

Sumarios

1. Esbozo acerca de las relaciones entre vicios e invalidez.
2. Cuestiones liminares de la teoría de la invalidez. 2.1. El avance que implica la distinción entre ilegitimidad (o ilegalidad), invalidez e ineficacia. 2.2. La presunción de legitimidad del acto administrativo. 2.3. La clasificación bipartita de la invalidez: nulidad (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). El mito del acto inexistente. 2.4. Efectos de la declaración de invalidez.
3. Razones que abonan la procedencia del control ex officio de la invalidez que habilitan al juez para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo.
4. Reflexiones acerca del sistema que regula los vicios del acto administrativo. 4.1. Nulidad absoluta (nulidad) y nulidad relativa (anulabilidad). 4.2. ¿Una nueva categoría? La ilegalidad o arbitrariedad manifiestas como vicio del acto administrativo.
5. Consideraciones finales.

Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad)

1

Esbozo acerca de las relaciones entre vicios e invalidez

El sistema que regula la invalidez y los consecuentes vicios del acto administrativo se encuentra directa y estrechamente enlazado con los elementos o requisitos exigidos por el ordenamiento o por la jurisprudencia —según los distintos regímenes comparados— para que la actividad administrativa pueda considerarse legítima y válida.

La presencia de un vicio revela que el acto ha nacido jurídicamente enfermo, con una patología que, en casos extremos —cuando se halla afectado el orden público— resulta insanable. Otras veces, los vicios actúan en forma similar a los virus y evolucionan con el tiempo, desdibujando su trascendencia en la vida jurídica o su misma vigencia real.

Producto de la creación jurisprudencial francesa, los vicios del acto administrativo fueron regulados en algunos países por el derecho positivo y aunque su sistematización haya sido obra principalmente de la doctrina, no hay que desdeñar el papel que cumplen los fallos judiciales para anclar, definitivamente, las concepciones imperantes en cada sistema.

En los sistemas hispano-americanos y de Europa Continental, la sistematización de los vicios del acto administrativo se basó en dos categorías de invalidez —nulidad y anulabilidad, o bien, nulidad absoluta y nulidad relativa— establecidas en función al grado de transgresión del ordenamiento, con diferentes consecuencias asignadas a cada especie de invalidez.

La propia historia del derecho administrativo demuestra que la creación jurisprudencial evolutiva de los vicios se consolidó una vez que se agotaron sus posibilidades en relación a cada elemento del acto administrativo siendo, probablemente, difícil progresar mucho más por ese camino.

Ahora bien, la conexión entre los vicios y el sistema de invalidez aunque hace que aquellos dependan, en cierto modo, de este último, también, paradójicamente, realimenta el sistema con cambios tanto

jurisprudenciales como legislativos, que tratan de corregir o superar las debilidades que exhibe la construcción tradicional en su operatividad real.

Resulta obvio que el papel que desempeña todo sistema de invalidez —en las diversas ramas jurídicas— se vincula con la observancia del clásico principio general del derecho que predica la finalidad de 'afianzar la justicia', recepcionado en forma expresa por nuestro Preámbulo constitucional el cual, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969), se conjuga en el derecho que tiene toda persona a una protección judicial efectiva que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la convención (artículo 25).

Esa garantía de justicia, que pesa sobre el Poder Ejecutivo y los tribunales judiciales competentes, obliga a las autoridades administrativas a ajustar su actuación al principio de legitimidad (legalidad y razonabilidad), realizándose plenamente en la medida en que se haga realmente efectivo en los respectivos ordenamientos el control jurisdiccional de las actividades de gobierno y administración(1), a fin de que éstas se desenvuelvan con arreglo a la ley y al derecho(2).

Como parte del esquema garantístico, la tutela judicial efectiva viene, pues, a asegurar la legitimidad del obrar estatal en un marco de protección de los derechos de las personas en el que encuentran fundamento otros principios generales del derecho administrativo, como el relativo a la interdicción de arbitrariedad que, entre otras cosas, obliga a todo órgano público a motivar sus decisiones, en forma razonable y con arreglo a la ley, de modo de hacer posible un adecuado y suficiente control jurisdiccional.

Pero, el sistema de invalidez se encuentra no sólo conectado con el principio de legitimidad, sino con un abanico de valores y principios jurídicos (seguridad jurídica, buena fe, eficacia de los fines que persigue la Administración, etc.) cuya dimensión de peso permite establecer, en cada caso, las posibilidades de conservar el acto administrativo, o bien de considerar que se trata de un acto válido, no obstante las ilegalidades de que adolezca.

A su turno, abordaremos la exposición del sistema argentino en el marco del derecho comparado (sobre todo del derecho español e hispano-americano) y de la evolución doctrinaria que, últimamente, ha puesto en duda la utilidad del sistema bipartito(3) de invalidez, basado en la distinción entre nulidad y anulabilidad.

2

Cuestiones liminares de la teoría de la invalidez

En lo que sigue, vamos a ocuparnos, sucesivamente, de una serie de cuestiones, en cierto modo liminares, de la teoría de la invalidez administrativa, que lejos de perder actualidad, vienen siendo objeto de nuevas investigaciones, comentarios y desarrollos doctrinarios, especialmente en el derecho español a raíz de la sanción de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992(4).

2.1. El avance que implica la distinción entre ilegitimidad (o ilegalidad), invalidez e ineficacia

Muchas de las contradicciones que se han planteado en torno a la teoría de la invalidez administrativa obedecen, sin duda, al hecho de haberse trasplantado, a veces sin las necesarias adaptaciones, las reglas y principios provenientes de la categorización civilista.

A partir de la poda, es muy poco lo que ha quedado en pie y, aún más, han nacido nuevas concepciones y principios propios de un derecho en formación sin las contaminaciones provenientes del derecho civil(5). En esa línea, se propugna distinguir entre los conceptos de ilegalidad (para algunos ilegitimidad) invalidez e ineficacia, como un modo de explicar el funcionamiento armónico del sistema y depurarlo de las antinomias que lo rodeaban, continuando la lúcida obra de los juristas que abrieron el camino, con lúcidas elaboraciones, en la doctrina española(6).

Se ha dicho que la legalidad o ilegalidad constituye el resultado de una constatación en la que el operador jurídico contrasta el acto con la norma y verifica si se encuentran o no en concordancia(7). Aun siendo ello parcialmente cierto, preferimos desde hace algún tiempo(8), acudir al concepto de legitimidad (como comprensivo de la norma positiva y de los principios generales del derecho, aun cuando éstos no tengan rango positivo) abarcando así tanto la legalidad como la razonabilidad y justicia, o sea, el derecho y no sólo la ley (que para un sector doctrinario configura el principio de juridicidad).

