

## ***Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la ley de procedimientos administrativos\****

**Por Gustavo E. Silva Tamayo**

El examen de las posibles incidencias del Código Civil y Comercial sobre la ley nacional de procedimientos administrativos en el régimen de nulidades administrativas confirma, a las claras, que la concepción dicotómica derecho público-derecho privado puede explicarse por razones tradicionalmente históricas y actualmente metodológicas, pero hay normas que se aplican a todos los sujetos jurídicos; normas que tienen originariamente como destinatarios a los particulares, y resultan extensivamente aplicables a la Administración, y normas inicialmente administrativas que se aplican a los privados, como las de adjudicación de contratos administrativos.

### **1. Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado mediante la ley 26.994, representa un hito trascendental en la evolución jurídica de nuestro país que, además de unificar la materia civil y comercial –en línea con las legislaciones más avanzadas–, ha abrevado en los antecedentes de reforma al Código Civil de Dalmaico Vélez Sársfield, elaborados a lo largo de la pasada centuria. Todo ello lo ha hecho con una técnica de redacción más concisa y exacta, lo que ha permitido reducir considerablemente su articulado en comparación al de su predecesor. Además del debate y participación de distinguidos juristas, así como de la recepción de criterios jurisprudenciales y doctrinarios dominantes, el nuevo Código imprime a su sistemática diversas concepciones valorativas que merecen nuestro encomio, entre ellas, la constitucionalización del derecho privado y, con ello, de los principios generales de derecho incorporados a nuestro plexo constitucional con la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

No es este el lugar –ni tampoco el propósito–, para realizar una valoración integral de la flamante normativa, sino, como sugiere el título, este trabajo se limitará a estudiar los probables “puntos de contacto”<sup>1</sup> o las “relaciones de continuidad” o de “contactos sucesivos”<sup>2</sup>, que pueden generarse entre el tratamiento que ésta brinda al subsistema de nulidades y el que estipula la ley 19.549 nacional de procedimientos administrativos (en adelante la “LNPA”).

Por idénticos motivos el tratamiento del nuevo subsistema de invalidez del Código Civil y Comercial apenas superará lo descriptivo, en el entendimiento de que

---

\* Extraído del artículo publicado en “Derecho Civil Argentino”, [www.facebook.com/groups/ De-r.Civ.Arg/](http://www.facebook.com/groups/De-r.Civ.Arg/). [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª ed., tr. H. Heredia y E. Krotoschin, Bs. As., Depalma, t. I, p. 181.

<sup>2</sup> Bielsa, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Bs. As., Lajouanne, 1923, p. 18 a 21.

una mínima consideración analítica de las novedades que introduce es necesaria para poner en su justo quicio la influencia que puede tener respecto al régimen de invalidez del acto administrativo en la LNPA.

En los párrafos siguientes pasaremos a analizar la cuestión.

## 2. La influencia del derecho civil en el derecho administrativo

En nuestro país, el abandono de la concepción clásica que miraba al derecho administrativo como un derecho de carácter excepcional y exorbitante del derecho privado y no como una disciplina que se abasteciera de principios y normas que son peculiares del derecho público, no fue sino el resultado de un largo recorrido en el que la labor de la jurisprudencia jugó un destacado papel. Y fue, precisamente, en materia de nulidades, en el caso “Los Lagos”<sup>3</sup>, la oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo resolver una controversia echando mano de una visión que, edificada a través de la analogía, resultó superadora del viejo esquema que relegaba al derecho administrativo a un papel de completa subordinación al derecho privado<sup>4</sup>.

Antes de la emisión del fallo, en la obra más arriba citada, Bielsa había estudiado las relaciones entre el Código Civil y el derecho administrativo, llegando a la conclusión de que existían institutos previamente desarrollados y positivamente concretados en el derecho privado, dado el desarrollo relativamente más reciente de este último por contraposición al primero, pero que, en definitiva, resultaban aplicables a ambas especies de derechos con las particularidades propias de cada uno de ellos<sup>5</sup>.

En esa línea puede decirse que, en la construcción de una teoría de las nulidades administrativas, como en otras materias, se produjo, en palabras de Martín-Retortillo Baquer, un “préstamo” de instituciones del derecho privado al público<sup>6</sup>. Y a partir de ese “préstamo” es que éste último pudo edificar la construcción de sus propios desarrollos, a través de la labor doctrinaria, jurisprudencial y, finalmente, normativa<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Fallos, 190:142 (1941).

<sup>4</sup> Para una ampliación del tema ver: Silva Tamayo, Gustavo E., *La voluntad en los actos administrativos*, Bs. As., RAP, 2013, p. 71 a 113.

<sup>5</sup> Bielsa, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*.

<sup>6</sup> Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 25. Este autor distingue, así, el “préstamo” (*le donné*) de técnicas y reglas privadas, de la “construcción” (*le construit*) administrativista de sus instituciones y plantea la cuestión como una “batalla” que el derecho administrativo ha debido librar en dos frentes: dentro del ámbito del derecho público, específicamente del derecho constitucional, por un lado y respecto al derecho civil, por el otro “cuya influencia estructural ha estado tutelar y generosamente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del derecho administrativo”.

<sup>7</sup> Véase también el tratamiento que efectúa Abad Hernando, Jesús, *El problema de la influencia del derecho civil en su génesis*, en “Estudios de derecho administrativo”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1999, p. 27 a 101.

Debemos, no obstante, advertir que, tanto la teoría del acto jurídico como la de su invalidez —el acto administrativo no deja de ser, en definitiva, una especie de éste—<sup>8</sup>, encarnan “conceptos fundamentales” aplicables a distintas ramas del derecho y no de uso monopolístico por el derecho civil<sup>9</sup>.

Por ello, ante la inexistencia de una ley que regulara específicamente la cuestión, omisión que sólo fue salvada en 1972 con la inclusión del tratamiento de las nulidades del acto administrativo en el articulado de la LNPA, resultaba perfectamente aceptable la utilización por los jueces de los principios del Código Civil, a condición de no preconizar una identidad de soluciones ni de reglas.

Precisamente este era el error en el que caía la jurisprudencia anterior a “Los Lagos”, al momento de juzgar la invalidez de los actos administrativos, pues, como veremos, aplicaba lisa y llanamente las normas del Código Civil (art. 1037 y ss.) sin advertir que este “caso administrativo no previsto”, en la terminología de Linares<sup>10</sup>, debía resolverse por aplicación analógica —y no directa— de esas reglas, dada la distinta función que cumple el instituto de la nulidad en uno y otro campo.

Se incurría reiteradamente, así, en el desacierto de aplicar el Código Civil en materias de derecho administrativo, partiendo de la falta de consideración de este último como derecho estatal, creación exclusiva del Estado que nada tiene que ver con la disciplina privatista que se genera, en gran parte, desde la autonomía de la voluntad de los individuos<sup>11</sup>.

Las reglas civilistas no podían, obviamente, contemplar la posición de la Administración frente a los particulares que es cosa bien distinta a la vinculación de estos entre sí. Así, las prerrogativas de poder público (autotutelas declarativas y ejecutivas) que se le confieren para la realización del bien común, justificaban un tratamiento diferenciado de la materia, cuyas bases fueron sentadas por el fallo que comentamos.

---

<sup>8</sup> Ver en tal sentido: Cassagne, Juan C., *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2012, p. 26; Cuadros, Oscar A., *El acto administrativo como acto jurídico*, en “Cuestiones de acto administrativo. Reglamento y otras fuentes de derecho administrativo”, Bs. As., RAP, 2009, p. 49 a 57.

<sup>9</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, tr. de la 2ª ed. alemana L. Villar Borda y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 205 y 206. Para Ferrajoli se trataría de un término convencionalmente elaborado por el teórico, una abstracción que sirve para explicar sistemáticamente diversos fenómenos observados en sede dogmática, al igual que, por ejemplo, acontece con el concepto de “norma” (Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, tr. P. A. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Pietro Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, t. I, p. 45 y 46).

<sup>10</sup> Linares, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 17 a 24, autor para quien el “caso no previsto” (o ley insuficiente) comprende las especies de: ley incompleta (la que carece de algún elemento en la endonorma o en la perinorma); ley de individuación estrecha (la que no puede aplicarse literalmente en ciertos casos) y la ley faltante (o caso no previsto en sentido estricto).

<sup>11</sup> Díez, Manuel M., *El acto administrativo*, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1961, p. 427 a 431.

En suma, todas esas ideas clave, que tiñeron de exorbitancia al régimen administrativo, conformaron una dialéctica ajena a la del derecho privado<sup>12</sup>, llegando a expresarse que este último era repudiado “en bloque” por parte del derecho administrativo<sup>13</sup>. Pero ese “repudio”, acaso cimentado en la imperiosa necesidad de una disciplina más joven de adquirir identidad propia, no le impidió a la Corte construir, en el mencionado precedente, una solución acorde al sustrato fáctico del caso e inspirada rectamente en valoraciones de justicia.

Antes de estudiar el caso “Los Lagos” sistematizaremos sucintamente el régimen de nulidades que preveía el Código Civil y repasaremos la jurisprudencia anterior a dicho pronunciamiento.

### **3. El subsistema de nulidades del Código Civil**

#### **a. Introducción**

En general, la doctrina clásica entiende que la nulidad es una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos propios, es decir, los que normalmente debía producir, dispensándole un tratamiento distinto que implica asignarle efectos impropios, en razón de la existencia de un defecto o vicio al momento de su celebración<sup>14</sup>.

Autores modernos sostienen que la nulidad es un supuesto de inidoneidad estructural del negocio, que debe incluirse dentro del más genérico de ineficacia de los actos jurídicos, comprensivo también de la inidoneidad funcional del negocio (resolución, revocación, rescisión)<sup>15</sup>. Consideramos, sin embargo, que se trata de una precisión terminológica que no afecta el núcleo esencial del concepto.

Es rasgo característico, en general, que en el acto jurídico las nulidades sean relativas y, por ende, confirmables, pues, su razón de ser estriba fundamentalmente en la necesidad de tutelarse intereses particulares. En el acto administrativo, en cambio, por encontrarse siempre presente el interés público, la solución debe ser otra, según diremos enseguida.

Hecha esta salvedad, y desde una postura sistémica que, entendemos insoslayable para abordar el análisis de todos los fenómenos jurídicos<sup>16</sup> adoptamos que no

---

<sup>12</sup> Martín-Retortillo Baquer, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, p. 29.

<sup>13</sup> Vedel, Georges, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 45.

<sup>14</sup> Cfr. por todos: Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª ed., Bs. As., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931, p. 1071; Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II, p. 565; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 8ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, t. II, p. 404. Para cierta opinión no se trataría de una sanción, al no constituirse en violación al orden jurídico, sino de un tratamiento especial que la ley otorga ante el acto que presenta imperfecciones [Nieto Blanc, Ernesto, *Consideraciones sobre el concepto de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos*, LL, 104-1014 y siguientes].

<sup>15</sup> Zannoni, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 123 a 127. El Código Civil y Comercial considera a la nulidad de los actos jurídicos, junto con la inoponibilidad, como un supuesto de ineficacia en su art. 382. Ver al respecto: Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 503 a 507.

<sup>16</sup> Ampliar en nuestra citada obra: *La voluntad en los actos administrativos*, p. 29 a 36.

podemos dejar de expresar que la teoría de la invalidez del acto jurídico –y el acto administrativo, reiteramos, no deja de ser una especie de éste– es un supraconcepto aplicable a distintas ramas del derecho y no de uso monopólico por el derecho civil.

## b. El subsistema de nulidades del Código Civil

La técnica del Código Civil distaba de ser simple, fundamentalmente porque la teoría general de las nulidades adoptada por Vélez, no reconocía como fuente al Code sino que, la casi totalidad del Título VII del Libro II, salvo algunas referencias a Aubry y Rau, estaba inspirada en el Esboço de Freitas y en el Código Civil chileno redactado por Bello, para los arts. 1047 y 1048 que trataban, respectivamente, de la nulidad relativa y absoluta<sup>17</sup>.

Tal amalgama de antecedentes hubo de dar como fruto un sistema de doble clasificación, absolutamente único en la legislación comparada que reposaba sobre dos ejes cardinales.

