simplifica la aplicación de las sanciones respectivas por las violaciones al ordenamiento jurídico, amenguando las dudas interpretativas que pudieran configurarse en cada caso.

Frente a ese esquema bipartito, la teoría de la inexistencia viene a incorporar una complicación inútil a la teoría de la invalidez (19), convirtiéndose, en definitiva, en una tercera categoría que tiende a desplazar a la nulidad absoluta, tal como lo demuestra la experiencia histórica que se desprende de lo acontecido en el proceso de evolución de esa teoría en el derecho francés (20).

Pretender -como sostienen algunos (21)- que el derecho debe otorgar legitimación para accionar contra actos inexistentes, sobre la base de sostener que cuando el acto carece de algún elemento esencial hay inexistencia pues el acto no ha nacido, implica un contrasentido que reposa en la confusión entre la nulidad de pleno derecho (en sentido estricto) e inexistencia (22).

En realidad, todo se reduce a postular que un acto al cual le falte alguno de sus elementos esenciales no existe jurídicamente pese a lo cual se reconoce que produce efectos jurídicos y que para hacerlos cesar resulta necesaria una declaración judicial o administrativa (23).

Como se sabe, en la base de esta concepción está hoy día la teoría de la apariencia, aunque su origen obedeció más bien a la necesidad de superar el principio de textualidad recogido por la mayoría de los Códigos Civiles del siglo pasado.

Pero ¿qué sentido tiene acordar legitimación para invalidar algo que no existe? ¿No será que para el derecho la declaración de voluntad y la consecuente producción de efectos jurídicos implican la existencia de un acto, aun cuando le falte algún otro elemento?

En rigor, el defecto fundamental en que se incurre al propiciar la concepción de la inexistencia consiste en marginar la naturaleza esencial e inescindible que en el acto jurídico tiene la declaración de voluntad productora de efectos (24) olvidando que la esencialidad de los restantes requisitos (vgr. competencia) tiene como sentido lograr que el acto se considere completo al proyectarse aquella voluntad a los demás elementos, sin que sus vicios impidan la producción de consecuencias jurídicas. En este caso, se configuraría siempre un acto inválido, mientras que si falta la declaración de voluntad, de opinión o de juicio, simplemente no hay acto y lo que puede configurarse en todo caso es un comportamiento material, cuya ilegalidad se subsume en la categoría llamada de la vía de hecho administrativa.

Por todas esas razones, el mantenimiento del esquema bipartito, nulidad absoluta-nulidad relativa (con otra terminología -en la ley nacional de procedimientos administrativos-, acto nulo-acto anulable), resulta a todas

luces tan necesario como conveniente para garantizar la realización del ordenamiento público, aun cuando no exista una coincidencia plena con las categorías de invalidez del derecho privado legisladas en nuestro Código Civil.

La realización de los fines que persigue ese ordenamiento constituye un objetivo que se hace patente en el abandono del principio de textualidad, el que resulta sustituido por la admisión de las nulidades implícitas o virtuales (25), como también por el reconocimiento de un principio radicalmente opuesto al que rige en el derecho civil, según el cual la Administración puede alegar su propia torpeza (26) con fundamento en que, al perseguir intereses públicos y actuar en representación de la comunidad superior perfecta y soberana que es el Estado, ella tiene el deber de extinguir los actos que contengan vicios, aun cuando éstos le fueran imputables a un funcionario público determinado.

En ese marco, es posible advertir, además algunas reglas y técnicas que coadyuvan a la consecución de los fines públicos y aun a garantizar los derechos de los particulares como son aquéllas que tienden a compensar la exigencia de la legalidad con el principio del favor acti, tales como la nulidad parcial, la convertibilidad del acto nulo y la convalidación del acto anulable (27).

V. La nulidad manifiesta como categoría de invalidez y el papel que desempeña en el derecho administrativo

Hasta aquí se han examinado algunas de las técnicas aplicables a la invalidez de los actos administrativos que resulta útil y necesario mantener en vista de los fines que persigue el ordenamiento. Veamos ahora algunos aspectos de la teoría que requieren algún ajuste o reforma para consolidar el funcionamiento eficaz del sistema de las nulidades, donde la doctrina no ha renunciado a las discrepancias tanto lingüísticas como metodológicas.

1. El concepto técnico de nulidad manifiesta y su conexión con el principio de legalidad

Cuando el vicio del acto administrativo surge de un modo palmario y notorio y es advertible a simple vista sin necesidad de realizar investigaciones y pruebas complementarias, se está ante lo que técnicamente se denomina una "nulidad manifiesta",

Se trata de una categoría o tipo de invalidez que apunta a comprobar la violación del ordenamiento jurídico por la visibilidad externa del vicio antes que por una falla intrínseca relacionada con la mayor o menor gravedad de la infracción.

La coincidencia que existe, en muchos casos, entre los actos nulos y los de nulidad manifiesta, ha introducido no poca confusión en punto al criterio para deslindar las diferentes especies de invalidez y hasta se han hecho grandes esfuerzos dialécticos tendientes a demostrar que lo manifiesto de un vicio equivale al acto nulo de pleno derecho (28).

En rigor, son dos cosas distintas y esto se ve más claro en el derecho administrativo, donde la categoría de las nulidades manifiestas cumple la función de preservar el principio de legalidad que debe regir la actuación estatal.

En efecto, si nos atenemos al modo ostensible o manifiesto como se presentan los vicios ante quien aplica el ordenamiento o juzga su violación bien puede acontecer que un vicio, sea de nulidad absoluta o relativa, surja de una manera manifiesta, sin necesidad de realizar alguna investigación de hecho para comprobarlo.