El análisis acerca de la validez o invalidez del acto administrativo —a diferencia del que se haga sobre la legitimidad o ilegitimidad— requiere de una valoración o calificación para poderlas declarar por parte de

quien aplica el ordenamiento, luego de haber efectuado el juicio de verificación acerca de la legitimidad o ilegitimidad del acto en cuestión, mientras que la eficacia o ineficacia se refieren a la posibilidad de producir efectos.

Y si bien estos conceptos son independientes entre sí (ej.: ilegitimidad, invalidez e ineficacia) hay entre ellos, paradójicamente, determinadas relaciones de interdependencia. Por eso, con particular agudeza, al referirse a las relaciones entre legalidad o legitimidad y validez, se ha señalado que ellas 'operan como dos círculos concéntricos', ocupando la última el círculo interior(9). Así, aunque el acto administrativo sólo puede invalidarse cuando es ilegítimo a la inversa, puede haber actos ilegítimos que no sean susceptibles de una declaración de invalidez (v.gr. las irregularidades intranscendentes o irrelevantes).

De otra parte, hay actos que siendo ilegítimos, aun cuando declarados inválidos, carecen de eficacia respecto de terceros de buena fe que han adquirido derechos sobre el acto que luego resultó invalidado, cuyos derechos se consideran incólumes, no obstante la declaración de invalidez que se hubiera operado con respecto a las partes de la relación originaria (que puede dar lugar a las indemnizaciones correspondientes en caso de imposibilidad de cumplimiento o restitución in natura)(10).

Más aún, es posible que un acto inválido adquiera validez a raíz de la confirmación o subsanación, o bien, por la conversión de sus elementos legítimos en un acto distinto, técnicas todas ellas que trasuntan la prelación acordada por el legislador o la jurisprudencia (esto último en el sistema francés) al principio de conservación sobre el de legitimidad.

2.2. La presunción de legitimidad del acto administrativo

La segunda cuestión que vamos a examinar se vincula con la llamada presunción de validez del acto administrativo la que, por las razones antes señaladas, resulta más correcto denominarla 'presunción de legitimidad'(11) Esta figura, que marca un rasgo diferencial advertible con el derecho civil, viene a presumir que el acto administrativo —en razón de las garantías objetivas y subjetivas que rodean su emanación— se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que, presumiéndose legítimo, posee validez hasta tanto sea declarada su invalidez.

En esta presunción radica la procedencia de la ejecutoriedad(12) o ejecutividad(13) del acto administrativo. No obstante, como toda presunción, no tiene carácter absoluto, es iuris tantum, en la medida en que cede frente a la presencia de una ilegitimidad manifiesta. En esta situación, desaparece el deber del administrado de cumplir el acto administrativo tornando viable la articulación de pretensiones cautelares o la misma acción de amparo, para proteger efectivamente los derechos constitucionales de las personas frente a una ilegitimidad que surge del propio acto(14), siempre que la ilegalidad o arbitrariedad aparezcan en forma patente y notoria, sin necesidad de una investigación de hecho.

En el derecho argentino, el artículo 12 de la L.N.P.A. prescribe la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo ante la Administración —norma que también resulta aplicable a la suspensión en sede judicial(15)— cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta, habiéndose sostenido, en virtud de que no se exige la prueba de la nulidad sino tan solo su alegación, que el supuesto contemplado por la norma es el de la nulidad absoluta y manifiesta(16).

2.3. La clasificación bipartita de la invalidez: nulidad (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). El mito del acto inexistente

El tercer punto que trataremos como parte de las cuestiones liminares que estamos analizando, se vincula con la clásica clasificación bipartita de la invalidez: nulidad o nulidad absoluta, por una parte, y anulabilidad o nulidad relativa, por la otra; la cual, pese a que originariamente fue tomada del Código Civil, se ha ido apartando de las fórmulas del derecho privado, hasta adquirir una fisonomía peculiar a raíz de la recepción de una serie de principios del derecho público que le asignan una tipicidad propia y diferenciada.

En el Derecho Administrativo, el interés general se encuentra presente en todos los supuestos de invalidez (nulidad absoluta o relativa). Sin embargo, ese interés general puede resultar indisponible y la respectiva acción imprescriptible cuando se halla en juego el orden público administrativo (que sería un tipo de interés general más intenso, jurídicamente protegido con un grado mayor que el principio de conservación).

Mientras que en el derecho civil el interés general coincide con el orden público y su violación genera siempre una nulidad absoluta (a la que se asigna la calidad de insanable e imprescriptible, siendo ésta la regla general) la nulidad relativa, se configura sólo cuando está en juego un interés privado, cuya disponibilidad corresponde a las partes legitimadas y no al Juez, ni cabe al Ministerio Público solicitarla 'en

el solo de la moral o de la ley'(17). Por eso, en el régimen de la invalidez del derecho privado la nulidad relativa resulta solo procedente cuando se protege la autonomía de la voluntad (vicios del consentimiento e incapacidad) por cuya causa la presencia de un interés privado, exclusivamente, viene a justificar la posibilidad de sanear el acto jurídico viciado.

Con todo, un somero análisis de algunos sistemas que exhibe el derecho comparado demuestra que el derecho administrativo no siempre ha seguido una misma orientación positiva ni jurisprudencial. En efecto, si se observa el sistema francés lo primero que salta a la vista es la gran trascendencia que allí tiene la nulidad absoluta(18) que, prácticamente —en el recurso por exceso de poder— ha absorbido a la nulidad relativa(19), a diferencia del derecho argentino, en el que esta categoría se mantiene no obstante seguir, en este punto, muy de cerca la tipología de los vicios desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés.

La situación resulta diferente en España(20) donde el derecho positivo acuñó la figura de la nulidad de pleno derecho, que parece responder a un criterio basado en la apariencia manifiesta y grosera del vicio antes que en la gravedad vinculada con el orden público, lo cual podría ser una consecuencia de la filiación romanista de esta categoría de invalidez. Pero esta interpretación no es la que han efectuado la doctrina ni la jurisprudencia españolas, que han vinculado la nulidad de pleno derecho con la transgresión del orden público(21), tal como aconteció en el derecho venezolano que, en este punto, ha seguido la orientación de la ley española de procedimientos administrativos, con el agregado de algunas prescripciones verdaderamente originales(22).