Uno atendía a la manera de presentarse el defecto: actos nulos o anulables; el otro a la intensidad de la sanción: más grave cuando hay un interés público comprometido (nulidad absoluta), más benigna si se protegen intereses privados (nulidad relativa). Se trataba de dos clasificaciones que se interferían recíprocamente, de modo tal que cabía considerar la posibilidad de verificarse actos nulos y anulables de nulidad absoluta y actos nulos y anulables de nulidad relativa. El Código Civil, en consecuencia, no seguía la clasificación bipartita nulidad absoluta-nulidad relativa que campea, por ejemplo, en el Código Civil francés<sup>18</sup>, o en el Código Civil español. El alemán distingue entre actos nulos e impugnables, correspondiendo, se aclara, a los primeros una nulidad absoluta y a los segundos una decisión de la parte para su declaración judicial; se trata de “nulidades potestativas”<sup>19</sup>.

De acuerdo al Código Civil, entonces, nulidad absoluta sería aquella que tutela el orden público y los intereses generales, característica de la que se derivaban una serie de consecuencias: a) puede y debe ser declarada por el juez cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047, 1° parte); b) puede ser alegada por cualquier particular interesado, excepto por aquel que ejecutó el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047, 2° parte); c) el Ministerio Público puede pedir su declaración en el solo interés de la moral o de la ley (art. 1047, 3° parte); d) no es confirmable (art. 1047, 3° parte), y e) es imprescriptible. Mientras que la nulidad relativa tutela intereses privados por lo que, a contrario: a) no puede ser declarada por el juez, sino a petición de parte (art. 1048, 1° parte); b) no la puede alegar el Ministerio Público en el solo interés de la ley (art. 1048); c) sólo la pueden aducir aquellos en cuyo beneficio se ha establecido por la ley; d) es confirmable, y e) es prescriptible.

---

<sup>17</sup> Ampliar en nuestro trabajo: *Nulidad manifiesta y vicio no ostensible*, ED, 138-981.

<sup>18</sup> Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, tr. D. García Daireaux, Bs. As., La Ley, 1965, t. IV, p. 418 y ss., obviamente, con exclusiva referencia a la figura del contrato, por carecer el Código Civil francés de una teoría general del acto jurídico.

<sup>19</sup> Cfr. Von Tuhr, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, tr. W. Roces, Madrid, Reus, 1999, t. I, p. 162 a 167.

En lo que atañe a la distinción entre actos nulos y anulables, que el Código no definía, ella surgía de la enumeración de los supuestos contenidos en sus arts. 1041 a 1045. Había sido obra de la doctrina, especialmente de Llambías, la diferenciación entre ambas especies. Este autor deslizó las notas tipificantes de una y otra especie en un trabajo publicado en el año 1948<sup>20</sup>, luego seguido en sus obras posteriores y por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, de manera prácticamente conteste. Según este criterio, la distinción fincaba en el carácter del vicio que se presentaba como rígido, insusceptible de apreciación cuantitativa, variable en los actos de la misma especie, no dependiente de apreciación judicial en los actos nulos; siendo, por el contrario, en los anulables, flexible, susceptible de estimación cuantitativa, variable en los actos de la misma especie, dependiente antes de circunstancias de hecho que de la disposición del derecho y que resulta indispensable someterlo a la apreciación del magistrado.

Para Borda el acto nulo presentaba un vicio patente y notorio y su nulidad no dependía de juzgamiento, por ser manifiesta. Si para descubrir el defecto resultaba necesario realizar una investigación de hecho, el acto era anulable y la nulidad no manifiesta. El carácter patente del vicio jugaba, entonces, según este autor, para determinar la posibilidad del juez de anular de oficio el acto cuando, además, la nulidad fuere absoluta (art. 1047, 1º parte)<sup>21</sup>.

Por su parte, Zannoni, entendió que en los actos nulos el vicio aparecía tipificado a priori por la norma, mientras que en los anulables tal tipificación normativa era a posteriori, dependiente de la investigación y calificación que el juez haga del mismo<sup>22</sup>.

El Código, además, sentaba una prescripción lógica pero que carecía de relevancia práctica en su art. 1046, al reputar válidos a los actos anulables mientras no fuesen anulados y tenerlos por nulos “desde el día de la sentencia que los anulase”.

### **c. Otras clasificaciones que surgían del Código Civil**

Al lado de las dos categorías más relevantes que regula el Código Civil aparecían otras tales como:

1) *Nulidad manifiesta y no manifiesta*. Se trataba de una clasificación que, coincidía con la de actos nulos y anulables, pues el art. 1038 del Cód. Civil vinculaba tal característica con la categoría de acto nulo. Entendimos en su momento que esta distinción no informaba una categoría con entidad propia, sino que estaba ligada a la

<sup>20</sup> Llambías, Jorge J., *Diferencia específica entre inexistencia y nulidad*, LL, 50-876.

<sup>21</sup> Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, p. 411. Como hemos dicho en otra oportunidad, precisamente lo “manifiesto” del acto no hace a la ostensibilidad visual del vicio, sino a la innecesariedad de una actividad de juzgamiento por parte del magistrado. En esta exégesis, el vicio manifiesto puede comprobarse aun con la aportación de prueba “literal” (una partida, una escritura, etc.) y posibilita la declaración de oficio de la nulidad cuando, además, es absoluta (Silva Tamayo, *Nulidad manifiesta y vicio no ostensible*, ED, 138-981).

<sup>22</sup> Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 172 y 173.

forma de presentarse el vicio en los actos, según fuesen nulos o anulables y que cierta doctrina confundió con la ostensibilidad visual del vicio<sup>23</sup>.

2) *Nulidad total y parcial*. Surgía del art. 1039 del Código y se vinculaba con la posibilidad de que la nulidad de una cláusula, siempre que fuese separable, es decir, que no perjudicase a las restantes. De lo contrario se imponía la nulidad del acto<sup>24</sup>.

3) *Nulidades expresas y virtuales o implícitas*. En torno a la posibilidad de admisión de otras nulidades no taxativamente enunciadas por el Código, y en virtud de los antecedentes del derecho francés (la regla *pas de nullité sans texte*), se había suscitado una polémica entre los iusprivatistas. La postura adversa fincó su intelección en la letra del art. 1037 que impedía a los jueces declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las establecidas en el Código<sup>25</sup>.

Sin embargo, resultó predominante la opinión refractaria a esta interpretación tan restrictiva coligiéndose que la directiva del art. 1037 era una pauta interpretativa que impedía a los jueces decretar la nulidad por la nulidad misma, pero que debía conjugarse, a nuestro entender, con el principio general de derecho, contenido en el art. 18 del mismo cuerpo legal: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”<sup>26</sup>. En nuestra opinión esta clasificación conjugaba las atribuciones del juez de declarar de oficio la nulidad “manifiesta” (acto nulo) cuando advirtiese que se encontraban comprometidos intereses de orden superior.

4) *Efectos de la declaración de nulidad*. Entre partes, el principio general que contenía el art. 1050 del Cód. Civil era que “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado”, regla que se erigía como un corolario lógico de lo que debe entenderse por anular, pues ello implica tener por no ocurrido el acto, privarlo de sus efectos. Como consecuencia de esta directriz, las partes debían restituirse recíprocamente lo entregado, de acuerdo al art. 1052.

El Código estipulaba soluciones especiales para la restitución entre las partes en los actos bilaterales cuando el objeto de ambas obligaciones consistiera en cosas productoras de frutos (art. 1053) o cuando una sola de ellas fuese fructífera (art. 1054). Por su parte, el art. 1055 se refería a las cosas fungibles que no debían restituirse si eran consumidas de buena fe.

<sup>23</sup> Cfr. Silva Tamayo, *Nulidad manifiesta y vicio no ostensible*, ED, 138-981.

<sup>24</sup> Borda se pronunció sobre la utilidad de esta distinción, mayor en materia testamentaria que en el campo contractual, donde, generalmente, las cláusulas forman un todo inescindible. No obstante admitió excepciones en los casos de cláusulas nulas que son sustituidas *de iure* por normas imperativas (*Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 421 y 422).

<sup>25</sup> La opinión, entre otros, de Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Bs. As., Lajouanne, 1898, t. 3, nota al art. 1037, p. 303 y de Lafaille, Héctor, *Apuntes de derecho civil. Primer curso*, compilados por Busso y Morixe, Bs. As., 1922, t. II, p. 241.

<sup>26</sup> Así, lo consignaron: Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., Imprenta P. Coni, 1881, t. I, p. 292; Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 568 a 570; Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 422 a 424; Araúz Castex, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, t. II, p. 436 a 439; Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 596 a 599.

Llambías había considerado que las pautas contenidas en estos artículos se aplicaban sólo a los actos anulables y no respecto a los nulos que se regían, según este doctrinario, por los principios generales de restitución de cosas ajenas y de adquisición de frutos, con fundamento en que en el acto nulo la invalidez es independiente de la sentencia<sup>27</sup>. Sin embargo, aun cuando el distingo tenía raíz lógica en la disímil estructura del acto nulo respecto del anulable, el art. 1053 no establecía esta distinción y en los hechos las consecuencias se equiparaban.

Respecto de terceros, el agregado introducido al art. 1051 por la ley 17.711 dejó a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable, como excepción a la regla del *nemo plus iuris*.

#### 4. La aplicación directa del Código Civil para decidir la nulidad de los actos administrativos

Hemos adelantado que hasta la emisión del fallo “Los Lagos”, la Corte aplicaba en forma literal y directa las normas del Código Civil en la materia. Examinaremos, pues, someramente algunos pronunciamientos en los que el Alto Tribunal utilizó las previsiones de la obra velezana para invalidar típicos actos administrativos; en todas estas incorrectas elaboraciones creemos ver, además de la obvia carencia de un sustento teórico propio, una resistencia inercial al abandono de la teoría de la doble personalidad estatal.

Así, en la causa “Provincia de Santa Fe c/Don Marciano Molina s/nulidad y devolución de documentos” (1902)<sup>28</sup> el Máximo Tribunal entendió que: “De los principios generales del derecho no surge la necesidad del juicio político para que el Poder Ejecutivo provincial pueda demandar u oponer en juicio la nulidad de los actos administrativos, con el fin de conseguir la devolución de documentos u otros fines; y teniendo las provincias el carácter de personas jurídicas para los efectos y en las condiciones previstas en el Código Civil, sus representantes actuales se hallan investidos de las facultades indispensables para la defensa de los intereses privados de la misma, en tanto no haya prohibición alguna al respecto”.

En el juicio, la provincia de Santa Fe reclamaba la nulidad de unas órdenes de pago obtenidas de la Contaduría de la provincia que el actor había obtenido por cesión de derechos y acciones a unos campos que se suponían ocupados por el gobierno local.

Ese mismo año, en “Arrol Brothers Limited y otro c/Provincia de Buenos Aires s/cumplimiento de contrato”<sup>29</sup>, dicha provincia desconoció la validez de un decreto que había modificado las condiciones de un contrato de construcción de obras en el Puerto de Ensenada, aprobado por la legislatura local. Allí la Corte estimó “que habiendo la Legislatura de la provincia ordenado expresamente que la construcción

---

<sup>27</sup> Llambías, Jorge J., *Efectos de la declaración de nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, p. 39 y siguientes.

<sup>28</sup> *Fallos*, 96:354.

<sup>29</sup> *Fallos*, 97:20.

de los galpones del puerto se haga sacando la obra a licitación pública bajo determinadas bases aprobadas por el Poder Ejecutivo dicho está por ello, que el contrato que ha de celebrarse para la ejecución de esta obra ha de contener la aceptación de estas bases, porque de otro modo, el contrato del 10 de octubre de 1891, no sería el resultado de la mejor postura de la licitación, la forma expresamente prescrita por la ley, lo que necesariamente tiene que producir la nulidad del contrato, como acto jurídico, en virtud de la expresa disposición del art. 1044 del Cód. Civil”.