Desde luego que el derecho de cada país puede prescribir o no esta clase de nulidad, acogida entre nosotros tanto por la doctrina (29) como por la jurisprudencia (30) y la legislación sobre amparo, que prevé esta acción para proteger los derechos y garantías constitucionales conculcadas cuando el acto de la Administración adolezca de "ilegalidad o arbitrariedad manifiesta" (31).

Por su conexión con el principio de legalidad el funcionamiento independiente de la nulidad manifiesta, como categoría paralela al esquema bipartito clásico (nulidad absoluta-nulidad relativa), presenta una utilidad innegable en cualquier sistema que procure lealmente la realización plena del citado principio. Su inserción se proyecta principalmente en el funcionamiento de dos de los denominados caracteres que posee el acto administrativo, limitando el sentido absoluto de la presunción de legitimidad y colocando, en su justo medio, a la prerrogativa de la ejecutoriedad, cómo facultad exorbitante, que le permite a la Administración hacer cumplir el acto por sus propios medios y excepcionalmente, utilizar la coacción (32).

2. Nulidad manifiesta y presunción de validez

Una primera consecuencia que se desprende de la admisión de la nulidad manifiesta tiene que ver con la presunción de validez o legitimidad del acto administrativo, que nuestro ordenamiento consagra en el art. 12 de la ley nacional de procedimientos administrativos.

En efecto, el modo notorio y advertible a simple vista con que aparezca un vicio en el acto administrativo desplaza aquella presunción y al desplazarla cesa también la obligación del administrado de cumplir lo que el acto dispone, ya que nadie puede hallarse obligado, y menos forzado por la ejecutoriedad que es propia de los actos administrativos, a hacer algo que resulta ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico.

Esto es así por cuanto siendo una presunción que supone la validez provisoria de los actos administrativos, ella no puede ser absoluta tanto por la razonabilidad que cabe atribuir al ordenamiento como por la injusticia que puede ocasionar la interpretación más autoritaria acerca del alcance de la presunción. Es posible que se crea que de esta manera el particular se convierte en el juez de los intereses públicos pero esto constituye, en realidad, una verdadera falacia, ya que, en definitiva, será ese particular quien deberá responder ante la justicia por su conducta frente a la Administración, arriesgando muchas veces su libertad y su patrimonio.

Por todo ello, el reconocimiento de la nulidad manifiesta termina potenciando el papel del juez como órgano imparcial e independiente que controla que el ejercicio del poder público (por parte de la Administración) no afecte los derechos de las personas y se ajuste a los límites que le marca el ordenamiento.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en la causa "Arenzon" una doctrina que recoge los nuevos principios que deben imperar en materia de nulidad de reglamentos donde según Grecco (33) el examen de razonabilidad encuentra su culminación al invalidar un reglamento por la inexistencia de criterios racionales en la discriminación efectuada en la norma general. En el caso el actor promovió una acción de amparo tendiente a lograr la nulidad de una resolución del Ministerio de Educación que le impidió matricularse en un Instituto Superior de Profesorado, por no contar con la estatura mínima exigida por una disposición reglamentaria del citado Ministerio (que era de un metro sesenta centímetros). La Corte declaró admisible el amparo a pesar de tratarse de un supuesto en que se ventilaba un planteo de inconstitucionalidad acerca de una resolución ministerial de alcance general (vedado por el art. 2º inc. d, ley 16.986 -Adla, XXXVI-C. 1491-) y no sólo declaró la nulidad por violación de elementales derechos y garantías constitucionales (entre otros los emergentes de los arts. 14, 16, 19 y 28, Constitución Nacional) sino que confirmó la sentencia de la sala III de la Cámara Federal en lo Contenciosoadministrativo que había ordenado al Ministerio la matriculación del actor.

En definitiva, en este trascendente fallo, la Corte consideró que la norma contenida en el inc. d) del art. 2º de la ley de amparo no constituye un obstáculo para declarar la inconstitucionalidad de una norma de alcance general cuando la ilegitimidad o irrazonabilidad de ésta aparece en forma manifiesta, es decir, cuando surge del propio acto en forma ostensible, sin necesidad de una investigación de hecho o producción de pruebas para comprobar su inconstitucionalidad, siendo claro entonces que a tal decisión nunca se hubiera podido llegar de haberse sostenido el alcance absoluto de la presunción de validez de las resoluciones reglamentarias.

3. Nulidad manifiesta y suspensión de los efectos del acto administrativo ante la propia administración y en sede judicial

Al admitirse el carácter relativo y provisorio que posee la presunción de legitimidad (34), cuando el vicio se exhibe en forma ostensible en el acto administrativo va de suyo que, por ser aquella presunción el soporte de la ejecutoriedad, el acto que dicte la Administración, que adolezca de nulidad manifiesta tampoco poseerá ejecutoriedad, (35).

Sin embargo, bien puede ocurrir que, a pesar de ello, la Administración intente hacerlo cumplir por sus propios medios o ante la justicia, si la naturaleza del acto así lo exigiere (vgr. ejecución de una multa sobre bienes del particular). En tales supuestos, si el derecho no arbitra algún instrumento técnico para detener esa actividad administrativa manifiestamente ilegítima se opera una verdadera denegación de justicia y un estado de indefensión ante los perjuicios que, en lo inmediato, produce el acto lesivo sobre los derechos del particular.

Crear que tales daños podrán remediarse siempre a través de un proceso ordinario que dura años implica tener un sentido estrictamente formal de la justicia y de la función que ésta cumple como árbitro en las controversias que se suscitan entre los particulares y la Administración Pública.

Por esa causa, es que el derecho positivo o pretoriano que rige la actividad administrativa ha creado mecanismos tendientes a obtener la suspensión de los efectos de los actos administrativos, tanto en la sede administrativa (36) como en la judicial (37).