Lo que ocurre, maguer la interpretación forzada, aunque justa, que ha hecho la doctrina española, es que el sistema, como está estructurado revela grandes contradicciones. Con nulidades tasadas que hay que interpretar que no lo son, con vicios de orden público encuadrados en la categoría de menor gravedad (como la desviación de poder[23], que se considera un vicio de nulidad relativa) y con defectos de incompetencia manifiesta en razón del territorio y de la materia, que la doctrina interpreta que no se refiere al carácter ostensible, notorio o patente sino a su gravedad, es realmente notable que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial haya superado las deficiencias que entrañaba la formulación de la nulidad de pleno derecho inclinándose por una construcción más próxima a la nulidad absoluta del derecho francés.

A la vista de ese cuadro y de otras objeciones que no son menores(24) un sector de la doctrina española ha formulado serias objeciones al sistema de bipartición de la invalidez proponiendo, lisa y llanamente(25), su eliminación del mundo jurídico(26) mientras que parece resurgir, en el seno del derecho comunitario europeo un antiguo mito jurídico, que propugna acudir a la teoría del acto inexistente en reemplazo de la nulidad de pleno derecho(27), la que sólo podría llegar a tener algún sentido (nosotros seguimos creyendo que ninguno) en el derecho administrativo francés, donde en los hechos rige, prácticamente, una sola categoría de invalidez, con efectos siempre retroactivos, a diferencia del derecho privado.

La inexistencia aparece como un verdadero mito del derecho en la medida que constituye una creación artificiosa e imaginaria que no sólo carece de sustento en la realidad sino que la contradice(28). Y, precisamente, para acercarla a la realidad (aunque en sus orígenes fue un auténtico mito) esta concepción ha tratado de injertarse en la teoría de la invalidez, habiéndose procurado aproximarla o identificarla, según las diferentes doctrinas, a la nulidad absoluta. Lo cierto es que se trata de una categoría de escasa precisión y difíciles contornos, que viene a complicar el sistema de las nulidades, especialmente en cuanto no acierta a explicar la razón por la que la inexistencia produce efectos similares a los actos existentes, viciados de nulidad absoluta, que precisan ser eliminados del mundo jurídico por contradecir el orden público. En definitiva, el riesgo que se corre, como aconteció en el campo del derecho privado, es el acotamiento o reducción del campo de la nulidad para dar paso a una nueva categoría sin utilidad jurídica alguna.

Ultimamente, en la incipiente jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión, se ha procurado asimilar la inexistencia a la nulidad de pleno derecho del sistema español, y hasta se pretende que existe una cierta unidad entre los regímenes jurídicos de los países comunitarios. Sin embargo, no se puede ir contra una realidad jurídica que indica que la nulidad de pleno derecho del sistema español resulta más limitada y estrecha que la nulidad absoluta del derecho francés y de otros sistemas comparados, en los que constituye el principio o la regla general en la materia.

De otra parte, la crítica orientada a postular la eliminación de la categoría bipartita se funda, principalmente, en que la única diferencia que hoy día subsiste entre la nulidad y anulabilidad estriba en el carácter imprescriptible que se reconoce a la acción para demandar la nulidad(29).

De ese modo, se borra una de las diferencias específicas más trascendentes del sistema bipartito, cuya distinción hace al carácter indisponible(30) que caracteriza a la nulidad (nulidad absoluta), en virtud de hallarse afectado el orden público. Incluso, se ha llegado a sostener que cuando el artículo 67 de la ley

española prescribe la convalidación de los actos anulables, ello no impide la convalidación de los actos nulos (31). No sólo en Francia, sino en la Argentina y otros países hispano-americanos, esta interpretación sería inadmisibles, al igual de lo que, a nuestro juicio, acontece en el derecho español(32).

Una tendencia distinta exhiben los sistemas hispano-americanos, en los cuales, la distinción entre nulidad absoluta y relativa —equivalente de nulidad y anulabilidad— surge bastante nítida y se ha considerado esencial(33), siendo sus principales consecuencias:

- (a) la nulidad absoluta no puede confirmarse, convalidarse ni subsanarse, a diferencia de la nulidad relativa o anulabilidad(34) salvo la posibilidad de saneamiento que ofrece la figura de la conversión(35);
- (b) el acto administrativo afectado de nulidad absoluta y manifiesta carece de presunción de legitimidad sin que pueda promoverse su ejecución ni su ejecutoriedad(36). La presunción de legitimidad rige, fundamentalmente, para los actos de nulidad relativa y en los casos de nulidades absolutas no manifiestas;
- (c) la revocación de los actos de nulidad absoluta se considera procedente(37), admitiéndose la configuración de un régimen especial para esta especie de invalidez en aquellos supuestos en que el acto administrativo no hubiera generado derechos subjetivos que estuvieran en la etapa de cumplimiento, en cuyo caso la Administración precisa acudir a la vía judicial(38), promoviendo la acción de lesividad;
- (d) se suma a estas consecuencias, el carácter imprescriptible de la acción de nulidad absoluta(39).

2.4. Efectos de la declaración de invalidez

Siempre hemos estado de acuerdo, como lo postula hoy día un sector de la doctrina española(40), en no vincular la cuestión de los efectos que produce la declaración de invalidez (ex tunc o ex nunc) con la nulidad y la anulabilidad, en su caso. Este punto de vista, que venimos sosteniendo desde tiempo atrás(41), se basa en que resulta contradictorio, al menos en nuestro derecho, acudir a una técnica proveniente del derecho civil francés, máxime cuando no existe norma legal expresa que regule la cuestión.

Por esa causa —aunque no sea una opinión pacífica en la Argentina(42)— consideramos que la declaración de invalidez de un acto o contrato administrativo tiene, en principio, efectos retroactivos, generando los derechos consiguientes para la parte perjudicada por los efectos que el acto produjo hasta ese momento (v.gr. restituciones patrimoniales).

Pero esa retroactividad no puede afectar los derechos de los terceros de buena fe que adquirieron derechos respecto del acto declarado inválido a posteriori, para lo cual resulta esencial determinar si el acto adolece de una nulidad absoluta y manifiesta ya que, en tales casos, quedaría excluida la buena fe del tercero(43).