En el caso “Fisco Nacional s/nulidad de un decreto de revalidación de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Lich” (1912)<sup>30</sup> la Corte sostuvo que “La disposición del art. 4030 del Cód. Civil se limita a legislar sobre las acciones de nulidad allí previstas y no comprende el caso de un mandatario que ha extralimitado sus poderes” y que “la nulidad dictada por el Poder Ejecutivo del referido decreto de 1888, es una nulidad manifiesta y absoluta de las que el Código Civil califica y establece en sus arts. 1038 y 1047, la que debe ser dictada de oficio, aun sin petición de partes o a su requerimiento y del Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley”.

En la litis, el Estado nacional planteó la nulidad de un decreto del PEN, por el cual se había revalidado un título de propiedad que el gobierno paraguayo había otorgado en favor de la demandada, que correspondía a un inmueble que se hallaba en territorio argentino.

En “Empresa The Catalinas Warehouse and Mole Company limitada s/reivindicación” (1927)<sup>31</sup> expuso la Corte: “Que tal enajenación, contraria a la ley citada, y convenida por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades de que carecía no fue así, el acto de la Nación en su carácter de persona jurídica y sus representantes han estado facultados para desconocerle validez. Aquel acto jurídico es nulo, en efecto, por ser prohibido su objeto principal (arts. 1044, inc. 2° y 953, Cód. Civil), ya que aquélla tanto puede resultar de una prohibición del propio Código como de la contenida en una ley (art. 1160, inc. 3° y art. 18). A su turno la prohibición puede ser expresa o sólo virtual y es indudable que es, por lo menos, de este último carácter, la que ha desconocido el Poder Ejecutivo cuando atribuyéndose facultades de que carecía (arts. 67, inc. 4° y 86, Const. nacional y art. 1160, inc. 3°, Cód. Civil) y contrariando disposiciones expresas de la citada ley reglamentaria 1257, ha realizado un acto jurídico cuyo objeto estaba virtualmente vedado en la forma elegida para realizarlo. Que el acto autorizado por el Poder Ejecutivo es pues, no sólo de nulidad manifiesta (arts. 1038, 18 y 1044, inc. 2°, Cód. Civil) ya que nadie puede alegar el desconocimiento de las prohibiciones contenidas en las leyes en vigor dentro del territorio del país, sino también absoluta en cuanto su nulidad ha sido establecida en beneficio de la colectividad y puede ser declarada de oficio por los jueces aun sin petición de parte en interés de la moral o de la ley, art. 1047, Cód. Civil”.

En dicho proceso se cuestionó la validez de la venta realizada por el Poder Ejecutivo al antecesor en el dominio de la demandada, por tratarse de terrenos ganados al río que, según una ley especial, debían enajenarse en remate público.

---

<sup>30</sup> Fallos, 115:189.

<sup>31</sup> Fallos, 148:118.

Este cuadro, previo al fallo “Los Lagos”, se complementa con la sentencia recaída en “Empresa Constructora F. H. Schmidt SA c/Provincia de Mendoza” (1937)<sup>32</sup> ocasión en la cual el tribunal cimero expuso que: “Siendo ésta un requisito indispensable para la validez del contrato por precepto constitucional y resultando que no se hizo en forma, los funcionarios que lo han suscrito se han excedido en el uso de sus atribuciones legales, y en consecuencia el acto no obliga a la entidad jurídica en cuya representación intervinieron (art. 36, Cód. Civil). Es uno de los casos de nulidad por defecto de forma previsto por el art. 1044, como lo ha declarado esta Corte Suprema en situaciones análogas... Es manifiesta porque aparece de la lectura del contrato mismo, confrontado con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base... Y es absoluta porque la violación de las formalidades sustanciales de ésta, afectan directamente al interés público, y por ello puede ser revocada por el Ministerio Fiscal y aun declarada de oficio por el juez (art. 1047)”.

Agregando: “Que si bien nuestro Código no ha hecho una enumeración o una caracterización precisa de las nulidades absolutas, en contraposición de las relativas, de su texto se desprende que, estando en este caso establecida la forma en salvaguardia o seguridad del leal manejo de los intereses del Estado, su violación tiene que causar necesariamente una nulidad absoluta... Las ideas expuestas excluyen la posibilidad de que la nulidad se circunscriba a la cláusula impugnada... No es una cláusula accesoria y separable, sino que, abarcando todo el régimen del contrato en el caso de incumplimiento, forma con él un solo todo, distinto del que fue previsto en las cláusulas generales de la licitación. No es, pues, aplicable el principio del art. 1039, segunda parte”.

En el caso se habían incorporado en el contrato cláusulas modificatorias de las bases de la licitación contenidas en el pliego, rompiendo la igualdad entre los licitantes.

## **5. El “leading case” “Ganadera Los Lagos SA c/Nación Argentina”**

### **a. Los hechos del caso**

El actor había solicitado, el 25 de septiembre de 1934, la nulidad de un decreto del PEN que, en fecha 21 de abril de 1917, había declarado la caducidad de las ventas hechas y formalizadas a sus antecesores en el dominio, disponiendo la toma de razón, a nombre del Estado nacional, en el Registro de la Propiedad<sup>33</sup>.

Opuesta la prescripción de la acción por el procurador fiscal, de acuerdo a lo preceptuado por los arts. 4023 y 4030 del Cód. Civil, la Cámara Federal de Capital señaló que se estaba en presencia de una nulidad que habría de ser declarada sólo en beneficio de determinadas personas, es decir, que se trataba de un interés privado, por lo que no podía sancionarse sino a petición de los titulares del supuesto de-

---

<sup>32</sup> Fallos, 179:249.

<sup>33</sup> Remitimos al comentario que hemos realizado a este fallo en nuestro trabajo *La consagración de la analogía en el derecho administrativo*, en Cassagne, Juan C., (dir.), “Máximos precedentes. Derecho administrativo”, Bs. As., La Ley, vol. I, p. 295 a 315.

recho invocado. Por ello entendió que, habiendo transcurrido 17 años desde la fecha de emisión del decreto cuestionado, la acción se encontraba prescripta.

De tal modo, sometida la controversia a consideración de la Corte, el Máximo Tribunal estimó que la cuestión a decidir era la naturaleza de la nulidad que se le atribuía el decreto del año 1917, pues dicha elucidación resultaba determinante para la pronunciarse sobre la procedencia de la defensa de la prescripción.

## **b. La doctrina del fallo**

1) La aplicación analógica de las reglas del Código Civil en materia de nulidades. La Corte expresó, en primer lugar, que la aplicación extensiva al derecho administrativo de las reglas contenidas en el art. 1037 y ss. del Cód. Civil, correspondía pues “si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo, sino al privado, nada obsta para que, representando aquéllas una construcción basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo” pero advirtiendo que ello debía hacerse “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina”. Esta consideración volvió a efectuarla en fallos posteriores.

Con ello el tribunal cimero no hizo otra cosa que utilizar la inveterada técnica interpretativa de la analogía, a la que se recurre, como adelantamos, cuando en el ordenamiento jurídico no se encuentra una norma aplicable al caso, hipótesis en la cual se configura una “laguna”. Es lo que, también hemos recordado, más específicamente en derecho administrativo, se denomina como “caso administrativo no previsto”.

Como es sabido, la analogía es una regla de interpretación consistente en un proceso lógico merced al cual se induce, del análisis de soluciones particulares, el principio que las informa para así buscar, seguidamente, las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que les es aplicable por deducción<sup>34</sup>.

Se trata de un método hermenéutico hoy –mas no al tiempo de este fallo–, harto frecuente en el derecho administrativo, por cuanto su ya apuntada condición de derecho en formación, sensible a los cambios de la realidad social y política que lo circunda y a la cual aprehende, potencia sensiblemente las situaciones en las cuales la normación resulta incompleta o inexistente.

Tanto lógica, como jurídicamente, la semejanza entre los dos casos debe ser relevante, o sea, presentar una cualidad común a ambos que constituya razón suficiente para atribuirle esa consecuencia a la que se denomina “ratio legis”.

---

<sup>34</sup> Sin soslayar que, además de estos elementos lógicos, según se ha dicho, la analogía también contiene un elemento valorativo o axiológico (ver, Villar Palasí, José L., *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 218 a 221).

La aplicación analógica puede abarcar tanto a una norma individual, como a un bloque de determinadas materias no reguladas, supuesto que se conoce como “analogía iuris”<sup>35</sup>.

Lo que, a nuestro modo de ver, constituyó el acierto “inicial” de la Corte –pues a partir de él giró el resto del discurrir de la sentencia– es el haber advertido que en el derecho administrativo el problema de las lagunas presenta características distintas que las propias de las relaciones jurídicas privadas.

En efecto, como hemos adelantado supra, en gran parte del derecho privado prevalece, especialmente en el campo obligacional y contractual<sup>36</sup>, el principio de autonomía de la voluntad por medio del cual los particulares son los que “crean” el derecho que regirá sus vínculos, no resultando afectados en forma directa o inmediata por la presencia de lagunas.

En el terreno del derecho administrativo, admitida la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y el deber de resolver que pesa sobre los jueces (y también los órganos administrativos) que preceptuaba el art. 15 del Cód. Civil y preceptúa ahora el art. 3º del Cód. Civil y Comercial, como verdadero principio general de derecho, los “operadores jurídicos” deben frecuentemente enfrentarse con lagunas por la propia naturaleza de materia no codificada y de “derecho en formación” que él reviste.

En este escenario, la analogía supone un medio de autointegración que permite llenar las lagunas o casos administrativos no previstos<sup>37</sup>, es decir, carentes de regulación especialmente aplicable al supuesto concreto. Y aunque la redacción de los mencionados artículos –el derogado y el vigente–, pareciera sugerir la innecesidad de una consagración normativa expresa que autorice la utilización de este iter lógico, razones de estricta justicia, también persuaden de que el mismo no puede estimarse aplicable cuando nos encontramos ante leyes que resulten restrictivas del ejercicio normal de los derechos.

La analogía, entonces, no debe confundirse con la aplicación subsidiaria de normas comunes para regir conductas de derecho público, en ausencia de leyes administrativas. Tal subsidiariedad, cuando está normativamente impuesta en bloque, puede dar pie a los resquemores y repudios que Vedel expuso. Cabe aclarar que en la aplicación subsidiaria, o supletoria, no hay, en verdad, tarea de interpreta-

---

<sup>35</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, tr. E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 247. Este autor, luego de recordar el aforismo romano que consagra la analogía: *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*, señala que también la aplicación analógica puede abarcar ya no una norma individual, sino la de un bloque de determinadas materias a otras no reguladas y que denomina como analogía *iuris*. Este último supuesto, pues, no se identifica con la aplicación subsidiaria en bloque, denostada por Vedel.

<sup>36</sup> Existen también a la par, sectores “autoritarios” en el terreno de las relaciones privadas que se hallan sustraídos al señorío de la voluntad (derechos reales, derechos de familia, etc.) en los cuales los particulares deben ajustarse, por razones de orden público, a las soluciones legales, no pudiendo derogarlas por convenciones en contrario. Es en este espacio en el que pueden presentarse lagunas.

<sup>37</sup> Ampliar en Linares, *Caso administrativo no previsto*, p. 53 y siguientes.

ción ni laguna alguna sino sólo un caso de aparente normación incompleta que, imperio legis, se cubre por aplicación directa de otra norma<sup>38</sup>.

La Corte dio, pues, un giro copernicano con su decisión, al abjurar de la aplicación supletoria o subsidiaria de las normas comunes para regir conductas de derecho público, que en materia de nulidades venía efectuando la jurisprudencia –sin previsión expresa que la autorizara– y valorando, así, las peculiaridades de ambas disciplinas de modo tal que produjo una “publicización” de las reglas civilistas, según expondremos.

2) Las nulidades en el derecho administrativo –al igual que en el derecho civil–, se consideran con relación a los distintos elementos que integran el acto administrativo.

Dejando de lado el acertado señalamiento efectuado por Cassagne en el sentido de no resultar correcta ni completa la enunciación de los elementos (“competencia, objeto o finalidad y forma”) que efectúa la Corte<sup>39</sup>, la conclusión que allí se vierte parte de la apreciación apriorística de que el acto administrativo es una especie del género “acto jurídico” y que existen causales generales de invalidez que corresponden al tipo de “nulidad absoluta”.