En general, las causales que, en los diferentes ordenamientos permiten obtener la suspensión del acto administrativo reputado ilegítimo no se basan en la invalidez manifiesta sino en la nulidad absoluta o de pleno derecho (38).

Pienso que esto no es correcto ya que, si por contravenir el principio de legitimidad el particular no tiene la carga de soportar los efectos de un acto manifiestamente inválido, la categoría basada en la mayor o menor

gravedad del vicio no puede erigirse en el criterio determinante de la suspensión del acto administrativo, máxime cuando, de ordinario, la lesión al patrimonio que provocan tales actos es independiente del grado de infracción al ordenamiento jurídico.

De otra parte, el resultado que se obtiene con el criterio que se objeta implica nada menos que asignarle presunción de legitimidad o ejecutoriedad a actos anulables o de nulidad relativa que violan ostensiblemente el ordenamiento jurídico.

Por lo demás, de admitirse la inserción de la ilegalidad manifiesta como presupuesto para pedir ante la Administración la suspensión de un acto administrativo por razones de legitimidad, la decisión de suspender el acto no puede ser discrecional (39) ya que si ocurren las ilegalidades palmarías que denuncia el particular la Administración se encuentra obligada a disponer la respectiva suspensión de los efectos del acto (40), subordinándose todo ello al control judicial que se promueva en caso de subsistir la controversia. Tal es la solución que preconiza el art. 69 del Proyecto de Código Procesal en lo Contencioso-administrativo de la Nación de 1981, que elaboramos con los doctores Marienhoff y Linares. La obligatoriedad de la suspensión es, pues, lo que hace realmente efectivo este mecanismo de protección de los derechos del particular.

En cambio, la suspensión de los efectos de los actos administrativos dispuesta por el órgano judicial se encuentra más arraigada en los diferentes ordenamientos, siendo más amplios aquellos criterios de admisión de la pretensión cautelar que exigen "la verosimilitud del derecho" o la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 12 de la ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339) (41).

VI. Consecuencias de la nulidad absoluta: a) imprescriptibilidad de la acción; b) declaración "ex officio"

a) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta

La vinculación que existe entre orden público y nulidad absoluta o de pleno derecho justifica que la acción para demandar la nulidad de un acto administrativo sea imprescriptible o que, al menos, se encuentre regulada por un plazo extenso de prescripción. lo cual, dependerá del ordenamiento vigente en los respectivos países (42).

En efecto, si la razón que fundamenta la existencia de la categoría de la nulidad absoluta es la preservación del orden público que, como tal, es indisponible e irrenunciable, si el acto debe considerarse como que nunca se ha realizado y si, además, este acto no puede convalidarse o confirmarse por el particular ni por la Administración (43), resulta lógico y justo que la promoción de la acción tendiente a declararla no se encuentra atada a límites temporales y que sea, por lo tanto, imprescriptible (44).

Claro está que la imprescriptibilidad no constituye un dogma irreductible y de alcance universal y que el ordenamiento puede disponer lo contrario. Sin embargo, aceptada la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta por el derecho civil (45) carecería de sentido que el derecho administrativo, cuyo orden público tutela con mayor intensidad los intereses superiores de la comunidad, tuviera una regulación menos rigurosa, aparte de la posibilidad que existe siempre para aplicar analógicamente la solución que brinda el derecho civil al derecho administrativo, respetando las peculiaridades de este último (46).

En derecho administrativo la consecuencia fundamental que se desprende de la imprescriptibilidad del acto de nulidad absoluta es la aptitud que se reconoce para atacarlo o impugnarlo Judicialmente, aun vencidos los plazos de caducidad que el ordenamiento instituye para la deducción de la acción contencioso-administrativa (47).

Otro aspecto trascendente es la posibilidad de articular la defensa o excepción de ilegitimidad tanto por el particular como por la Administración, aun después del vencimiento de los plazos de caducidad, es decir, no obstante que el acto administrativo hubiera adquirido firmeza. Sobre este punto cabe recordar que ya Bielsa había sostenido que el transcurso del tiempo no puede convalidar aquello que es ilegal (48).

Las razones que se dan generalmente para rechazar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta parten de la idea de que la configuración del plazo de caducidad para impugnar un acto administrativo genera un acto firme y consentido (49) como si la firmeza de los actos administrativos una vez transcurridos éstos sin promover la acción judicial incidiera sobre la cuestión de fondo y fuera otro dogma inexorable, superior incluso al orden público administrativo, dándose así prevalencia absoluta al valor seguridad al colocarlo sobre el principio de legitimidad y la garantía de la defensa.

De esa manera se traspa a la relación jurídica sustantiva el principio de la preclusión que es propio del proceso judicial, lo cual -como apuntan García De Enterría y Fernández- "carece de serias justificaciones materiales y técnicas. Carece de justificación material, porque, en efecto, no es justo que se puedan perder derechos sustantivos de los particulares por el transcurso de unos pocos días. El interés público no lo exige así, por muy rigurosamente que se interprete dicho interés. Carece de justificación técnica, porque en la base de este

planteamiento hay una confusión inadmisibles entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo" (50).

b) Declaración "ex officio" de la nulidad absoluta

En nuestro país, si bien el juez civil posee la facultad de declarar de oficio una nulidad absoluta (cuando ella aparece manifiesta en el acto) tanto la doctrina (51) con escasas excepciones (52) como la jurisprudencia de la Corte Suprema (53), vedan tal posibilidad cuando en la relación es parte la Administración Pública, en virtud de la aplicación del principio constitucional de separación de poderes. Este criterio traduce una diferencia significativa con el vigente en el derecho español (54).