Con todo, no se puede negar que existe una tendencia, que hunde sus raíces en el derecho norteamericano (donde se aplica en forma casuista), proclive a morigerar o suprimir los alcances retroactivos de la declaración de invalidez(44) la que en el derecho comunitario europeo encuentra fundamento en el principio de seguridad jurídica(45).

3

Razones que abonan la procedencia del control ex officio de la invalidez que habilitan al juez para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo

En los sistemas judicialistas y más aún en los que existe un sistema de control difuso de inconstitucionalidad sobre los actos administrativos a cargo de los jueces —como es nuestro caso— carece de todo sentido limitar las potestades del poder judicial para poder declarar ex officio, por aplicación del principio iura novit curia, la inconstitucionalidad o simplemente la invalidez de un acto o contrato emanado de la Administración, ya sea del Poder Ejecutivo, órganos jerárquicamente dependientes o entidades descentralizadas.

Sin embargo, no ha sido esa la interpretación que ha venido sosteniendo la doctrina(46) ni por la tradicional jurisprudencia de la Corte(47) contraria a la admisión del control ex officio de inconstitucionalidad o meramente ilegalidad. La razón que se argumentaba para ello consistía en que de admitirse ese tipo de control se estaría vulnerando el principio de separación de los poderes, que se halla en la base de nuestro sistema constitucional y de otros sistemas comparados.

En realidad, el control ex officio implica, precisamente, darle una herramienta a los jueces para que éstos

puedan ejercer con plenitud —supliendo incluso el derecho alegado por las partes— la función de control y revisión de los actos administrativos que la Constitución les discierne, lo que lejos de alterar el principio divisorio y la independencia del poder judicial, viene a reafirmarlo(48).

Un segundo argumento, que también se sostuvo, se apoyó en la presunción de legitimidad de los actos administrativos(49), la que nada tiene que ver con el control ex officio, habida cuenta de que sólo puede ser invocada por la Administración hasta tanto sea declarada la invalidez, no importando si esta declaración se opera en base a la alegación de alguna de las partes o que lo resuelva el juez de oficio.

De otra parte, si la presunción de legitimidad es iuris tantum esta circunstancia no exime a la norma o al acto del control judicial que, en un Estado de Derecho, siempre debe ser pleno(50).

Lo que sí tiene que haber es un conflicto o una causa promovida por la Administración o por un particular para que los jueces estén habilitados a conocer en controversia y ejercer allí el control ex officio(51).

El tercer argumento que se opone al control judicial ex officio se basa en que esta forma de control implicaría la afectación del derecho de defensa ya que las partes carecerían de la posibilidad de exponer sus razones antes de la declaración de inconstitucionalidad o invalidez de un acto administrativo. Como afirma Bianchi(52) éste es, sin duda el escollo argumental de mayor entidad que se ha esgrimido en contra de la admisión del control ex officio.

Sin embargo, aparte de que sería posible suplirlo en el proceso planteando la cuestión y concediendo el juez un nuevo traslado antes de la sentencia(53) nada impide que las partes defiendan o ataquen la constitucionalidad y la invalidez de un acto administrativo(54) en un proceso en el que el derecho de defensa hubiera tenido la posibilidad y oportunidad procesal de ser ejercido sin cortapisas.

4

Reflexiones acerca del sistema que regula los vicios del acto administrativo

Aunque no vamos a efectuar un estudio completo de los vicios del acto administrativo en particular(55), haremos su análisis en la medida en que resulte necesario para la fundamentación y explicación del sistema argentino, confrontado con otros sistemas del derecho comparado. El montaje de los distintos sistemas se apoya en una clasificación bipartita, que plantea, como se verá, relaciones de interdependencia.

4.1. Nulidad absoluta (nulidad) y nulidad relativa (anulabilidad)

Esta es, sin duda, la clasificación más trascendente del sistema de invalidez administrativa. En el derecho hispano-americano, la Argentina, Venezuela y Costa Rica han prescripto, en sus respectivos ordenamientos, el sistema bipartito tradicional de invalidez (nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa), cuya regulación se concreta en la enunciación de los vicios que las leyes consideran de nulidad absoluta. El criterio distintivo radica en la mayor gravedad del vicio que se atribuye a la nulidad absoluta, establecido en función a una prescripción legislativa que estatuye los supuestos en que se configura la afectación del orden público, estableciéndose, también, que esta clase de invalidez es insanable y, en consecuencia, indisponible, tanto por la Administración como por el particular.

La L.N.P.A. argentina, no obstante haberse inspirado en la ley española de Procedimiento Administrativo de 1956, en muchas de sus instituciones, ha regulado en materia de vicios un sistema basado en la obra de Marienhoff, que sigue muy de cerca las concepciones imperantes en el derecho administrativo francés. Por esta razón, los supuestos de nulidad no constituyen la excepción a la regla general, abarcando la totalidad de los elementos o requisitos de validez del acto administrativo, a diferencia de la legislación española en la que la nulidad de pleno derecho es considerada excepcional(56), sólo aplicable a supuestos tasados(57). En cambio, los vicios de nulidad relativa poseen carácter residual y no se encuentran tasados por la ley sino prescriptos en una fórmula genérica.

Una regulación distinta, aún dentro de la clasificación bipartita, exhibe la legislación venezolana, que ha seguido, en líneas generales, la formulación de la ley española, no obstante lo cual se perfilan algunas diferencias que le confieren originalidad al sistema, al par que lo aproxima a los derechos argentino y francés.

En tal sentido, el ordenamiento venezolano prescribe que se configura la nulidad absoluta en estos supuestos:

—actos que contengan un objeto ilícito lo que implica una fórmula más amplia que la referida sólo a los

actos constitutivos de infracción que prescribe la ley española(58);

—actos emanados de usurpación de funciones;

—los actos que sean producto de la requisición directa o indirecta de la fuerza, lo cual permite encuadrar la violencia dentro de los vicios de nulidad absoluta(59).

En el sistema argentino aparecen legislados dos tipos de vicios, a saber:

a)vicios de la voluntad, y

b)vicios en los restantes requisitos y elementos de carácter subjetivo y objetivo.

En cuanto a los vicios de la voluntad, considerada como presupuesto del acto administrativo(60), se prescribe la nulidad absoluta para los casos de error excluyente de la voluntad (que no es todo error esencial sino sólo el llamado error radical que excluye totalmente la voluntad de celebrar el acto), como, asimismo, respecto del dolo y la violencia(61). La regulación de los vicios de la voluntad, separados de los restantes requisitos o elementos del acto administrativo, constituye otra de las diferencias con el sistema español.