3) En el derecho civil no existe correlación entre los actos nulos y los de nulidad absoluta, ni tampoco entre los actos anulables y los de nulidad relativa.

La Corte advirtió aquí, aunque sin un desarrollo mayor, que el régimen de nulidades en nuestro Código Civil, había adoptado un sistema de doble clasificación (actos nulos y anulables; nulidad absoluta y relativa), proveniente de haber tomado Vélez como fuentes, a la vez, al Esboço de Freitas y al Código chileno de Bello.

Pero en “Los Lagos” pareciera derivarse que la nulidad absoluta del acto administrativo se configura en ausencia de alguno de los que denomina sus “elementos esenciales para nacer, como la capacidad, la forma o el objeto”, siendo en ausencia de uno o varios de éstos “insubsistente”; mientras que en la ley 19.549 el criterio divisorio, como veremos, parece referirse a la mayor o menor gravedad de presentarse el vicio para, de allí, distinguir entre nulidad (absoluta e insanable) y anulabilidad, tal como sugiere el juego de sus arts. 14 y 15.

El Máximo Tribunal, sin embargo –y quizás no pudiendo abandonar enteramente el influjo civilista–, llegó a considerar que el caso en análisis, a pesar de tratarse de un acto anulable y, por consiguiente, de no poder ser declarada por el juez la nulidad, debía reputárselo de nulidad absoluta, con fundamento en el art. 1045, parte 2° del Cód. Civil que, proveía, en su razonamiento, “la solución legal”.

---

<sup>38</sup> Por ello es que Martín-Retortillo Baquer (*El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, p. 33 a 39) descarta la subsidiariedad general del derecho civil en relación al derecho administrativo, que algunos civilistas como Federico de Castro y Bravo (*Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984, p. 283) han pretendido ver en el Código Civil español; admitiéndola, en cambio, en casos concretos y previamente determinados. Es en nuestro derecho, p.ej., el supuesto del art. 53 del decr. 1759/72 (t.o. decr. 1883/91), reglamentario de la ley nacional de procedimientos administrativos, que establece la aplicación supletoria de una serie de artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>39</sup> Cassagne, Juan C., *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Bs. As., La Ley, t. I, p. 659.

4) Los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad. Dice la Corte Suprema, con cita de Mayer, que el decreto cuestionado “es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del Poder Ejecutivo que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquél trata... En esa calidad posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley; salvo la diferencia esencial de faltarle su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales”.

Y prosigue: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio”.

De esta generalizada aseveración de la Corte, como bien señala Cassagne, surgieron confusiones en la doctrina que han sido morigeradas por obra de algunos fallos anteriores y posteriores al dictado de la ley nacional de procedimientos administrativos y por este mismo plexo, como habremos de referirnos enseguida.

5) En el derecho administrativo, al igual que en el derecho civil, existen nulidades absolutas.

La Corte declara, en este orden, que el PEN se ha arrogado funciones judiciales contraviniendo la previsión del entonces art. 95 de la Const. nacional (actual art. 109), por lo que ha obrado sin competencia, configurándose un supuesto de nulidad absoluta.

De allí deriva el tribunal que la acción es imprescriptible, no resultando aplicable el plazo del art. 4030 del Cód. Civil y que la declaración de nulidad absoluta tiene efectos retroactivos –*ex tunc*– por aplicación del art. 1050 del mismo Código “vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado”.

No se trata de una asimilación en su esencia, sino más bien en sus consecuencias pues tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo la nulidad absoluta es insusceptible de confirmación e imprescriptible.

## **6. El subsistema de invalidez del acto administrativo en la ley 19.549 nacional de procedimientos administrativos**

### **a. Sobre el eje central gira la bipartición entre actos nulos de nulidad absoluta y anulables**

Como en el derecho administrativo, en el interés público siempre se encuentra en juego la construcción de una teoría de las nulidades que debe partir de una base distinta y es por ello que en la ley 19.549 el criterio divisorio se vincula con la mayor o menor entidad o importancia<sup>40</sup> en la forma de presentarse el vicio para, de allí, dis-

---

<sup>40</sup> La doctrina y la jurisprudencia, en general, asimilan “entidad” o “gravedad” del vicio. Preferimos, apartándonos de esa equiparación generalizada, hablar de “entidad”, “importancia” o “trascendencia”, al referirnos a los vicios y reservar el término “gravedad” para calificar la sanción que corresponde, según el caso.

tinguir entre nulidad (absoluta e insanable) y anulabilidad, tal como sugiere el juego de sus arts. 14 y 15. La LNPA, pues, trata los vicios en conexión con los elementos y, por ello, la falla en el acto se califica con relación a la trascendencia que tenga, como apartamiento de las exigencias legales, el incumplimiento del requisito inobservado<sup>41</sup>.

De este modo, la LNPA distingue solamente entre actos nulos y anulables. Los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su art. 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y limitándose a prever para esos casos la sanción máxima. Por su parte, en el art. 15, no hay una enunciación de vicios, sino que se dispone que el acto sea anulable cuando presente algún defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.

Existen posturas que, siguiendo la doctrina de “Los Lagos”, entienden que el acto nulo es aquel que aparece privado de algunos de sus elementos esenciales; mientras que en el anulable estos elementos presentan vicios<sup>42</sup>. Otros autores consideran que el acto es nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave, y es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren pero presentan un vicio leve o no fundamental<sup>43</sup>.

Es criterio mayoritario que, entonces, la distinción finca en la mayor o menor importancia (“gravedad”) del vicio que se presenta y, con ello, de la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que él represente.

Se ha querido también ver que la clasificación se encuentra relacionada con la violación al orden público administrativo<sup>44</sup> y la Corte Suprema así lo ha entendido en algún pronunciamiento<sup>45</sup>. Opinamos que esta argumentación, puede brindar una herramienta de análisis plausible, aunque también tropieza con la dificultad cierta que la determinación de lo que deba entenderse por orden público conlleva en sí misma, en algunas hipótesis. En efecto, se trata de un concepto jurídico indetermi-

---

<sup>41</sup> De acuerdo: Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2009, t. 3, p. VIII-3 y 4.

<sup>42</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II, p. 497; Escola, Jorge, *Tratado general del procedimiento administrativo*, Bs. As., Depalma, 1975, p. 106 a 109.

<sup>43</sup> Comadira, Julio R., *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Bs. As., La Ley, 2003, t. I, p. 282.

<sup>44</sup> Cfr. Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 669; Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. XI-3. Mairal recuerda que la doctrina es creación del Consejo de Estado francés (*moyens d'ordre public*) y se basa en la consideración de que ciertas reglas jurídicas son tan fundamentales que su violación generalizada pondría en peligro el sistema jurídico (ver Mairal, Héctor, *Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia*, LL, 1989-C-1014, citando como ejemplo de admisión de esta pauta por parte de la jurisprudencia, el pronunciamiento de la CNFed-ContAdm Escobar, 27/10/83, en el que se consideró que la violación de la competencia en razón de la materia revestía carácter de orden público). El criterio es de recibo para parte de la doctrina española (ver Fernández, Tomás-R., *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, INAP, 1970).

<sup>45</sup> Fallos, 306:1138, 30/8/84, “Sudamericana de Intercambio c/Nación Argentina-Ministerio de Economía s/daños y perjuicios”.

nado con una zona de penumbra cuantitativamente superior a su halo de certeza<sup>46</sup>. La indagación deberá hacerse, forzosamente, en forma casuista<sup>47</sup>.

Puede señalarse, entonces, que, en cuanto a los actos nulos: a) la ley los considera afectados de “nulidad absoluta”. Son irregulares y carecen de estabilidad, debiendo ser revocados en sede administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17); b) no son saneables por confirmación o ratificación; c) la acción es imprescriptible (aunque, en rigor, sólo lo sea para el Estado y sus entidades autárquicas, según lo que establece el art. 27), pero sujeta al plazo de caducidad del art. 25, y d) los efectos de la declaración son retroactivos (declarativos o *ex tunc*).

Y en lo que atañe a los anulables que: a) son regulares y estables, salvo que el interesado hubiere conocido el vicio o que la revocación lo beneficiase (art. 18); b) son saneables por confirmación o ratificación (art. 19), y c) la acción es prescriptible, y estaba sujeta al plazo del art. 4030 del Cód. Civil –y ahora al del art. 2562 del Cód. Civil y Comercial–, en ambos casos aplicables por analogía. En lo que concierne a los efectos de la declaración, para la doctrina clásica serían irretroactivos (declarativos o *ex nunc*)<sup>48</sup>. Otros autores le confieren efectos retroactivos en obsequio a la posición que ocupa la Administración como gestora del interés público<sup>49</sup>.

En la doctrina extranjera<sup>50</sup>, en opinión que es seguida por algunos autores nacionales<sup>51</sup>, se ha proclamado enfáticamente que, ante la presencia de fallas en el acto administrativo, la regla debe ser la anulabilidad, justificándose, incluso, tal postura en necesidades de orden práctico pues, se dice, la actividad de la Administración produce un tráfico en masa que hace imposible la revisión constante de sus propias resoluciones<sup>52</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que la cuestión no pasa por determinar si la nulidad o anulabilidad pueden establecerse como regla en la materia pues, como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, pese a las pautas legales, y a los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios para construir una fórmula que permita

<sup>46</sup> Al respecto, y sobre las dificultades de precisar la noción de “orden público”, puede consultarse Cardini, Eugenio, O., *Orden público*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1959, ensayo que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, no ha perdido vigencia.

<sup>47</sup> Balbín interpreta que la línea divisoria entre nulidad y anulabilidad en el acto administrativo traduce una grave lesión al interés público, la que se corporiza cuando desaparecen alguno o varios de sus elementos esenciales (*Curso de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 2007, t. II, p. 101). Creemos que se reproducen aquí los mismos problemas prácticos que, ocasionalmente, suscita la utilización de la noción de orden público, como pauta distintiva para apreciar la importancia de los vicios.

<sup>48</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 551.

<sup>49</sup> Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 678, pero dejando a salvo a los terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos respecto al acto invalidado; Comadira, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, p. 290.

<sup>50</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 253; Bocanegra Sierra, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 171 y 172.

<sup>51</sup> Así: Hutchinson, Tomás, *Procedimientos administrativos*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 266; Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, p. 252.

<sup>52</sup> Vogel, K., *Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze*, p. 617 y 618, citado por Bocanegra Sierra, *La teoría del acto administrativo*.

establecer –en concreto y con absoluta certeza–, la distinción entre el acto administrativo nulo y anulable, ellas fracasan al ser bajadas al sustrato fáctico del caso.

Por el contrario, compartimos la opinión de autores que, prescindiendo de la aspiración de erigir criterios formularios rígidos, han establecido que, sólo en caso de duda, habrá de estarse al *favor acti* pues esa solución resultará un corolario lógico de la presunción de legitimidad consagrada por el art. 12 de la LNPA<sup>53</sup>.

## b. Otras clasificaciones

1) *Nulidad completa y parcial*. Habida cuenta de que el art. 16 de la LNPA prevé que la invalidez de cláusulas accidentales o accesorias de un acto administrativo no importa la nulidad siempre que sea separable y no afecte su esencia, de manera muy semejante a como lo estipulaba el art. 1039 del Cód. Civil –y ahora lo dispone el art. 389 del Cód. Civil y Comercial–, se colige que el ordenamiento nacional admite la categoría de “nulidad parcial”.

2) *Los vicios manifiestos en el acto administrativo*. Su conexión con la presunción de legitimidad. Ya hemos explicado más arriba las razones por las que consideramos que en el derecho civil la categoría de “vicios manifiestos” carece de autonomía y coincide con los actos nulos, por contraposición a los anulables que dependen de juzgamiento.