Pero de un modo semejante a la revisión de oficio de los actos nulos del derecho español (art. 109, ley de procedimientos administrativos) -y salvo las distinciones específicas de las respectivas leyes de procedimiento administrativo- la ley nacional de procedimientos administrativos regula la potestad de la Administración para decretar la nulidad absoluta de los actos administrativos, consagrando, además, el deber de proceder a su extinción en sede administrativa cuando del acto no hubieran nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17, ley nacional de procedimientos administrativos), pretensión ésta que puede exigirse a la Administración en cualquier tiempo (55) y que, al igual que el art. 109 de la Ley de procedimientos administrativos de España, no constituye una solicitud graciable sino que configura, como lo reconoce un sector de la doctrina ibérica, una verdadera acción de nulidad (56).

Con ello se compensa, aunque sea parcialmente, la aplicación rigurosa de los plazos de caducidad que, como principio cuasi mítico, ha venido postulando la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en definitiva, se revitaliza la función del juez como verdadero y último custodio de la legalidad administrativa.

VII. Reflexiones finales sobre el sistema de invalidez de los actos administrativos

En un tema tan transitado, como el de las nulidades del acto administrativo, se torna difícil no caer en reiteraciones. Por ese motivo, aun las posturas expuestas con cierta originalidad no son más que el despliegue de otras pues es un dato real el hecho de que las ideas jurídicas se van modelando a través de una cadena de razonamientos, donde es muy peligroso cortar los eslabones y asumir posiciones revolucionarias que, por tener el atractivo de la novedad, suelen provocar adhesiones tan momentáneas como irreflexivas.

Ha costado muchos siglos construir un sistema de invalidez que garantice a los hombres libres una convivencia civilizada. Su extensión al derecho administrativo, con las salvedades de rigor, es un logro indiscutido. Pero es indudable que el mayor desafío que se afronta, hoy día, consiste en que el sistema instituido pueda brindar una protección efectiva a los derechos de las personas, garantizando, al propio tiempo, la intangibilidad de los fines que persigue el ordenamiento público, todo lo cual se opera a través del llamado régimen jurídico exorbitante (57).

Por eso, las soluciones que deben instrumentarse en esta materia precisan ajustarse a una óptica surgida de la experiencia sobre la aplicación de la ley, procurando realizar el equilibrio entre prerrogativa y garantía, verdaderamente imprescindible para realizar la justicia en el derecho público.

En ese sentido, cabe formular algunas reflexiones finales sobre el sistema que nos rige:

1) La superioridad técnica del esquema bipartito sobre la invalidez de los actos administrativos, mediante la regulación de supuestos legales determinados que tienen por fundamento la mayor o menor gravedad del vicio, en relación con la directa lesión o no del orden público, es, por demás, evidente, en tanto no se convierta en una categoría abstracta, que pretenda sustituir la naturaleza tópica del fenómeno jurídico (58) e impida la inserción en el sistema de los principios generales del derecho (59) dejando sin sanción sus transgresiones por parte de la Administración y los particulares. Esa superioridad, abonada por el tiempo histórico que lleva de vigencia en el mundo del derecho, no implica, desde luego, ignorar los obstáculos que encierra su aplicación, que van desde la utilización de un concepto Jurídico indeterminado, difícil a veces de captar, como es el orden público, hasta el juego de la imprescriptibilidad de la acción frente a unos plazos de caducidad que el propio ordenamiento prescribe para afirmar la estabilidad de las relaciones que emergen de las distintas situaciones jurídicas que crea el obrar de la Administración.

2) El esquema bipartito nulidad-anulabilidad no admite sincronismo con la categoría del acto inexistente. Esta última categoría viene a complicar la clasificación tradicional en un doble sentido: de una parte, porque postula una noción muy estricta sobre el concepto de acto administrativo, sin reparar en que la aparición de vicios groseros no siempre implica la ausencia de algún elemento esencial ni que su falta aislada provoca siempre la imposibilidad de que se produzca una declaración de voluntad administrativa productora de efectos jurídicos; de otro lado, la categoría del acto inexistente, en todos los ejemplos que se dan, se superpone a la

nulidad absoluta y, en definitiva, termina por asimilarla, quedando entonces desprovista de sentido. Hay que advertir que si, en sus orígenes, la teoría del acto inexistente nació para impedir los efectos de un acto jurídico cuyo vicio no se encontraba expresamente previsto ni sancionado por la ley, actualmente ella no resulta necesaria pues, gracias al abandono generalizado del principio de textualidad, se acepta, pacíficamente, la configuración de las denominadas nulidades virtuales o implícitas.

3) La subsistencia del esquema bipartito clásico, inclusive de sus consecuencias jurídicas en punto al saneamiento del acto y prescripción de la acción de nulidad, no obsta a la introducción de aquellas adaptaciones que tienden a la utilidad efectiva del sistema de invalidez, aprovechando la experiencia que brinda el derecho comparado. En efecto, si se analiza la regulación de los supuestos de nulidad absoluta enunciados en los art. 47 de la ley de procedimientos administrativos y 14 de la ley nacional de procedimientos administrativos se advierte que mientras en la ley española no se han contemplado verdaderas transgresiones al orden público (vgr. grave desviación de poder, falta de causa, etc.), en el derecho argentino resulta necesario que se opere, por vía legislativa o jurisprudencial, la reducción de los casos de nulidad absoluta, excluyendo, en principio, a los vicios de forma, en virtud de su naturaleza instrumental. Al propio tiempo, junto al abandono del principio de restricción, que impedía extender analógicamente los supuestos de nulidad, se impone reforzar la protección de los terceros de buena fe que han adquirido derechos sobre el acto administrativo que resulta invalidado por los jueces o extinguido por la propia Administración, con efecto retroactivo, sienta también necesario que la ley precise en forma clara los supuestos en que la invalidación opera con retroactividad (60).