A su vez, en la regulación de los vicios en los de carácter subjetivo y objetivo(62) la ley argentina prescribe la configuración de la nulidad absoluta en los siguientes supuestos:

—incompetencia en razón de la materia y del territorio(63);

—falta de causa o falsa causa(64);

—violación de formas esenciales(65), entre los que se incluye el requisito de la motivación(66) de los actos administrativos;

—violación de la ley(67), y

—desviación de poder(68).

En una línea distinta se encuentra el derecho norteamericano en el que los vicios de los actos administrativos constituyen una creación jurisprudencial cuyo gran causismo dificulta su sistematización.

Aún así, muchos de los vicios que prescriben los derechos administrativos de Europa Continental e Hispanoamérica han encontrado también recepción en los repertorios jurisprudenciales de los tribunales norteamericanos, tales como la irrazonabilidad, falta o error de causa, motivación defectuosa o insuficiente, objeto ilegal, desviación de poder y arbitrariedad(69) poniendo el acento en las violaciones al derecho de defensa.

Ese camino se advierte también a la hora de establecer el alcance retroactivo de la declaración de invalidez ya que no existe un criterio en esta materia que permita extraer un principio general aplicable, no obstante que la tendencia parece inclinarse hacia el reconocimiento de efectos sólo para el futuro, particularmente en la eliminación del efecto retroactivo de la invalidez de reglamentos(70).

4.2. ¿Una nueva categoría? La ilegalidad o arbitrariedad manifiestas como vicio del acto administrativo

En nuestro derecho, se ha debatido acerca de la configuración de una categoría de invalidez(71), que viene a complementar la clasificación tradicional y cuya función es eminentemente procesal al desencadenarse medios específicos y sumarisimos de protección jurisdiccional, como es el proceso de amparo y aun de tutela en sede administrativa, a través de la técnica de suspensión del acto administrativo antes referida.

Se trata de una nueva causal de invalidez que pone el acento no ya en la gravedad del vicio (como la nulidad absoluta) sino en la visibilidad externa del defecto que debe surgir de modo patente y notorio, sin necesidad de realizar una investigación de hecho que determine su presencia en el acto administrativo.

Así, ante la lesión que sufre un particular por la violación de sus derechos y garantías constitucionales — con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas— procede la acción de amparo tendiente a restablecer, lo más rápidamente posible y de un modo efectivo, los derechos y garantías vulnerados por el obrar de la Administración.

A nuestro juicio, se trata de una nueva categoría de invalidez que juega, por una parte, en un plano mucho más amplio que la nulidad absoluta pero, al propio tiempo, también más acotado, al limitarse a los actos que sean lesivos de los derechos y garantías constitucionales, siempre que dicha lesión se lleve a cabo con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas lo que, además, despoja al acto administrativo de la presunción de legitimidad(72).

5

Consideraciones finales

5.1. Es cierto que la efectividad de un buen sistema de invalidez administrativa depende más de los mecanismos procesales que de la estructuración normativa del sistema que varía sustancialmente, como se ha visto, de un ordenamiento a otro. Sin embargo, esa variación que exhibe el derecho comparado no impide desconocer el fondo común de la problemática jurídica que enfrentan los diferentes sistemas afectados por similares tensiones en torno de los valores que, de últimas, tutela cada ordenamiento.

Uno de esos problemas radica en la colisión que se produce entre el principio de legitimidad (o legalidad según algunos) con el de conservación de los actos jurídicos en la que, antes de tomar partido por uno u otro, se impone la tarea de armonizarlos en un sistema justo y coherente.

De prevalecer de un modo absoluto el principio de conservación —especialmente para preservar los fines que persigue la Administración— perdería sentido el andamiaje jurídico montado alrededor de las garantías de defensa y razonabilidad o de la tutela judicial efectiva (como estatuye el ordenamiento constitucional español) para hacer que aquélla cumpla sus funciones con arreglo a la ley y al Derecho.

En este aspecto, no se puede menos que coincidir con las concepciones que vienen sosteniendo que los fines de la Administración no pueden constituir un escudo que encubra la ilegalidad y, menos aún, la arbitrariedad, lo que no obsta a que los futuros ordenamientos puedan introducir, en algunos supuestos, como en materia de incompetencia material y vicios de forma, soluciones más favorables a la subsanación de los respectivos actos.

5.2. La concepción de los vicios de orden público para tipificar la nulidad absoluta se encuentra en plena vigencia en los distintos ordenamientos, no sólo por responder a una construcción tradicional sino porque tiene una arraigada inserción en la jurisprudencia de distintos países, posee coherencia lógica y permite mantener incólume el principio de legitimidad y, por tanto, de la justicia y razonabilidad, en el obrar de la Administración. Resulta incuestionable, por otra parte, que los principales rasgos de su régimen jurídico se reflejan en el carácter indisponible e imprescriptible que se atribuye a este tipo de invalidez.

En esa tendencia, la clasificación bipartita de la invalidez administrativa continúa cumpliendo un papel trascendente en los sistemas de Europa continental e hispano-americanos, sin perjuicio de las adaptaciones que van continuamente realizándose de acuerdo al grado de evolución de la disciplina y la realidad sobre la que opera. En tal sentido, la articulación de fórmulas que protejan a los contratantes y terceros de buena fe, puede generar una mayor seguridad jurídica como también la interdicción de la arbitrariedad como vicio autónomo del acto administrativo, dado que constituye uno de los vicios más comunes en que incurren las Administraciones modernas, a cuyo amparo suelen cometerse actos de corrupción que resultan, las más de las veces, difíciles de probar por los particulares afectados.

Notas:

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración, por Rodolfo Carlos Barra, [ED, 108-586]; Aspectos procesales de la nulidad del acto administrativo, por Rodolfo Carlos Barra, [ED, 121-278].

(1) Utilizamos esta terminología acorde con las fórmulas que incorpora la reforma constitucional de 1994; sobre las funciones de gobierno y administración del Presidente y del Jefe de Gabinete, puede verse nuestro Derecho Administrativo, t. I, págs. 327-328, 5a ed., Buenos Aires, 1996.

(2) De esta fórmula, prescripta en la Constitución Española vigente (artículo 103.1 de la C.E.), la doctrina ha derivado trascendentes principios como la interdicción de arbitrariedad y el principio de juridicidad que hace a la plenitud del control jurisdiccional. Véase: Fernández, T. R., De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario, en REDA, N° 80, pág. 577 y sigs., Madrid, 1993.