Como el criterio de distinción entre actos nulos y anulables en relación al acto administrativo estriba en la mayor o menor importancia del vicio, el carácter manifiesto de la nulidad aquí debería asentarse en un razonamiento distinto al que cabe para las nulidades de derecho privado pues, en rigor, la lectura de los incs. *a* y *b* del art. 14 nos persuade que, salvo en casos muy contados (v.gr., una incompetencia radical) en general, siempre deberá existir una actividad *stricto sensu* juzgadora por parte del juez, es decir, una evaluación, ponderación y meritación de los hechos y el derecho invocados y de la prueba producida. En otras palabras existirán, dentro de la categoría de actos nulos de derecho administrativo, ciertos actos asimilables, por la manera de presentarse el vicio a los actos nulos de derecho privado<sup>54</sup>.

Cassagne considera que la categoría vendría a complementar, en un plano procesal, la bipartición de la LNPA, posibilitando la apertura de procesos de tutela judicial urgente como la acción de amparo o, aun, de protección en sede administrativa a través de la suspensión del acto, aunque señala, en línea con la doctrina clásica

---

<sup>53</sup> Cfr. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, p. 502; Escola, *Tratado general del procedimiento administrativo*, p. 107, Comadira, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, p. 290; Silva Tamayo, Gustavo E., *Algunas consideraciones acerca de la anulabilidad de los actos administrativos en la ley 19.549*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, p. 735 a 745. Inteligencia que, además se aprecia en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, al haber expuesto, en reiteradas oportunidades, que: “en caso de duda sobre la entidad del vicio, debe optarse –con fundamento en el principio de conservación de los valores jurídicos– por afirmar la existencia del vicio menor” (*Dictámenes*, 146:364; 195:77; 198:115; 234:156).

<sup>54</sup> De acuerdo, en lo sustancial, Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. XI-15.

ca civilista, que la causal pone acento no en la importancia del vicio, sino en su “visibilidad externa”<sup>55</sup>.

Es verdad que tanto el art. 1° de la ley 16.986, como el art. 43 de la Const. nacional mencionan la arbitrariedad o ilegalidad “manifiestas” como recaudo, junto a otros, para la admisibilidad de la acción, pero no creemos que la verificación del extremo dependa de una ostensibilidad visual del vicio, sino de su entidad e importancia y de la posibilidad de canalizarlo, siempre y cuando su índole así lo posibilite, a través de esta vía rápida y de conocimiento restringido. Así por ejemplo, en el caso de los vicios de la voluntad en el acto administrativo, con ser relevantes y pasibles de nulidad absoluta, estimamos que los mismos no podrían sustentar la procedencia de esta “vía heroica” por la necesidad de una mayor amplitud de debate o prueba para determinar la invalidez del acto (art. 2°, inc. d).

Por lo demás, el supuesto de suspensión de la ejecución del acto en sede administrativa que contempla el art. 12 de la LNPA, se supedita –además de a la presencia de razones de interés público o a la evitación de perjuicios graves al interesado–, a que “se alegare fundadamente una nulidad absoluta”, lo que no necesariamente concordará con una visibilidad del defecto.

En cuanto a la presunción de legitimidad –es decir, la de guardar conformidad con el ordenamiento jurídico–, de los actos administrativos, a nuestro modo de ver, tampoco ella cede, como se ha pretendido, ante vicios ostensibles<sup>56</sup>, sino por su trascendencia. Por de pronto, destacamos que, en la evolución actual de nuestras instituciones jurídicas, este resabio de las técnicas de poder regio según Villar Palasí, es un principio de naturaleza eminentemente pragmática<sup>57</sup> que funciona como una presunción *iuris tantum* y debe ser despojado del carácter sacramental que otrora se le prodigó pues, llevado a extremos exagerados, podría fundamentar el avasallamiento de garantías particulares.

Tampoco nos parece que, ni de la jurisprudencia, ni del propio texto de la LNPA, pueda extrapolarse que esta categoría sirva para destruir la presunción de legitimidad de los actos administrativos, aunque debemos distinguir tres etapas en la evolución interpretativa de este carácter.

En “Los Lagos”, la Corte llevó al paroxismo el principio y, de su doctrina, seguida por autores como Bielsa y Marienhoff<sup>58</sup>, podían extraerse las siguientes consecuencias: a) todos los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad; b) ella sólo puede ser destruida por petición de parte interesada; c) la presunción no resultaba afectada por el carácter manifiesto del vicio ni mucho menos si era necesaria una investigación para desentrañarlo, y d) la presunción sólo cedía ante el de-

<sup>55</sup> Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 673.

<sup>56</sup> Comadira, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, p. 291 quien entiende, además, que la nulidad manifiesta deriva de “la naturaleza de las cosas”, criterio que consideramos inaceptable por exorbitar el plano jurídico.

<sup>57</sup> Mairal, Héctor, *Control judicial de la Administración pública*, Bs. As., Depalma, 1984, t. II, p. 775.

<sup>58</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Bs. As., La Ley, 1964, t. II, p. 139 y 140; Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 368 a 372.

cisorio judicial que declarase la nulidad del acto, aun cuando presentase vicios patentes.

Con el dictado de la ley 19.549 de 1972 el panorama cambió sustancialmente. Si bien en su art. 12 consagró enfáticamente que “el acto administrativo goza de presunción de legitimidad” y de una primera apreciación aislada pareciera inferirse que siguió la doctrina de la Corte en “Los Lagos”, una lectura integral de su articulado permite deducir que la solución fue otra.

En efecto, el art. 17 establece que: “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa”. De allí es que creemos inferir que, en la LNPA, se consagró una excepción normativa a la doctrina de la Corte en lo que hace a la presunción de legitimidad de los actos administrativos: ésta no resultaba predicable respecto de los actos irregulares, es decir, aquellos que adolecen de un vicio que por su relevancia trae aparejada una nulidad absoluta. Insistimos: no se alude, ni remotamente, a una supuesta visibilidad del vicio en el sentido civilista tradicional.

En el año 1975 la Corte dio una nueva vuelta de tuerca a la cuestión en “Pustelnik, Carlos A. y otros”<sup>59</sup> al afirmar categóricamente que: “El acto administrativo que incurre manifiestamente en un grave error de derecho, que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, no ostenta apariencia de validez o legitimidad y debe calificárselo como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene. En cambio, el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad y la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto”.

A pesar de que el Tribunal Supremo utiliza la expresión “manifiestamente” agrega “que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley”, es decir, está exigiendo que, además de importante, no dependa de juzgamiento<sup>60</sup>.

Por lo tanto, a partir de “Pustelnik”, para el Tribunal Supremo el acto administrativo con invalidez no manifiesta posee carácter regular y, por ende, presunción de legitimidad. Es decir que el cuadro quedaría así conformado: la presunción de legitimidad corresponde, según la jurisprudencia de la Corte a los actos válidos, los actos anulables, y los actos nulos cuyo vicio no fuera manifiesto (visible)<sup>61</sup>.

En definitiva, es nuestra opinión que la categoría “nulidad manifiesta” del derecho privado es predicable, con los alcances que hemos desarrollado anteriormente,

---

<sup>59</sup> Fallos, 293:133.

<sup>60</sup> Mairal brinda una explicación que, por su elocuencia, nos parece la clave del tema: el defecto que da lugar a una nulidad absoluta se trata de un vicio para cuya demostración no sea necesario más que yuxtaponer el acto con la norma aplicable, caso contrario se seguirá presuponiendo legítimo (*Control judicial de la Administración pública*, t. II, p. 777). Es de advertir que, precisamente, en “Pustelnik”, este era el supuesto: un grave error de derecho.

<sup>61</sup> La Sala III de la CNContAdmFed, ha expuesto en esta línea que: “La presunción de validez de los actos administrativos (art. 12, ley 19.549) de la que goza el acto primario de designación, al no estar –ni él ni el concurso previo– afectado de un vicio grave y manifiesto obliga a demostrar lo contrario por quien sostiene su nulidad” (28/11/00, “Z. de M., M. C. y otro c/UBA”, LL, 2001-E-84).

para determinados actos administrativos nulos, de acuerdo al esquema del art. 14 de la ley 19.549, pudiendo, con estas pautas, abrirse una subdivisión dentro de este tipo de actos que servirán para dar lugar a medidas tuitivas excepcionales en sede administrativa o judicial.

3) *Nulidades expresas e implícitas.* Si, como hemos expresado, el principio *pas de nullité sans texte* no era aplicable en nuestro derecho privado, a tenor de la clara regla del art. 18 del Cód. Civil que posibilitaba la existencia de nulidades virtuales o implícitas –y que el Código Civil y Comercial ha eliminado con acierto por su redundancia–, mucho menos cabe postularlo en torno a la enumeración de los vicios del art. 14 de la LNPA<sup>62</sup>, pues la propia dinámica de la gestión del interés público y la protección de las garantías particulares no toleran un *numerus clausus* de vicios, sino, por el contrario y cuando sea procedente, la elaboración de soluciones se hallará orientada en otras normas, aun supranacionales y en principios jurídicos, que justifiquen declarar la invalidez aun en ausencia de texto expreso<sup>63</sup>.

4) *¿Puede predicarse que del régimen de la LNPA se desprenda la categoría de vicios rígidos y flexibles (nulos o anulables en la terminología del Código Civil)?* Si bien existen en el derecho administrativo algunos supuestos en los que el vicio se presentará rígido, indosificable, insusceptible en más o menos e invariable en los actos de la misma especie, como sería, por ejemplo, el caso de inobservancia de una forma expresamente requerida por la ley (v.gr., la licitación pública) y otros en los que el defecto aparecerá flexible, dosificable, susceptible de más o menos y variable en los actos de la misma especie (v.gr., cualquiera de los vicios de la voluntad), por lo que la categoría podría inferirse del ordenamiento positivo, lo cierto es que, al referirse esencialmente a las facultades de valoración del juez, o del órgano administrativo, carecería de relevancia práctica postularla por sobreabundante<sup>64</sup>.

## **7. El subsistema de nulidades del Código Civil en la jurisprudencia posterior a la ley nacional de procedimientos administrativos**

La impronta civilista ha seguido presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, aun después del dictado de la ley 19.549, al tiempo de fallar sobre la invalidez de actos administrativos, pero no para aplicar sus normas en contraposición a las propias del régimen de derecho público, sino, en todo caso, para complementarlas y buscar una solución analógica que, según su arbitrio juzgador, resultare más acorde a las circunstancias del caso.

---

<sup>62</sup> Como bien sostiene Hutchinson, que existan nulidades implícitas no significa que haya nulidades sin texto, sino que lo implícito es por definición lo que se entiende incluido en un precepto legal, por más que el precepto no lo declare expresamente (Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Bs. As., Astrea, 1985, t. 1, p. 301 y 302).

<sup>63</sup> En sentido similar, Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. XI-6 y 7, resaltando que las fuentes de los vicios de los actos administrativos son múltiples y provienen de todo el arco de la juridicidad y de los principios generales de derecho.

<sup>64</sup> De acuerdo, en lo sustancial, Cassagne, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, p. 288.

Así, en “S.C.A. Meridiano c/Administración General de Puertos” (1979)<sup>65</sup> el Máximo Tribunal debió resolver si admitía la alegación del vicio de forma, por no haberse seguido el procedimiento de licitación pública, que la empresa estatal invocó a partir del recurso ordinario de apelación. Dijo allí la Corte que “el Tribunal entiende que puede ser tratada en tercera instancia, por estar dentro de su competencia... A esta conclusión se llega si se considera que son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil... lo que significa que no hay subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos. El art. 1047 del citado Código establece que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto, de donde se deduce que, en el derecho privado, el extremo de no haber formado parte de la litis no es óbice para su declaración en cualquiera de las tres instancias. En la esfera del derecho público hace falta una petición expresa de nulidad, habida cuenta que es condición esencial en la organización de la Administración de justicia con la categoría de poder la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos de la Administración. Para mantener la supremacía de la Constitución sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en el pleito la petición de alguno de los litigantes que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de controlar... De donde, vencido el obstáculo de la petición, juega el mismo principio a que se ha hecho referencia, en cuanto a oportunidad, que rige para el derecho privado”.

La Administración General de Puertos había adjudicado a la actora, y a otras firmas, en 1969, la explotación de depósitos ubicados en el Puerto de Buenos Aires para almacenaje de mercaderías de exportación e importación, por un período de tres años, renovables automáticamente por la sola voluntad de la permisionaria por períodos no inferiores a un año, hasta cumplir un total de diez años. En 1973, cuando se había operado la primera renovación, la Administración dejó sin efecto el contrato, reclamando la beneficiaria daño emergente y lucro cesante.