4) A su vez, en el tema de las consecuencias de la invalidez de los reglamentos existe un vacío que resulta necesario cubrir con una regulación positiva o bien, con la interpretación jurisprudencial, estableciendo que la sentencia que declare la nulidad de un reglamento tendrá efectos erga omnes, solución ésta que Bosch ha juzgado compatible con la Constitución Nacional (61), en concordancia con la solución que existe en el derecho español, donde, al igual que en el nuestro, el sistema de contralor de los actos administrativos pertenece al tipo judicialista.

5) Empero, hay que advertir que el verdadero problema radica en la efectividad del sistema para cumplir sus fines, habida cuenta que las posibilidades que tiene el particular para resistir la ejecución de actos afectados de nulidad absoluta se encuentran actualmente limitadas en el derecho público, por el principio de ejecutoriedad y el dogma del acto firme y consentido, a los que se les ha atribuido una extensión indebida y un carácter absoluto, privando al administrado de una defensa efectiva. En este sentido, el instrumento de la suspensión de los efectos del acto administrativo de nulidad absoluta puede desempeñar la función de equilibrar la prerrogativa con la garantía, pero para ello resulta imprescindible que se prescriba imperativamente como un auténtico medio de protección procesal a favor del administrado, es decir que, en presencia de un defecto de esa naturaleza, la Administración tuviera la obligación de suspender el acto administrativo, suspensión que debiera ser inmediata, cuando el vicio apareciera en forma manifiesta o notoria, sin necesidad de realizar una investigación de hecho para comprobarlo. Y, en forma complementaria, en el proceso contencioso administrativo, habría que instituir una medida cautelar autónoma y especial, de trámite sumarísimo, para obtener la suspensión de los actos de nulidad absoluta y manifiesta sin necesidad de agotar las instancias administrativas, acordando legitimación tanto al titular de derechos subjetivos como al portador de intereses legítimos.

6) De otra parte, se torna necesario modificar las prescripciones de la ley nacional de procedimientos administrativos e introducir nuevas normas que prescriban que la existencia de plazos de caducidad dentro de los cuales el particular puede acceder a la justicia para impugnar el acto administrativo no opera como obstáculo al ejercicio de la acción de nulidad, cuando ésta es absoluta. O mediante el previo replanteo de la cuestión en sede administrativa, cuando no se ha producido la prescripción de la acción y se trata de un acto de nulidad relativa.

Sobre todo ello hay que reflexionar y seguir bregando en la esperanza de que se pueda mejorar el sistema que nos rige teniendo en cuenta que el mundo jurídico nunca es algo definitivamente hecho o terminado y que si es mucho lo que resta por hacer, el derecho administrativo es un ejemplo, quizás el más vivo y tenso de todos, que demuestra cómo el derecho, aun para proteger en definitiva siempre al hombre, y fiel a su esencia perenne, va adaptando sus fórmulas para alcanzar aquel fin y realizar la virtud de la justicia.

(A) Conferencia pronunciada por el autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el día 27 de octubre de este año.

(1) La ley nacional de procedimientos administrativos fue publicada en el Boletín Oficial del día 27 de abril de 1972, con el núm 19.549, habiéndosele introducido algunas modificaciones en el año 1977 por ley 21.686 (Adla, XXXVIII-A, 5). En lo que concierne a la fuente de las normas que regulan el acto administrativo (Título

III, incluidos los preceptos sobre invalidez) los integrantes de la comisión que redactó el proyecto (doctores Cozzi, Escola y Young) han declarado haber seguido, en lo esencial, las posturas expuestas por el doctor Miguel S. Marienhoff en su conocido Tratado.

(2) Al tiempo de cumplir los 30 años, algo semejante ocurre con la ley española de procedimiento administrativo sancionada el 17 de julio de 1958, cuya influencia en nuestro derecho ha sido muy grande, al igual que la doctrina generada alrededor de su interpretación.

(3) La jurisprudencia francesa no suele abordar la comprobación de la desviación del fin del acto administrativo (de prueba engorrosa, difícil, cuando no prácticamente imposible) lo que conduce a las partes y al juez a verificar primero la existencia de aquellos vicios que poseen mayor objetividad. Sobre el tema: LAUBADERE, ANDRE DE, "Traité de droit administratif", t. I, p. 506, París, 1970; AUBY, J. M. y DRAGO, Roland "Traité de contentieux administratif, 2ª ed., t. II, ps. 406-407, Paris, 1975, apuntan que la admisión, en la actualidad, de la desviación de poder es poco frecuente; ver también: VEDEL, Georges y DEVOLVE, Pierre, "Droit administratif, p. 805, 9ª ed., París, 1984; CHAPUS, Rene, "Droit administratif general", t. I, p. 726, París, 1986.

(4) Conf. SANTAMARIA PASTOR Juan A., "La nulidad en pleno derecho de los actos administrativos", p. 52, Madrid, 1972.

(5) Ver: GUASTAVINO, Elías P., "Tratado de la Jurisdicción" administrativa y su revisión Judicial", t. I, ps. 28-29, Buenos Aires, 1988; SANTAMARIA PASTOR Juan Alfonso, op. cit., p. 54, sostiene la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el de justicia apuntando que "este equilibrio hay que entenderlo en un sentido predominantemente dinámico, esto es, como un proceso de correcciones y rectificaciones hacia la justicia o hacia la seguridad según las circunstancias externas a la categoría, o la estructuración legal de la misma experimentasen una inclinación hacia el extremo contrario".

(6) Ha dicho SANTAMARIA PASTOR, Juan A. (op. cit., ps. 52-53) que "la pugna de los principios de justicia y seguridad se refleja en la teoría de la ineficacia como enfrentamiento de dos opuestas calificaciones: el predominio del principio de seguridad, de la conservación de los actos jurídicos, del mantenimiento a ultranza de la estabilidad, de la protección de la apariencia en el mundo negocial inclina a calificar la nulidad como pena, como técnica sancionadora que, por lo mismo, debe ser restringida y limitada al dogma de la libertad. Esta consideración supone dos consecuencias prácticas: primera, que únicamente deben admitirse las ineficacias expresamente declaradas por el ordenamiento jurídico (principio de textualidad), y segunda, que los supuestos de ineficacia expresamente reconocidos deben ser objeto de interpretación restrictiva, quedando proscriptas todas las formas de extensión por vía analógica (principio de restricción)".