(3) Beladiez Rojo, M., La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación, en RAP, N° 133, pág. 155 y sigs., Madrid, 1994.

(4) Véase, entre otros: González Pérez, J. y González Navarro, Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, t. I, pág. 1111 y sigs., Madrid, 1997; Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J. M., Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992), pág. 161 y sigs., Madrid, 1993; Parada, R., Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre), pág. 249 y sigs., Madrid, 1993; Lavilla Rubira, J.J., Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos en la obra Administraciones Públicas y Ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, Barcelona, 1993; Beladiez Rojo, M., Validez y eficacia de los actos administrativos, pág. 33 y sigs., con un estudio preliminar de A. Nieto, Madrid, 1994.

(5) En palabras de Nieto: 'Las normas, en principio, no clasifican, sino que establecen el régimen de los fenómenos reales. Es la doctrina la que, siguiendo la estela de las normas, agrupa fenómenos que tienen el mismo régimen y con ellos —a posteriori— crea conceptos. Así lo hemos aprendido del Derecho romano, cuyo mejor heredero en este punto (al menos hasta hace muy poco) ha sido el Derecho administrativo, dado que el Derecho civil moderno nació ya contaminado por las elaboraciones teóricas producidas a lo largo de dos milenios, en notorio contraste con la ingenuidad, auténticamente adánica, con que nació el Derecho administrativo', (en el Prólogo al libro de Beladiez cit. ut supra, pág. 13).

(6) Fernández, T. R., La doctrina de los vicios de orden público, en especial, pág. 101 y sigs., Madrid, 1970; Santamaría Pastor, J. A., La nulidad de pleno de los actos administrativos, pág. 39 y sigs., Madrid, 1972.

(7) Nieto, Alejandro, op. cit., pág. 10.

(8) Véase nuestro Derecho Administrativo, t. II, pág. 29, 5a ed., Buenos Aires, 1997.

(9) Nieto, A., op. cit., pág. 11, siguiendo a Beladiez, sostiene que la discordancia entre legalidad y validez se explica por la importancia que, en ciertas ocasiones, se da al fin del acto, en relación con la eficacia administrativa. Por nuestra parte, pensamos que la prevalencia de la eficacia sobre la validez puede ser peligrosa para las garantías del ciudadano y sólo debe proceder ante claras o manifiestas circunstancias del ordenamiento, sin violar los derechos fundamentales, o bien, para proteger los derechos de los terceros de buena fe.

(10) En la solución que prescribe nuestro Código Civil (artículo 1051). Si bien, seguimos, en buena medida, la postura sostenida por Nieto y Beladiez, en punto a las distinciones efectuadas en el texto, creemos que, en los casos en que se protegen los derechos de los terceros de buena fe, el acto no se convierte en válido sino que carece de eficacia, o sea de efectos frente a ellos, habida cuenta de la posibilidad de interpretar que la declaración de invalidez se limita a las partes originarias. Al propio tiempo, la declaración de invalidez de una cesantía producida después del fallecimiento del agente público no produciría el efecto de su reincorporación (caso en que la invalidez no produce sus efectos normales) sin perjuicio de la reparación patrimonial que puedan reclamar los herederos como consecuencia del acto declarado inválido.

(11) Una de las obras clásicas en la doctrina italiana es la Treves, G. La presunzione di legittimità degli atti amministrativi, Padua, 1936.

(12) Cassagne, J. C., op. cit., t. II, pág. 231.

(13) Diez, M. M., Derecho Administrativo, t. II, pág. 279 y sigs., Buenos Aires, 1965.

(14) Artículo 1º, ley 16.986 de amparo de la Argentina [ED, 16-967]; por su parte, en otros países como Venezuela se han sancionado leyes de amparo, con la peculiaridad de que no existe plazo alguno de caducidad para promover el recurso de anulación por esa vía excepcional (artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

(15) Barra, R. C., Principios de Derecho Administrativo, págs. 423-424; Cassagne, Juan Carlos, op. cit., t. II, pág. 245.

(16) Hutchinson, T., Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, t. I, pág. 270, Buenos Aires, 1985. Esta interpretación de Hutchinson, que compartimos, reafirma la lógica del sistema argentino. En el fondo, viene a coincidir con la postura que venimos sosteniendo (op. cit., t. II, pág. 243).

(17) Como prescribe nuestro artículo 1047 del código civil.

(18) Los juristas franceses se han preguntado acerca de la subsistencia de la nulidad relativa como causal de invalidez del acto administrativo, véase: Waline, M., Droit Administratif, pág. 448, París, 1963; Laubadère, A. de, Traité de Droit Administratif actualizado por Venezia, J. C. y Gaudemet, Y, T. I, pág.

275, 9a ed., Paris, 1984.

(19) Chapus, R., *Droit du contentieux administratif*, 3a ed., pág. 647 y sigs., París, 1991; la regla general, en el recurso por exceso de poder, es la nulidad con efecto retroactivo, aunque hay unas pocas excepciones para supuestos especiales (v.gr. funcionarios de facto) que confirman dicha regla (op. cit., págs. 667-674).

(20) Orientación que se mantiene en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (artículo 62); Véase: González Pérez, J. y González Navarro, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, pág. 1111 y sigs., Madrid, 1997.

(21) Fernández, T. R., *La doctrina de los vicios de orden público*, pág. 101 y sigs., Madrid, 1970; Santamaría Pastor, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, pág. 223 y sigs., Madrid, 1972.

(22) Véase: Brewer Carias, A. R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, págs. 109-110, Civitas, Madrid, 1990.

(23) Véase: García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, t. II, pág. 606, 6a ed., Madrid, 1993.

(24) Se han ocupado de ellas: García de Enterría, E. y Fernández, T. R., op. cit., T° II, pág. 606 y sigs..

(25) Beladiez Rojo, M., *La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación*, en RAP, N° 133, pág. 155 y sigs., Madrid, 1994.

(26) Eliminación que parece compartir Nieto aun cuando también podría suponerse más inclinado a sustituir la nulidad por la inexistencia (op. cit., págs. 12-16).

(27) Véase: Nieto, A. en el Prólogo a la obra de Beladiez sobre la Validez y eficacia de los actos administrativos, págs. 14-16, Madrid, 1994.

(28) Sobre la mitología jurídica: Romano, S., *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. del italiano, pág. 225 y sigs., Buenos Aires, 1964.

(29) Beladiez Rojo, M. op. cit., RAP N° 133, pág. 183.