Idéntico discurrir observó en “María Angélica Sosa de Basso y otra c/Provincia de Buenos Aires y otra” (1987)<sup>66</sup> precedente en el que estimó que “las reglas de los arts. 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, aunque no hayan sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, por representar una construcción jurídica basada en la justicia, son extensivamente aplicables al derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina” por lo que “no se advierte que las peculiaridades propias del derecho administrativo se opongan al criterio distintivo de la nulidad absoluta y relativa en el derecho civil, basado en que la primera afecta el interés público –el ‘de la moral o de la ley’ en los términos del art. 1047 del Cód. Civil– y la segunda el interés particular de los afectados ni tampoco a la consecuencia de esa distinción consistente en que la nulidad relativa sólo puede ser solicitada por estos últimos (‘aquellos en cuyo beneficio la han solicitado las leyes’, según la letra del art. 1048). Desde este punto de vista, si el decreto del Poder Ejecutivo provincial impugnado, al atribuir a la pro-

---

<sup>65</sup> Fallos, 301:292.

<sup>66</sup> Fallos, 310:1578.

vincia el dominio de inmuebles de los que los actores se sienten propietarios, invadiese su derecho, parece obvio que serían ellos los únicos afectados por el acto y que los vicios de éste no podrían dar lugar sino a una nulidad de carácter relativo. Tampoco está en pugna con los principios de derecho administrativo aceptar la prescriptibilidad de la acción de nulidad relativa... admitida tal conclusión ha de establecerse que al ser promovida esta demanda (1981) estaba prescripta la acción de nulidad del decreto, puesto que, aun en el caso más favorable para las actoras, se habría cumplido el plazo decenal del art. 4023 del Cód. Civil”.

Las actoras habían demandado a la provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Junín solicitando la declaración de nulidad de un decreto provincial que había dispuesto la donación a dicho municipio de unas tierras, sobre las cuales alegaban ser titulares de dominio.

## **8. El subsistema de nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación**

### **a. Advertencia inicial**

Como hemos advertido, en el acápite “1. Introducción” de esta publicación, los comentarios a las normas vinculadas al régimen de nulidades en el flamante Código revisten un carácter solamente preliminar, llevado por la necesidad de describir las innovaciones y su probable proyección analógica a las nulidades del acto administrativo, según como contempla la normativa vigente en el orden nacional.

Esencialmente el Código Civil y Comercial ha centrado su sistemática en la distinción entre nulidad absoluta y relativa, eliminando la doble clasificación entre actos nulos y anulables. Ha mantenido, asimismo, la diferenciación entre nulidad total y parcial. También ha brindado un nuevo sentido al alcance con el que debe entenderse que una nulidad es “manifiesta”.

Y al no reproducir las previsiones que contenía el Código Civil en sus arts. 18 y 1037, ha quedado sin sustento la distinción –y controversia– que suscitaba la categoría de nulidades expresas y virtuales a la que nos hemos referido más arriba.

### **b. Nulidad absoluta y relativa**

El Código Civil y Comercial ha establecido en su art. 386<sup>67</sup>, el criterio de distinción entre uno y otro tipo de nulidad según que el acto contravenga el orden público, la moral y las buenas costumbres o que la sanción que se imponga lo sea en interés de ciertas personas. Se sigue una técnica más precisa de la que adolecía el Código Civil pues sólo establecía las consecuencias de uno y otro tipo de nulidad en los arts. 1047 y 1048. A partir de allí la doctrina había elaborado el fundamento divisorio.

---

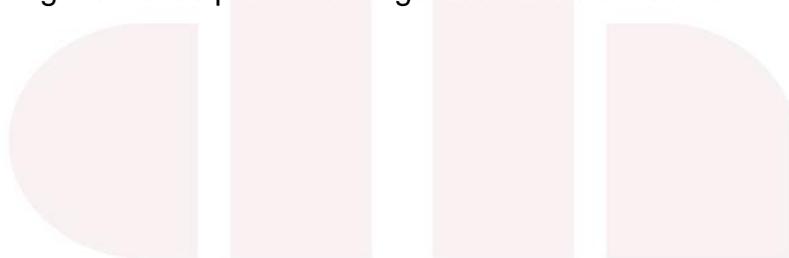
<sup>67</sup> Código Civil y Comercial, art. 386: “*Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*”.

El Código Civil y Comercial, en cambio, una vez definida la nulidad absoluta, prescribe seguidamente las consecuencias que se siguen de su declaración en el art. 387<sup>68</sup>, de una manera similar a la regulación contenida en el Código Civil, con la variante de que habilita al juez a declararla, aun sin petición de parte, cuando “es manifiesta en el momento de dictar sentencia”<sup>69</sup>.

Adherimos a esta mayor facultad que la ley concede al juzgador<sup>70</sup>, aunque nos parece poco apropiada la utilización del término “manifiesta” pues, en correlación al régimen derogado puede llevar a confusión. En efecto, si el vicio es detectado al tiempo de dictar la sentencia, lo usual será que ello haya sido como producto de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso.

En este caso la nulidad no es manifiesta sea porque el defecto no se hallaba patente en el acto, tal como lo sostenía la doctrina clásica, sea porque la determinación del mismo ha dependido de la labor juzgadora, del juez, como la entendemos nosotros.

Lo propio hace con relación a la nulidad relativa en el art. 388<sup>71</sup>, con la novedad importante de que posibilita también invocarla a la parte en cuyo beneficio no está establecida, si es de buena fe y demuestra haber sufrido un perjuicio importante. Según la doctrina, se sigue el modelo del Código de Quebec y se “procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido”<sup>72</sup>.




---

<sup>68</sup> Código Civil y Comercial, art. 387: “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta al momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”.

<sup>69</sup> Se sigue así la opinión sustentada en algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y por Boffi Boggero, Luis M. en su *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1973, t. 1, p. 463.

<sup>70</sup> En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se asegura que “es concepto superior de valoración ética un criterio amplio que permita al juez impedir la vigencia de un acto que afecta un interés general, siendo irrelevante el secundario aspecto formal de que el vicio resulte del solo instrumento o de éste sumado a otra prueba auténtica o extrínseca, o aún, de la investigación de hecho producida en el expediente”.

<sup>71</sup> Código Civil y Comercial, art. 388: “La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

<sup>72</sup> Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 525.

### c. Nulidad total y parcial

El Código Civil y Comercial regula la nulidad total y parcial en el art. 389<sup>73</sup>, de un modo similar al Código Civil, ateniéndose al principio de la separabilidad como rasgo tipificante para la procedencia de la segunda. La separabilidad exige distinguir entre unidad interna y externa del negocio; las cláusulas contractuales pueden presentar una vinculación tan estrecha que impida declarar la nulidad parcial. Creemos, de todos modos, que se trata de una cuestión que deberá analizarse en cada caso y sobre la que resulta imposible trazar a priori un criterio teórico.

La novedad que contempla este artículo, respecto al régimen anterior es la facultad que se otorga al juez para integrar el acto y salvar su subsistencia. Para ello deberá tener en cuenta el fin abstracto que el negocio está destinado a producir y los intereses que razonablemente las partes tienen puestos en su celebración<sup>74</sup>.

### d. La eliminación de la categoría de “actos nulos y anulables”

Como hemos anticipado, el Código Civil y Comercial ha eliminado la categoría de actos nulos y anulables, que recogía el Código Civil en sus arts. 1041 a 1046. Hemos explicado en otra oportunidad en el trabajo supra referido<sup>75</sup> que el análisis de la fuente tomada por Vélez en esta parte, el Esboço de Freitas, nos persuadía de que la dicotomía entre actos nulos y anulables predeterminaba la actividad del juez en orden a declarar la nulidad: una invalidación directa ante la sola constatación o comprobación del vicio en los primeros; una valoración, meritación y ponderación de los resultados de una investigación de hecho en los segundos. Por lo demás, sostuvimos que el calificativo de “manifiesta” correspondía a todos los actos nulos, fuera o no, ostensible el vicio que los aquejaba, siendo la nulidad que afectaba a los actos anulables, dependiente de juzgamiento.

En los Fundamentos del Anteproyecto, aparte de reseñarse otras interpretaciones doctrinarias vertidas para determinar el criterio caracterizador de la categoría, se resalta la carencia de interés práctico que revestía su mantenimiento<sup>76</sup>.

En efecto, básicamente y más allá de que, desde un punto de vista lógico y jurídico el vicio puede presentarse de distinta manera en el acto, debe considerarse que: a) si bien en el caso del acto nulo, el mismo era declarado como tal por la ley, y no por el juez, en caso de haberse ejecutado o pretender prevalerse de él una de las partes, era necesaria la declaración judicial que lo invalidara, ya que nadie puede

---

<sup>73</sup> Código Civil Comercial, art. 389: “Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

<sup>74</sup> Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 528. Este autor recuerda que la previsión se encuentra en línea con las que usualmente se insertan en los contratos de adhesión o si existe abuso de posición dominante (art. 317, ley 24.240 de defensa del consumidor).

<sup>75</sup> *Nulidad manifiesta y vicio no ostensible*, ED, 138-981.

<sup>76</sup> Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

hacerse justicia por su propia mano<sup>77</sup>; b) el acto anulable sólo se tiene por nulo desde la sentencia que lo declarase como tal, pero la sentencia podía retrotraer sus efectos al tiempo de la celebración del acto, y c) la reforma introducida por la ley 17.711 –y esto es lo más trascendental a nuestro juicio–, había borrado la distinción respecto a terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso a quienes se les hubiesen transmitido derechos reales o personales sobre un inmueble.

Se ha criticado la eliminación de esta categoría estimándose que la rigidez tasada del defecto “tiene por causa la intención de preservar ciertos bienes, valores o situaciones en general que el legislador se ha reservado en exclusividad y ha sustraído, por tanto, a la decisión judicial. Habrá razones tuitivas, como en el caso de los actos de los incapaces; de orden natural, como ocurre con ciertos impedimentos para contraer matrimonio; de orden moral, como la prohibición de celebrar ciertos contratos entre esposos; o las razones que dan lugar, en general, a las incapacidades de derecho. En otros casos serán motivos que se vinculan con la seguridad jurídica, como es la observancia de las formas prescriptas por la ley; o de orden socioeconómico como ocurre con la fijación de plazos mínimos para las locaciones, o, en fin, en ocasiones causas relacionadas con el orden público en general, las que llevarán al legislador a fijar de antemano la estricta invalidez de ciertos actos con la sola comprobación de la existencia del defecto y sin que éste pueda ser objeto de la discrecionalidad que conllevan necesariamente las interpretaciones judiciales”<sup>78</sup>.

No compartimos esta crítica pues en ella anida una concepción nomocéntrica que relega el papel del juez a un mero ejecutor de la ley, olvidando su papel creador al momento de su aplicación<sup>79</sup>. Por lo demás, el juez no está sujeto exclusivamente a la ley, sino también a la Constitución, a los tratados de derechos humanos y a los principios y valores del ordenamiento, los que, además de ser fuente de derecho, brindan sustento axiológico y jurídico a la interpretación de la ley, según es dable extraer del juego armónico de los arts. 1° y 2° del Cód. Civil y Comercial. En fin, los preceptos de orden moral o el orden público, como conceptos jurídicos indetermina-

---

<sup>77</sup> Señala Lorenzetti que “En rigor, en el caso de los actos nulos la función del juez pasa a un plano secundario y lleva a confusión sobre si debe o no interponerse acción judicial. Sin embargo, cuando se intenta dismantelar los efectos del acto nulo y se trata de constreñir a una de las partes a restituir a la otra lo que hubiera otorgado en razón de ese acto inválido, la intervención jurisdiccional es inexorable. De este modo, en su expresión meramente práctica, el sentido de la clasificación quedaría reducido al rol del juez, esto es, al proceso intelectual que éste realiza al declararla” (*Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 517).

<sup>78</sup> Budano Roig, Antonio R., *Actos nulos y anulables y nulidades manifiestas y no manifiestas. Visión crítica de la eliminación de ambas categorías en el Anteproyecto de reformas al Código Civil*, ED, 248-915.