(7) GARRIDO FALLA, Fernando, en el prólogo al libro de SANTAMARIA PASTOR, Juan A. (op. cit., p. 19) al referirse a la ley de procedimiento administrativo señala el hecho de que "la enumeración de supuestos de nulidad que se contienen en el art. 47 de esta última ley, sea exactamente, incluso con análogas palabras, la propuesta en 1956 en mi libro "Régimen de impugnación de los actos administrativos".

(8) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. II, ps. 455 y sigts., Buenos Aires, 1975.

(9) Lo expuesto no impide reconocer el hecho de que algunas instituciones hayan surgido por obra de la jurisprudencia pretoriana de la Procuración del Tesoro de la Nación, tal como ocurrió con la llamada denuncia de ilegitimidad recogida después por el art. 1º, inc. e) apart. 6º de la ley nacional de procedimientos administrativos (Conf. ABAD HERNANDO, Jesús L., "La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino" en Estudios de Derecho Administrativo", p. 229, Mendoza, 1985).

(10) En el mismo sentido: ESTRADA, Juan R., "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", Rev. LA LEY, t. 1976-D, p. 820, nota 54.

(11) En efecto, el art. 15 de la ley nacional de procedimientos administrativos emplea el criterio según el cual resulta anulable un acto administrativo cuando el vicio o defecto no alcanza a impedir la existencia de algún elemento esencial. Sin embargo, la enumeración de los casos de nulidad absoluta contenida en el art. 14 contiene algunos supuestos en que no se altera la existencia misma del elemento esencial (vgr. falsa causa o violación de formas esenciales). En el sistema español, según anota GARRIDO FALLA, la regla general es la anulabilidad ("Tratado de derecho administrativo, t. I, p. 635, Madrid, 1980). Lo cierto es que, el art. 48 de la ley de procedimientos administrativos de España realiza una ejemplificación más detallada de los casos de nulidad relativa, aun partiendo de un criterio residual.

(12) La persistencia de los mitos jurídicos ha sido puesta de relieve por SANTI ROMANO en "Fragmentos de diccionario jurídico", trad, castellana, ps. 225 y sigts., Buenos Aires, 1964.

(13) Conf. BOQUERA OLIVER, José M., "Estudios sobre el acto administrativo", p. 116, ED. Civitas, Madrid, 1986, apunta que la firmeza del acto no implica convertirlo en legal "sino simplemente que ya no se admiten

pruebas para demostrar la ilegalidad".

(14) Según Muñoz, al consagrarse el agotamiento de la instancia como un presupuesto de la acción procesal se crea una ineludible articulación entre el proceso Contencioso-administrativo y los recursos instituidos en la reglamentación de la ley nacional de procedimientos administrativos para producir aquel agotamiento, reconociendo, sin embargo, lo disvalioso de esta solución al expresar que "esa articulación produce un efecto tan discutible como pernicioso: el vencimiento de los fugaces plazos para interponer los recursos en sede administrativa trae aparejada la pérdida de los derechos de fondo" (conf. MUÑOZ, Guillermo A., "El reclamo administrativo previo", Rev. LA LEY, t. 1988-A, p. 1048).

(15) En el derecho español, el interesado puede pedir a la administración que, en cualquier momento, ésta revise sus actos de nulidad absoluta, de acuerdo al precepto contenido en el art. 109 de la ley de procedimientos. En la doctrina argentina se ha sostenido que no existen plazos para solicitar a la Administración la revocación del acto nulo ni plazo para demandar judicialmente su nulidad (conf. HUTCHINSON, Tomás, "Ley nacional de procedimientos administrativos", ps. 381-382, Buenos Aires, 1985).

(16) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", p. 116, Madrid, 1977; SANTAMARIA PASTOR, Juan A., op. cit., p. 439; HUTCHINSON, Tomás, op. cit., t. I, p. 497. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta de un acto administrativo ha sido sostenida por nuestra Corte Suprema en el conocido caso "Los Lagos" (Fallos t. 190: p. 149 -Rev. La Ley, t. 23, p. 251-).

(17) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., ps. 318-319. En Argentina, HUTCHINSON sostiene que, en nuestro derecho, las nulidades no se encuentran tasadas ni enumeradas taxativamente (op. cit., t. I, ps. 296 y 302).

(18) CASSAGNE, Juan C., "El acto administrativo", p. 252, Buenos Aires, 1974.

(19) Ver: NIETO BLANC, Ernesto E., "Nulidad en los actos jurídicos", ps. 106 y sigts., Buenos Aires, 1971, formula una completa y lúcida crítica a la teoría concluyendo en que "la correcta construcción de la invalidez en los actos jurídicos no deja margen posible a la figura de la inexistencia" (p. 125).

(20) CASSAGNE, Juan C., "Derecho administrativo", t. II, p. 218, 2ª ed., Buenos Aires, 1987; MAZEAUD, Henry, León y Jean, op. cit., ps. 524-525; por su parte, GARRIDO FALLA ha dicho que "la hipótesis de la inexistencia" o está pensando en supuestos en que realmente no hay acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto viciado) o presupone al menos la existencia material de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene porqué diferenciarse de la nulidad absoluta (conf. "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 413, 10 ed., Madrid, 1987).

(21) BOQUERA OLIVER, José M., op. cit., p. 84; DROMI, José R., "El acto administrativo", ps. 131-132, Madrid, 1985.