(30) Fernández, T. R., op. cit., pág. 280.

(31) Beladiez Rojo, M., op. cit., RAP N° 133, págs. 167-169.

(32) Se ha dado como ejemplo (Beladiez Rojo, op. cit., pág. 168) el caso de un acto administrativo por el que un Alcalde (sin competencia material) autoriza la construcción asumiendo las competencias del Pleno, que podría ser ratificado por éste sin resentirse el orden público administrativo. Sin embargo, en el sistema de la ley española y salvo el supuesto de incompetencia jerárquica o de grado, ello no parece posible. Esta situación podría solucionarse con el dictado de un nuevo acto por el Pleno, con efectos retroactivos, sin necesidad de invalidar el acto del Alcalde que, simplemente, no produciría efectos.

(33) Brewer Carias, A. R., op. cit., págs. 111-112.

(34) Artículo 19, L.N.P.A. de la Argentina.

(35) Sobre la conversión: Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4a ed., pág. 658 y sigs., Buenos Aires, 1993.

(36) Aunque sin exigir el carácter manifiesto de la nulidad absoluta: Brewer Carias, A. R., op. cit., pág. 112; ver también: artículos 169, 170 y 176 de la L.G.A.P. de Costa Rica.

(37) Marienhoff, M.S., op. cit., t. II, pág. 611 y sigs. y Brewer Carias, A.R., op. cit., pág. 112.

(38) Artículo 17, L.N.P.A. Argentina.

(39) La imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es una de las características que reúne mayor acuerdo doctrinario. En la Argentina, esa calidad que posee la acción para demandar la nulidad

desaparece, prácticamente, por la interpretación que ha hecho la jurisprudencia sobre los plazos de caducidad para promover la acción judicial de nulidad (artículo 25, L.N.P.A.). La situación es diferente en otros países, como España, donde la nulidad puede plantearse dentro del procedimiento de revisión de oficio en el que la acción de nulidad no está sujeta a plazo y los actos anulables declarativos de derechos pueden invalidarse si se requiere su invalidez dentro de los cuatro (4) años de su emisión (artículos 102 y 103 L.R.J.P.A. de España). Véase: González Pérez, J. La revisión de los actos administrativos en el libro Procedimiento Administrativo que contiene las Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho Administrativo llevado a cabo en Santiago de Compostela en el año 1994, pág. 151 y sigs..

(40) Beladiez Rojo, M., op. cit., RAP N° 33, pág. 161.

(41) Op. cit., t. II, págs. 178-179; este criterio ha sido compartido últimamente por Comadira, J. R.; véase: 'El sistema de nulidades del acto administrativo' en el libro Procedimiento Administrativo, cit. pág. 106; Mairal, H. A. parece inclinarse por esa interpretación con fundamento en lo prescripto en el artículo 1050 del código civil y también la jurisprudencia de los tribunales federales que cita (Control judicial de la Administración Pública, t. II, págs. 904-905, Buenos Aires, 1984).

(42) Marienhoff, M. S., op. cit., 4a ed., t. II, pág. 490; Gordillo, A. A., Tratado de Derecho Administrativo, t. III, págs. XI-6 y XI-18, Buenos Aires, 1979; esta doctrina postula que sólo la declaración de invalidez de un acto nulo o de nulidad absoluta produce efectos retroactivos (ex tunc).

(43) En las diferentes ediciones de nuestro 'Derecho Administrativo' hemos sostenido que la regla de la retroactividad de los efectos de la declaración de invalidez se aplicaba a las dos especies de invalidez admitiendo dos excepciones: a) si el particular hubiera ejecutado el acto sin conocer la existencia del acto, y b) el vicio o defecto no le fuera imputable, total o parcialmente, a quien se perjudica con la invalidez. Creemos que, en dichas excepciones, encuentra ubicación la situación de los terceros de buena fe, sea el acto de nulidad absoluta o relativa. El carácter manifiesto de la invalidez constituye un obstáculo, al igual que en el Código Civil, para que se configure la buena fe del tercero.

(44) Uno de los fallos más comentados refleja dicha tendencia: 'Linkletter v. Walker' (381 V.S. 618) del año 1965, en el que se declaró que como 'la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo' los efectos de una sentencia anterior que declaró inconstitucional las pruebas sobre las que se basó el tribunal para condenar al recurrente, operan para el futuro, careciendo de efectos retroactivos. La Suprema Corte Norteamericana valoró, en ese fallo, los efectos contraproducentes que produciría la retroactividad, pues la justicia tendría que revisar todos los procesos en que se utilizaron las pruebas que fueron declaradas inconstitucionales, mediante una ponderación de los intereses en juego; véase: García de Enterria, E. Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, en REDA N° 61, pág. 6; a su vez, uno de los pocos precedentes de la Corte Suprema Norteamericana donde se realizó una distinción entre los efectos de la invalidez del acto nulo (void) y del acto anulable (voidable) que en el caso 'Atlantic Coast Line Railroad Co. v. Florida' (295 V.S. 301), del año 1935, citado por Mairal, H. en op. cit., t. II, pág. 860, nota 62.

(45) Sentencia Defrenne del año 1976, citada por Beladiez Rojo, M., en Validez y eficacia etc., cit. pág. 351, nota 28.

(46) Marienhoff, M. S., op. cit., t. II, pág. 484; Gordillo, A. A., El Acto Administrativo, pág. 90, Buenos Aires, 1963; doctrina a la que, en su momento, también adherimos (op. cit., t. II, pág. 173).

(47) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 190, págs. 155-156 en el conocido caso 'Los Lagos'.

(48) Bianchi, A. B., 'Control de Constitucionalidad', pág. 224, Buenos Aires, 1992; anota que lo que le está vedado hacer al juez es suplir al legislador y que el control de constitucionalidad no puede estar a cargo del órgano controlado.

(49) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 190, pág. 150.

(50) Cfr. Bianchi, A. B., op. cit., pág. 225.

(51) La interpretación contraria se basó en la opinión de Cooley y es la que prevalece en la jurisprudencia de la Corte, ver: Bianchi, Alberto B., op. cit., pág. 210.

(52) Bianchi, Alberto B., op. cit., págs. 225-226.

(53) Vanossi, J. R., Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad, pág. 226 y sigs., Buenos

Aires, 1984.

(54) En el mismo sentido: Bianchi, Alberto B., op. cit., pág. 225.