<sup>79</sup> Explica Linares que la conducta o libertad lícita del órgano se denomina “arbitrio ordinario”, noción con la cual pretende superar la doctrina que ve en la aplicación de la norma atributiva de “poder reglado” una simple aplicación lógica de lo ya expresado por la ley, pues aquí también existe, en realidad, arbitrio creador, con lo que, coincidiendo con Kelsen y Merkl, la clásica distinción entre poder reglado y discrecional queda privada de fundamento. Al lado del “arbitrio ordinario”, siguiendo a las mismas fuentes autorales, concibe otro que denomina “extraordinario”, contingente, aplicable a cierta categoría de relaciones que por su complejidad, variedad, sentido o mutabilidad, requiere que el órgano operador jurídico goce de una libertad más amplia. La diferencia es de cantidad y no de calidad respecto al arbitrio ordinario (Linares, Juan F., *Poder discrecional administrativo. Arbitrio administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1958, p. 18 y 19).

dos son esencialmente mutables y requieren de una reactualización constante por parte de los operadores jurídicos que, en todo caso, la nueva normativa favorece<sup>80</sup>.

Apuntamos, por último, que las facultades concedidas al juez ahora, en torno a la declaración de nulidad absoluta *ex officio* al tiempo de dictar la sentencia, a las que aludimos más arriba, aparecen inconciliables con el mantenimiento de una preceptiva que contenga un *numerus clausus* de vicios rígidos y flexibles.

#### e. La conversión del acto nulo

El Código Civil y Comercial ha incorporado, en su art. 384, la figura de la conversión<sup>81</sup>, la cual posibilita asignar a un acto jurídico que no cumple con todos sus requisitos para generar los efectos a los que estaba destinado, los efectos de otro que al menos guarde afinidad con aquél. El principio se funda en una voluntad hipotética de las partes, según la cual se presume que, de saber que el acto no era válido por los defectos que portaba, le habrían asignado las consecuencias del “convertido”<sup>82</sup>.

La redacción del artículo no es del todo feliz, especialmente cuando habla de “acto nulo”, pues puede llevar a confusión con la categoría de actos nulos y anulables, desterrada en el nuevo Código. La previsión debió referirse a los actos viciados de nulidad absoluta, por cuanto los afectados de nulidad relativa, al igual que en el Código Civil, son confirmables (art. 388, Cód. Civil y Comercial)<sup>83</sup>.

Se trata de la denominada conversión legal que reconoce antecedentes en el derecho comparado. Así, el Código Civil alemán, en su art. 140, establece que en el supuesto de que un acto jurídico nulo satisfaga las condiciones de otro acto jurídico, valdrá en calidad de este último, siempre que pueda admitirse que, de haberse conocido la nulidad del primero, las partes hubieran querido su validez. Para la doctrina alemana, se trata de una suposición justificada, en general, cuando por el otro negocio se alcance igualmente el fin económico del primero “aunque sólo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto”<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> A nuestro juicio la moral debe entenderse como las referencias a criterios, principios o valoraciones que están en vigor en la sociedad de que se trate (moral social o convencional). Cuando se encuentran positivizados por la norma jurídica, se institucionalizan y ya no existe ninguna indagación evaluativa o valorativa alguna. Sobre la relación entre moral y derecho, ver, p.ej., Kaufmann, Arthur, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 47 a 88. Para un análisis de la moral como presupuesto de un “positivismo incluyente”, consultar: Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, especialmente, p. 243 a 257.

<sup>81</sup> Código Civil y Comercial, art. 384: “El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”.

<sup>82</sup> Cfr. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 510.

<sup>83</sup> En rigor no existiría impedimento legal para la conversión de un acto afectado de nulidad relativa, pero sucede que difícilmente las partes acuerden recurrir a esta figura, pues ello les significaría no valerse del efecto retroactivo de la confirmación (art. 395, Cód. Civil y Comercial).

<sup>84</sup> Ennecerus, Ludwig - Nipperdey, Hans, *Derecho civil. Parte general*, tr. B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, Bosch, vol. 2, p. 738.

Dejando de lado lo apuntado, nos parece acertada la previsión que ha llevado a la condición de principio un instituto de raíces romanísticas, previsto en códigos modernos y al cual el Código Civil no era ajeno en casos particulares<sup>85</sup>.

La regla evita esta casuística y comporta un criterio que atiende a las circunstancias del caso pues a ello alude la “pauta de intencionalidad” de las partes que inserta este art. 384<sup>86</sup>.

#### f. Efectos de la declaración de nulidad

El Código Civil y Comercial prevé, en su art. 390<sup>87</sup>, una sistemática más simple que la del derogado Código Civil pues, a diferencia de éste, establece la regla de la retroactividad y la restitución sin referencias casuísticas como lo hacían los arts. 1052 a 1055. La cuestión ahora pasa a regirse según que la posesión haya sido ejercida de buena o mala fe.

En cuanto a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso, el art. 392<sup>88</sup> del Cód. Civil y Comercial, consagra una solución casi idéntica a la del art. 1051 del Cód. Civil, con dos salvedades: a) brinda igual tratamiento a las cosas muebles registrables, siguiendo a la jurisprudencia dominante y a la opinión de la doctrina especializada, y b) incorpora el principio de la transmisión *a non domino* que impide al tercero invocar la excepción si el titular del derecho no participó en el acto invalidado.

---

<sup>85</sup> El Código Civil disponía que el instrumento público que resultaba nulo por incompetencia del oficial público ante quien se otorgó, o por defecto de forma, servía como instrumento privado (art. 987); que cuando un testamento cerrado no podía valer como tal por falta de las solemnidades, valía como testamento ológrafo si estaba escrito de puño y letra y firmado por el testador (art. 3670); que cuando un acto que debía ser realizado por escritura pública se hiciese por instrumento privado, valía como obligación de escriturar (art. 1185); que la donación mortis causa, nula como tal, podía servir como testamento ológrafo si guardaba las formas (art. 1790); que la donación de los bienes presentes y futuros era válida en cuanto a los presentes (art. 1800).

<sup>86</sup> De acuerdo: Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Hammurabi, 2014, t. 1, p. 323.

<sup>87</sup> Código Civil y Comercial, art. 390: “La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto”.

<sup>88</sup> Código Civil y Comercial, art. 392: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

### **g. Prescripción de la acción de nulidad**

El Código Civil y Comercial ha variado el plazo de prescripción genérico decenal que contenía el art. 4023 del Cód. Civil, abreviándolo a cinco años en su art. 2560<sup>89</sup>.

Además, el nuevo Código, en su art. 2562 ha optado por incluir en su inc. a a todos los supuestos de acciones fundadas en la presencia de vicios que dan lugar a una nulidad relativa, fijando para todos ellos el plazo de dos años. Recordemos que el Código Civil establecía en su art. 4030 la prescripción bianual para la acción de los actos jurídicos afectados por vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) y también para la simulación; pero el art. 4033 fijaba en un año el plazo para la acción de fraude, tratamiento disímil que había recibido objeciones.

Igualmente el art. 954 del Cód. Civil que regulaba el vicio de lesión determinaba en cinco años el término de prescripción de la acción para reclamar la invalidez del acto aquejado por ese defecto, diferenciación que tampoco encontraba justificativo y que también había sido criticada por los autores. El art. 332 del Cód. Civil y Comercial, que hoy contempla ese vicio, mantiene, en lo sustancial, la estructura de su antecesor pero elimina toda referencia a la prescripción que pasa entonces a regirse por el aludido término genérico del art. 2562, inc. a.

## **9. ¿En qué medida el subsistema de invalidez del Código Civil y Comercial de la Nación incide sobre el subsistema de invalidez de la ley nacional de procedimientos administrativos?**

### **a. Introducción**

Como ya nos hemos referido en los párrafos precedentes la importancia del Código Civil, en materias no reguladas por el derecho administrativo, como lo fue hasta el dictado de la LNPA la teoría del acto administrativo y su invalidez, ha sido inestimable. Si bien hasta el fallo “Los Lagos”, la Corte Suprema –erróneamente– aplicó en forma directa las previsiones de la obra de Vélez, a partir de ese hito jurisprudencial se valió, a través del tamiz de la analogía, de las soluciones previstas en dicho plexo. El Código Civil, incluso, prosiguió brindando respuestas en esta materia con posterioridad a la vigencia de la LNPA, de la que son acabada muestra los antecedentes que hemos citado en el punto 7 de este trabajo.

Postulada, como hemos hecho, la condición de “supraconcepto” que reviste el acto jurídico respecto a otros tratamientos sectoriales del derecho, entre ellos el que efectúa el derecho administrativo con relación al acto administrativo, asumiendo, una relación de género-especie, avizoramos que esa aplicación analógica continuará imponiéndose bajo el nuevo escenario que propone el Código Civil y Comercial. Así

---

<sup>89</sup> Código Civil y Comercial, art. 2560: “El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

lo ha reafirmado, por otra parte, el Alto Tribunal en un pronunciamiento dictado hace no muchos años<sup>90</sup>.

## b. Las facultades del juez para declarar *ex officio* la nulidad absoluta

Cuando aparece manifiesta al tiempo de dictar sentencia. Más allá de la apuntada impropiedad terminológica de la que, a nuestro juicio, adolece el art. 387 del Código Civil y Comercial, creemos que se trata de una innovación que proyecta provechosas consecuencias sobre el subsistema de invalidez del acto administrativo.

Consideramos que, al igual que el juez civil, el juez contencioso administrativo no se encuentra vinculado por las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso y que, ante la constatación de la existencia de un vicio de tal entidad, como el que determina la nulidad absoluta, sea que surja del acto mismo, de prueba extrínseca o literal o de una investigación de hecho realizada en la etapa probatoria, tal como lo prescribe, puede, o más bien “debe”, declararla. El magistrado, en tal caso, actúa en interés de la ley, no del particular ni de la Administración y la invalidación de actos aquejados de tan graves patologías y su consecuente eliminación del mundo jurídico resulta inevitable, pues existe en esos casos una finalidad relevante, un interés superior que la justicia no puede soslayar.

No compartimos pues, las opiniones que niegan esta posibilidad, so pretexto de producirse una invasión en las atribuciones del poder administrador (la deferencia de los jueces o el *self restraint*), el principio de congruencia o la afectación a la presunción de legitimidad.

En cuanto a la primera de las objeciones, entendemos que parte de una equivocada interpretación de la teoría de la separación de poderes<sup>91</sup>, que no parece razonable sostener ante un sistema como el nuestro, de control no concentrado, o difuso, de constitucionalidad por parte de todos los jueces<sup>92</sup>.

Respecto de la supuesta conculcación del principio de congruencia, también este reparo entraña un error de concepto pues la congruencia no se extiende a la fundamentación jurídica sino a los hechos y las pretensiones; a lo reclamado a la Administración y a lo pretendido en sede judicial<sup>93</sup>, según prescribe el art. 30 de la LNPA.

Finalmente el argumento basado en la presunción de legitimidad, parece resultar una “secuela” de la doctrina del fallo “Los Lagos” pues, como hemos, señalado más arriba, tal presunción no pasa de revestir un carácter *iuris tantum*, morigerado por la propia LNPA y la jurisprudencia posterior. Es obvio que una vez que el juez

---

<sup>90</sup> *In re*, 2006, “Barreto, Alfredo D. y otra c/Provincia de Buenos Aires, y otro s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 329:759.

<sup>91</sup> Ver Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 305.

<sup>92</sup> De acuerdo: Cassagne, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, p. 290 y 291.

<sup>93</sup> De acuerdo: Comadira, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, p. 508 y la jurisprudencia que este autor menciona.

comprueba la nulidad, puede declararla, aunque no haya sido alegada y en ese momento, la presunción de legitimidad cae por sí sola<sup>94</sup>.

Finalmente consideramos que *–mutatis mutandis–*, la Administración podrá (“deberá”), al tiempo de resolver un recurso, declarar la invalidez del acto aquejado de nulidad absoluta, aun cuando ello no hubiera sido materia de agravio por el recurrente, si constata la existencia de un vicio de entidad correlativa con esa sanción, situación que se conoce como *reformatio in pejus* y que autores como Hutchinson<sup>95</sup> y Comadira<sup>96</sup> admiten en nuestro sistema.