(22) No es el caso de abordar aquí la evolución que tuvo la llamada nulidad de pleno derecho en el derecho romano y la aparición de otra especie de nulidad (relativa) dependiente de juzgamiento; véase: RIPERT, Georges y BOULANGER Jean, "Tratado de derecho civil", t. I, parte general, ps. 451-452, trad. del francés, Buenos Aires, 1963; MAZEAUD, Henry, León y Jean, "Lecciones de derecho civil", t. I, ps. 338-339, trad. del francés, Buenos Aires, 1970. En España, es bastante original la investigación que ha hecho SANTAMARIA PASTOR, Juan A. sobre el origen romanista de las nulidades (op. cit., ps. 73 y siguientes).

(23) Sobre el papel que tiene la voluntad en el acto jurídico Bustamante Alsina advierte -siguiendo a Betti- que la esencia del acto jurídico no se encuentra en la mera voluntad desprovista de toda cualidad "sino en la regulación de intereses dispuesta para el futuro, mientras que la voluntad está sólo en segundo plano, como proyectada a la finalidad práctica de aquélla" (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil y otros estudios", p. 402, Buenos Aires, 1984).

(24) Véase: BOQUERA OLIVER, José M., op. cit., ps. 83-86.

(25) BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", t. II, ps. 144-145, Buenos Aires, 1964; DIEZ, Manuel M, "Manual de derecho administrativo", t. I, p. 232, Buenos Aires, 1977; CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, p. 216; GORDILLO, Agustín A., "El acto administrativo", 2ª ed., p. 359, Buenos Aires, 1969.

(26) FIORINI, Bartolomé A., "Manual de derecho administrativo", t. I, ps. 360-361, Buenos Aires, 1968; DROMI, José R., op. cit., p. 141.

(27) Conf. HUTCHINSON, Tomás, op. cit., t. I, p. 296.

(28) En este sentido: GARCIA TREVIJANO FOS, José A., "Tratado de derecho administrativo", t. I, ps. 300 y sigts., Madrid, 1964; ENTRENA CUESTA, Rafael, "El proyecto de ley de revisión de la ley de procedimientos administrativos", en el núm. 68 de la revista Documentación Administrativa; FERNANDEZ RODRIGUEZ,

Tomás R., "La doctrina de los vicios de orden público", ps. 236-237, Madrid, 1970, este último autor apunta sin embargo que la nulidad manifiesta "puede jugar, con las debidas cautelas, un cierto papel de límite de potestades de utilización excepcional y de correlativa garantía de los sujetos llamados a soportar las consecuencias negativas del ejercicio de aquéllas".

(29) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, ps. 473 y sigts.; CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, ps. 207-209; HUTCHINSON, Tomás, op. cit., t. I, ps. 306 y sigts. En contra: GORDILLO, Agustín A., "El acto administrativo", p. 349, Buenos Aires, 1969.

(30) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 248, p. 437; t. 249, p. 86 (Rev. LA LEY, t. 106, p. 237); t. 250, ps. 682 y 772; t. 253, p. 18 (Rev. LA LEY, t. 108, p. 434). Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha aceptado para el derecho administrativo, la clasificación entre nulidad absoluta y relativa como categorías diferentes a la de nulidad manifiesta o no manifiesta (conf. caso "Litardo, Miguel A. c. Provincia de Buenos Aires", Rep. LA LEY, t. XXX, A-I, p. 56, sums. 37 y 38; Diario de Jurisprudencia, Boletín Judicial de la Provincia de Buenos Aires, t. 89, p. 5).

(31) Así lo sostuvimos en nuestro "Acto administrativo", p. 250, Buenos Aires, 1974; este criterio ha sido aceptado por HUTCHINSON, Tomás, op. cit., t. I, p. 308.

(32) Sobre la noción de ejecutoriedad nos remitimos a lo expuesto en nuestro "Derecho administrativo", t. II, ps. 286 y siguientes.

(33) GRECCO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", p. 12, Buenos Aires, 1988.

(34) Conf. DROMI, José R., "El acto administrativo", p. 78, Madrid, 1985.

(35) Conf. CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, p. 286.

(36) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de procedimientos administrativos", ps. 747 y sigts.; COMADIRA, Julio R., op. cit., t. I, ps. 239 y sigts.; HUTCHINSON, Tomás, "La anulación de oficio del acto administrativo", p. 158 y sigts., Buenos Aires, 1987.

(37) Ver: CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, ps. 303 y siguientes.

(38) Art. 116 de la ley de procedimientos administrativos de España y art. 12 de la ley nacional de procedimientos administrativos de Argentina, véase también: art. 55 de la ley de procedimiento administrativo de la Provincia de La Pampa, 951.

(39) Sobre el concepto técnico de discrecionalidad véase: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., "Curso de derecho administrativo", t. I, ps. 267 y sigts., Madrid, 1977; SAINZ MORENO, Fernando, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", p. 347, Madrid, 1976.

(40) Dichas causales suelen configurar conceptos jurídicos indeterminados que sólo admiten una solución justa, véase: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., op. cit., t. I, ps. 270 y sigts.; GRECCO, Carlos M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", Rev. LA LEY, t. 1980-D, p. 1306.

(41) En el último sentido: HUTCHINSON, Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar", E. D., t. 124, ps. 681-683.

(42) El ordenamiento se integra no sólo con el derecho positivo sino también con los principios generales del derecho.

(43) La imposibilidad de sanear el acto de nulidad absoluta surge expresamente del art. 14 de la ley nacional de procedimientos administrativos; ver también: art. 79 de la ley de procedimientos administrativos de la Provincia de La Pampa 951 (Adla, XXXIX-D, 4303); en España, art. 53 de la ley de procedimiento administrativo, véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., ps. 352 y siguientes.