(55) Un desarrollo completo se encuentra en la obra de Marienhoff, M. S., op. cit., t. II, pág. 460 y sigs. fuente doctrinaria en que se inspiró el articulado legal; también analizamos los vicios en particular en nuestro Derecho Administrativo, t. II, pág. 185 y sigs.

(56) Cfr. Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas, (un estudio de la ley 30/1992), pág. 161, Madrid, 1993; Chinchilla, C., Nulidad y Anulabilidad, pág. 195, en la obra colectiva La nueva ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dirigida por J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, Madrid, 1993. Beladiez Rojo, M., op. cit., REDA N° 133, pág. 183.

(57) Parada, R., Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pág. 251, Madrid, 1993.

(58) Brewer Carias, A.R., op. cit., pág. 109; el artículo 62.1. inc. d) de la L.P.C. prescribe entre los actos nulos de pleno derecho 'los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta'.

(59) Artículo 120 de la Constitución de Venezuela; por su parte, la ley de Procedimientos Administrativos incorporó como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos los casos en los cuales la Constitución o la ley lo determinen en forma expresa (art. 19.1.).

(60) Marienhoff, M. S., op. cit., t. II, pág. 281 y sigs..

(61) Artículo 14, inc. a), L.N.P.A. de la Argentina.

(62) En el sistema argentino los vicios de la voluntad pueden considerarse en forma autónoma, o bien, respecto de cada uno de los elementos; sobre esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en nuestro Derecho Administrativo, t. II, pág. 185 y sigs..

(63) La incompetencia en razón de grado siempre fue considerada, en el derecho argentino, un vicio de nulidad relativa y, como tal, susceptible de ratificación por el superior (Marienhoff, M.S., op. cit., t. II, pág. 527); excepto que la avocación o la delegación no fueran procedentes. En cambio, en la anterior L.P.A. de España, se la consideraba como un caso de nulidad de pleno derecho (artículo 47.1. a) de la L.P.A.) supuesto que la ley actual excluye (artículo 62.1. inc. a]) siguiendo una corriente jurisprudencial existente; ver al respecto: García de Enterría, E. y Fernández, T. R. 7a ed., págs. 594-595, Madrid, 1995; critican la nueva regulación legal considerando que la exclusión de la incompetencia jerárquica de las causales de nulidad absoluta resulta apresurada sobre la base de que hay casos en los que la distancia entre el superior y el inferior es tan grande que puede configurar el delito de usurpación de fueros (op. cit., t. I, págs. 610-611).

(64) En cuanto a la causa, la ley argentina ha adoptado la concepción objetiva al prescribir que se configura por los antecedentes de hecho y de derecho que precedan y fundamentan el dictado del acto administrativo (artículo 7°, inc. b) L.N.P.A.). La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en su momento, también adoptó dicha concepción, inspirada en la doctrina de Hauriou (Précis de Droit Administratif, pág. 430, Paris 1927). Véase: caso 'Hochbaum' con nuestro comentario en REDA, N° 3, pág. 111 y sigs.).

(65) La tendencia de la doctrina se orienta francamente hacia una reducción de los vicios de forma, particularmente en el procedimiento administrativo donde rige el principio del informalismo. Véase: Gambier, B., El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo, JA, 1992-III-2, sec. doctrina, también se ha ocupado del tema Gordillo en El informalismo y la concurrencia en la licitación pública, publicado en REDA, N° 11, pág. 298 y sigs., Buenos Aires, 1992.

En el ordenamiento nacional la ley considera esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (artículo 7°, inc. d) L.N.P.A.) consideramos que resulta excesivo sancionar la falta de dictamen jurídico con la nulidad del acto en tanto no se viole de un modo absoluto la garantía de la defensa ya que, siendo la forma un requisito instrumental no puede transformarse en un elemento sustancial del acto administrativo vinculado como regla general al orden público.

La Corte Suprema ha admitido la validez de un acto administrativo aun cuando el dictamen jurídico se haya emitido con posterioridad a su dictado pero antes de resolverse el recurso jerárquico (in re 'Duperial

En la doctrina española, si bien con una diferente regulación positiva, se ha señalado que se viene operando una reducción progresiva de los vicios de forma, que resultan susceptibles de subsanación en la medida en que no se genere una indefensión absoluta, que sea imposible de sanear en otras instancias. Véase: García de Enterría, E. y Fernández, T. R., op. cit., t. I, 7ª ed. págs. 618-623, Madrid, 1996.

(66) En el derecho argentino la regla general es que el acto administrativo debe ser motivado lo que resulta un requisito ineludible, máxime en materia de actividad discrecional de la Administración; sobre este tema: Fernández, T.R., op. cit., REDA N° 80, pág. 577 y sigs.. La ley venezolana de Procedimientos Administrativos ha seguido en este punto la orientación de la ley argentina (artículo 9) exigiendo la motivación excepto para los actos de simple trámite.

(67) La violación de la ley (artículo 14, inc. b] L.N.P.A.) típico medio de apertura del recurso por exceso de poder del derecho francés, se refiere a los vicios en el objeto del acto administrativo; con todo no todos los vicios en dicho elemento provocan la nulidad absoluta (ej.: objeto oscuro o impreciso) sino cuando el acto no se puede subsanar por alterar el orden público administrativo.

(68) La desviación en la finalidad que debió inspirar el dictado del acto administrativo acarrea como consecuencia, en el ordenamiento argentino, la nulidad absoluta (artículo 14, inc. b], L.N.P.A.). La situación es diferente en el derecho español donde este vicio no se encuentra contemplado dentro de las causales de nulidad de pleno derecho (artículo 62, L.P.A.).

(69) Mairal, H. A., op. cit., t. II, pág. 590 y sigs..

(70) Mairal, H. A., op. cit., t. II, pág. 860, considerando que ello podría afectar la seguridad de las relaciones jurídicas nacidas al amparo del acto declarado inválido.

(71) Marienhoff, M. S., op. cit., t. II, pág. 481 y sigs., y nuestro Derecho Administrativo, t. II, pág. 174 y sigs. En algún caso la Corte Suprema consideró que una nulidad era manifiesta porque surgía de la lectura del propio contrato y su confrontación con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base (Fallos, 179-276-277).

(72) La pérdida, en tales casos, de la presunción de legitimidad hace caer también el deber del particular de cumplir el acto administrativo, es decir, que opera sobre su ejecutoriedad; véase: Borio, F. R., El principio de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos, [ED, 86-750] y sigs., y nuestro Derecho Administrativo, t. II, pág. 175.