Consideramos, haciéndonos cargo de las críticas que a menudo se deslizan en torno a esta posibilidad, que el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo, en ambos casos, quedarían a salvo si el juez o el administrador confirieran un traslado al particular antes de declarar de oficio la invalidez.

Por lo demás, la aplicación analógica de esta previsión vendría a reafirmar la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema en los casos “Mill de Pereyra” (2001)<sup>97</sup>, “Banco Comercial de Finanzas SA” (2004)<sup>98</sup> y “Rodríguez Pereyra” (2012)<sup>99</sup>.

### c. La desaparición de la categoría de actos nulos y anulables

Hemos reseñado en el punto 8.d los motivos por los cuales entendemos que la eliminación de la categoría por parte del Código Civil y Comercial, aparece provista de razonabilidad y guarda coherencia con la sistemática del nuevo régimen de nulidades. También explicamos en el punto 6.b por qué, a nuestro modo de ver, esta dicotomía que contenía el Código Civil, si bien no se ponía en colisión con el subsistema de nulidades de la LNPA, carecía de relevancia práctica. Corolario de ello es que opinamos que su desaparición tiene efecto neutro para el subsistema de invalidez del acto administrativo.

### d. Nulidad total y parcial

Como apuntamos, la innovación que trae el Código Civil y Comercial en su art. 389, se vincula con la facultad que se otorga al juez para integrar el acto y salvar su subsistencia, teniendo en consideración el fin abstracto que el negocio está destinado a producir y los intereses de las partes al celebrarlo.

<sup>94</sup> De acuerdo: Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*.

<sup>95</sup> Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 2, p. 350 a 359. Este autor, deja a salvo las sanciones administrativas, por su naturaleza “penal” y justifica la figura en virtud de la obligación de la Administración de resolver todos las cuestiones propuestas (art. 7º, inc. e, LNPA) y, respecto del acto nulo, en la facultad de revocación del oficio del órgano administrativo.

<sup>96</sup> Para Comadira, la *reformatio in pejus* aparecería avalada como derivación de la jurisdicción y del principio de la verdad jurídica objetiva (*Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, p. 53).

<sup>97</sup> *Fallos*, 324:3219.

<sup>98</sup> *Fallos*, 327:3117.

<sup>99</sup> *Fallos*, 325:2333.

Estimamos que esta misma atribución le corresponderá al juez contencioso administrativo –y *mutatis mutandis* al órgano de la Administración–, especialmente en materia contractual.

#### e. La conversión del acto nulo

El art. 20 de la LNPA se refiere a la conversión de acto nulo bajo esta fórmula: “Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste, consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto”. Esa redacción ha dado apoyatura a la interpretación de que nuestro plexo procedimental, sólo acepta la conversión bilateral o voluntaria, no existiendo la misma como principio general<sup>100</sup>, como ocurre, por ejemplo en España con la ley 30/92 de régimen de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, la que en su art. 65 dispone: “Conversión de actos viciados: Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste”<sup>101</sup>.

No nos parece que la LNPA haya contemplado la conversión voluntaria y, creemos que ella opera como principio, no como excepción: la preservación del interés público, la continuidad de la actuación administrativa y, en fin, razones de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, aconsejan esta exégesis. Las críticas de Marienhoff que reseñamos en la nota al pie, no nos parecen atendibles, especialmente cuando no media perjuicio económico alguno para el interesado.

No se nos escapa que la ley dice “consintiéndolo el administrado”, pero no vemos en esa parte de la disposición la existencia de sinalagma administrativo alguno, sino la indicación del comienzo a partir del cual la conversión comenzará a tener efectos ya que, desde luego, el particular podrá consentir el acto de conversión o impugnarlo si le causare gravamen.

La recepción de la conversión legal por parte del art. 384 del Cód. Civil y Comercial viene, pues, a nuestro juicio, a corroborar lo expuesto ya que sería un absurdo preconizar como regla una figura en una parcela del derecho en la que campea el principio de autonomía de la voluntad, para negarle tal carácter en otra donde impera el principio de legalidad y la facultad conferida al poder administrador de generar vínculos obligaciones de manera unilateral con los particulares<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 722 y 723.

<sup>101</sup> La figura ha sido tachada de irrazonable y arbitraria por atribuirles presuntivamente a las partes interesadas su conformidad para aceptar una situación jurídica en lugar de otra, aun en el supuesto de que económicamente las situaciones sea iguales (Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 663).

<sup>102</sup> La CSJN ha establecido que, en materia de contratos administrativos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, el cual tiene por virtualidad propia desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente (*Fallos*, 316:3157, entre otros).

## **f. Los efectos de la declaración de nulidad**

Señalamos en el punto 8.f que el nuevo Código ha simplificado el sistema ca-suista que contenía el Código velezano en sus arts. 1052 a 1055, tomando en cuenta que para la restitución de las cosas recibidas, deberá estarse a que la posesión haya sido ejercida de buena o mala fe.

Si bien las reglas circunstanciadas del Código Civil no eran enteramente aplicables a los efectos de la declaración de invalidez del acto administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación, aplicando analógicamente el art. 1055, había opinado en numerables asesoramientos que, en aquellas situaciones en las que cabía razonablemente concluir que había mediado buena fe del agente, no correspondía exigir la restitución de las sumas así percibidas y consumidas<sup>103</sup>.

En cuanto a las innovaciones que trae el art. 392, ningún problema representa la aplicación analógica de la extensión del tratamiento a las cosas muebles registrables. Y aunque apriorísticamente tampoco presentaría reparo jurídico el principio de la transmisión *a non domino*, nos resulta de difícil verificación en la práctica.

## **g. Prescripción de la acción de nulidad**

Como bien es sabido el particular está sometido a los brevísimos plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA por lo que, se ha dicho con acierto que se trata de un instituto equivalente, en el ámbito del derecho administrativo a la prescripción del derecho privado<sup>104</sup>. La existencia de términos para demandar a la Administración, aun tratándose de actos viciados de nulidad absoluta, aunque criticada por cierta doctrina, ha sido justificada por nuestro Tribunal Supremo en el entendimiento de que ello garantiza la seguridad jurídica y la estabilidad de los actos administrativos, evitando una incertidumbre continua en la actividad administrativa<sup>105</sup>.

De allí que el interés de esta cuestión se reduce a los supuestos en los que el Estado es actor. Dispone el art. 27 de la LNPA que: “No habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

La remisión a lo que corresponda en materia de prescripción lleva a interpretar que la acción para demandar la invalidación del acto viciado de nulidad absoluta es imprescriptible, mientras que la acción para anular el acto afectado de una nulidad relativa estaría sujeta a los términos de prescripción previstos en el Código Civil y Comercial.

Para Hutchinson el plazo aplicable analógicamente era el decenal que preveía el art. 4023 del Cód. Civil<sup>106</sup>. Para Gordillo, en cambio el bienal del art. 4023<sup>107</sup>, postura errónea a nuestro juicio pues no reparaba que los vicios contemplados en esa

<sup>103</sup> *Dictámenes*, 180:66; 193:67; 243:482, entre otros.

<sup>104</sup> Comadira, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. I, p. 483.

<sup>105</sup> CSJN, 1995, “Gypobras”, *Fallos*, 318:441.

<sup>106</sup> Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 506

<sup>107</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. XI-25.

norma (en la voluntad, en la causa) dan lugar a nulidad absoluta en la LNPA y, por ello, resultan inaplicables en esta materia<sup>108</sup>.

En consecuencia, entendemos que resulta de aplicación el plazo de prescripción genérico, que ahora el Código Civil y Comercial fija en cinco años en su art. 2560, a las acciones por las que el Estado demandare como actor la anulabilidad de sus actos.

## 10. Conclusión

Este somero examen de las posibles incidencias del nuevo Código sobre la LNPA en el régimen de nulidades administrativas, confirma, a las claras, que la concepción dicotómica derecho público-derecho privado puede explicarse por razones tradicionalmente históricas y actualmente metodológicas, pero hay normas que se aplican a todos los sujetos jurídicos; normas que tienen originariamente como destinatarios a los particulares y resultan extensivamente aplicables a la Administración y normas inicialmente administrativas que se aplican a los privados, como las de adjudicación de contratos administrativos<sup>109</sup>.

Es que el esquema de conceptos generales es en principio aplicable al derecho administrativo, como esquema de teoría general del derecho. Ello así porque es una advertencia elemental que la dogmática jurídico-administrativa no se construyó apriorísticamente, sino como resultado de la labor de los jueces. Ese origen hace que necesariamente la teoría de la invalidez del acto administrativo sea tributaria de la dogmática iusprivatista que fue el modelo con el que contó el juez al iniciar su tarea.

Independientemente de todo ello, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es patrimonio común de la ciencia jurídica en cuanto esquema de conceptos del derecho común, ya que éste fue el primero en utilizarlos. En esta materia, como en otras, al tomar esos principios elaborados por el derecho privado, no fueron mantenidos por la disciplina administrativa con sus caracteres iniciales, sino que los ha adaptado a los intereses en juego que regula esta rama del derecho público. Así, debieron integrarse con los principios generales, típicos, propios o exclusivos del derecho administrativo<sup>110</sup> conformándose a éste, adquiriendo por ello modalidades propias.

Lo que habrá de tenerse en todo caso presente es que un sistema de invalidez construido en un derecho que tiene su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados, no puede ser totalmente aplicado a un derecho que tiene su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad<sup>111</sup>. Allí es donde jugará, como ha jugado hasta ahora, un papel decisivo la analogía.

---

<sup>108</sup> De acuerdo: Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*.

<sup>109</sup> Cfr. Velasco Caballero, Francisco, *Derecho público más derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 19.

<sup>110</sup> Ver y ampliar en Silva Tamayo, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2006, p. 30 a 38.

<sup>111</sup> Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. 1, p. 292 y 293.

Es verdad que la importancia de los códigos no es la misma en la actualidad que la que gozaron al calor de la Revolución Francesa y a lo largo del siglo XIX. En el movimiento revolucionario galo, en efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, obró más como un instrumento legitimador de la potestad legislativa que como una verdadera Constitución. Jurídicamente, señala Zagrebelsky, la verdadera “Constitución” fue el Code Civil, a menudo denominado como la “Constitución de la burguesía liberal”<sup>112</sup>.

Por el contrario, en la actualidad, las necesidades propias surgidas de la complejidad social emergente de los tiempos de la posmodernidad y globalización que transitamos, exigen a los Estados, una actuación activa y no prescindente que suponga una transformación esencial del derecho, privado y administrativo. Así, del esquema decimonónico distributivo mínimo ambos derechos deben transformarse en una totalidad que garantice una distribución esencial.

Bajo este paisaje, el desplazamiento del sistema codificado a una casuística judicial, edificada a partir de los principios, es una realidad incontrastable<sup>113</sup>. Tanto más ante el panorama de una desmedida producción de leyes y reglamentos administrativos, una verdadera inflación normativa, contingente y provisional, ideada para responder a situaciones o problemas determinados, dentro de una política pública guiada por la urgente concreción de un objetivo y, no siempre, por la realización de la justicia<sup>114</sup>.

No obstante, la integración de soluciones que pueda proveer el Código, a través de la analogía, seguirá siendo trascendente –y no será un dato menor a la hora de recurrir al nuevo Código tener presente la renovada presencia de principios generales insertos en su articulado–, pues la fugacidad de la producción normativa de derecho administrativo, provocará problemas interpretativos al operador jurídico. Ante ellos, y no sólo en materia de nulidades, en la búsqueda de la respuesta al caso, deberá bucear en el océano de aguas más calmas que el Código seguirá representado.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

---

<sup>112</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª ed., tr. M. Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 52 y 53.

<sup>113</sup> Esser, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961; Segura Ortega, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 78 quien, en sus propias palabras, señala un “deslizamiento desde el sistema a la decisión”.

<sup>114</sup> De acuerdo: García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999, p. 47 a 52.