(44) Conf. GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., p. 316, ver también MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la administración pública", t. I, p. 392, quien cita un fallo de la CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, donde se reconoció el carácter imprescriptible de una acción derivada de un acto afectado de nulidad absoluta, en contra: GONZALEZ ARZAC, Rafael, "Los plazos de impugnación de los actos administrativos nacionales", E. D., t. 51, p. 957, quien se pronuncia por la aplicación de los plazos de caducidad también a los actos nulos o de nulidad absoluta. Desde hace tiempo tengo posición tomada a favor de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, ver al respecto "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Gobierno Nacional", E. D., t. 45, p. 829. Cabe apuntar también que, con respecto a la acción de nulidad contra reglamentos, GRECCO se inclina por la imprescriptibilidad o aun por la prescripción ordinaria para los casos de nulidad absoluta, compartiendo el criterio de GARCIA DE ENTERRIA en el sentido de que "la recta composición del ordenamiento jurídico. no puede quedar librada al presunto conocimiento del interesado pues

ello equivaldría a introducir una causa de derogación de las leyes (conf. GRECCO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", p. 88, Buenos Aires, 1988).

(45) Conf. LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Parte general", t. II, p. 576, Buenos Aires, 1973; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Parte general", t. II, p. 414, Buenos Aires, 1975; ALTERINI, Atilio A., "Derecho privado. Primer curso", p. 383, Buenos Aires, 1977.

(46) Conf. FERNANDEZ, Tomás R., "La doctrina de los vicios de orden público", p. 115.

(47) Conf. MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. I, p. 392, Buenos Aires, 1984; considera, en concordancia con lo que vengo sosteniendo hace tiempo, que los plazos de caducidad no se compadecen con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta. Véase: CASSAGNE, Juan C., "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Gobierno Nacional", E. D., t. 45, p. 829; y en posición similar. GORDILLO, Agustín A., "Tratado de derecho administrativo", t. 4.I., p. VII-24, Buenos Aires 1980, en la misma posición. Tal es, por otra parte, la solución respecto a la acción de daños fundada en una nulidad absoluta que se adopta en el Proyecto de Código Procesal Contencioso-administrativo para la Nación de 1981.

(48) Conf. BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", 6ª ed., t. V, p. 654, Buenos Aires, 1964; MAIRAL, Héctor A., op. cit., t. I, p. 398, con limitaciones; recientemente HUTCHINSON, Tomás, "La nulidad del acto administrativo como defensa", en "Régimen de la Administración Pública", en prensa, si bien admite la solución preconizada en el texto como principio general considera que la defensa o excepción de ilegitimad no puede oponerse por el particular cuando el acto posee ejecutoriedad y éste no lo impugnó dentro del término legal. En contra: GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "Los plazos de impugnación de los actos administrativos", E. D., t. 51, p. 959, nota 67.

(49) BOQUERA OLIVER, José M., op. cit., ps. 128 y sigts., especialmente nota 34; COMADIRA, Julio R., op. cit., p. 154, nota 323. Véase también: GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "Los plazos de impugnación judicial", E. D., t. 51, p. 959. Aparte del argumento relativo a la seguridad jurídica, del que me ocupo en el texto, suele sostenerse para justificar la firmeza del acto y la consecuente prescriptibilidad del acto nulo, de nulidad absoluta, que al particular le queda abierta siempre la acción de daños (PEARSON, Marcelo, "Impugnación judicial", Rev. LA LEY, t. 154, p. 1029). Sin embargo, si el fundamento de la acción es el acto ilegítimo de la Administración no resulta lógico que el juez no pueda declarar también la nulidad de un acto que necesariamente se somete a su juzgamiento. De lo contrario, la acción de daños habría que fundarla en la responsabilidad por la actividad legítima del Estado, lo que es una cuestión distinta, sometida a reglas diferentes en punto a la extensión del resarcimiento.

(50) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., op. cit., t. I, p. 419. En el mismo sentido: DROMI, José R., "El procedimiento administrativo", p. 202, Madrid, 1986.

(51) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, ps. 479 y sigts., Buenos Aires, 1981; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de derecho administrativo", t. III, ps. XI-23, Buenos Aires, 1979; y CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, p. 205.

(52) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 304 y siguientes.

(53) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 190, p. 155 (Rev. LA LEY, t. 23, p. 251), donde, el alto tribunal señaló: "Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de "poder" la que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la Administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional".

(54) En el sistema español se admite, cuando los actos sean anulables, que la Administración pueda disponer su extinción cuando la ilegalidad sea manifiesta, en caso contrario ella tiene que formular la declaración de lesividad y acudir luego a la vía contenciosa. Véase: ENTRENA CUESTA, Rafael, "Curso de derecho administrativo", p. 521, Madrid, 1970.

(55) Conf. HUTCHINSON, Tomás, op. cit., t. I, p. 499.

(56) Conf. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás R., op. cit., p. 285.

(57) Sobre el contenido del régimen exorbitante ven BARRA, Rodolfo C., "Principios de derecho administrativo", ps. 152-166, Buenos Aires, 1980.

(58) Véase: VIEHWEG, Theodor, "Tópica y jurisprudencia", ps. 25 y sigts., trad. del alemán, Ed. Taurus,

Madrid, 1964.

(59) CASSAGNE, Juan C., "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", ps. 94-96, Buenos Aires, 1988.

(60) CASSAGNE, Juan C., op. cit., t. II, ps. 212 y siguientes.

(61) BOSCH, Jorge T., "¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?", núms. 44 y sigts., Buenos Aires, 1951, ver además: GRECCO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", ps. 109 y sigts.; CASSAGNE, Juan C., en "Cuestiones de derecho administrativo", ps. 245-246, Buenos Aires, 1986.