

## EL ACTO ENEXISTENTE EN LA LEY 19.549

GUSTAVO ADOLFO REVIDATTI

Profesor Titular de Derecho Administrativo I  
y Adjunto de Derecho Político

1. El problema del vicio del acto jurídico en general, es uno de los más complejos de los que ocupan la atención de la investigación científica y de la Legislación positiva. Eso es así, porque en éste, más que en ningún otro lugar, aparece la necesidad de equilibrar dos de los más importantes valores jurídicos. La seguridad por un lado (que se manifiesta en el mantenimiento del acto); y la justicia, expresada en la Ley, que se manifiesta en la necesidad de retirar del orden jurídico, lo que no esté de acuerdo con él. La ecuación justicia (o legalidad) - seguridad, aparece aquí, en consecuencia en su máxima crudeza y eso hace del asunto uno intrínsecamente complicado.

Cuando ese sistema se vincula, además con la forma como el Estado puede actuar concretamente, con el obrar Administrativo, adquiere aún mayor entidad, porque a aquella tan importante ecuación seguridad-legalidad (o justicia) se agrega la otra que es de esencial atención por el sistema administrativo: la relación poder-libertad.

En verdad, por ejemplo, aquí nace el muy importante problema de la ejecutoriedad del acto Administrativo y del efecto, suspensivo o no, de los recursos que la Ley prevea.

2. Es absolutamente claro que si la reglamentación establece para todos los actos la presunción de legitimidad, entonces simultáneamente deberá contemplar como consecuencia inmediata de la interposición de los recursos, la suspensión automática de los efectos del acto en muchos supuestos; y ello pondría en peligro el ejercicio normal de las funciones de la autoridad y lo que a ello se confía. Pero, si respecto de ciertos actos se establece que ellos no tienen los efectos jurídicos que están previstos para la generalidad, entonces es posible dividirlos en dos grupos: los actos propiamente tales, es decir actos jurídicos-administrativos, que tienen el carácter de ejecutoriedad y cuyos efectos no se suspenden por la interposición de recursos (salvo resolución fundada o ley expresa); y los otros que, aunque actos, sin embargo no son tales para el orden jurídico, y por lo tanto carecen de presunción de legitimidad, y como consecuencia de ello no es necesario prever efectos suspensivos para los recursos (con la salvedad de supuestos de excepción). Del mismo modo - es necesario señalarlo, para que se recuerde que el orden jurídico hace su propia valoración-, como sucede con las cosas: el aire- el más indispensable de lo necesario para vivir- no es jurídi-

camente "cosa". Lo es por supuesto en el mundo natural. No lo es en el jurídico.

Más cercano a nuestro tema es el enorme conjunto de hechos jurídicamente intrascendentes: son, existen, pero no interesan al Derecho.

3. En términos de legislación positiva y en sentido práctico en consecuencia, el problema radica en si:

- a) Se distinguen los actos para darles a algunos sí y a otros no, la presunción de legitimidad que en principio pareciera ser propia de los actos del Estado;
- b) Si se otorga a todo acto del Estado esa presunción y luego se distinguen en qué casos los recursos contemplados tienen efectos suspensivos y en cuáles nó.

Desde el punto de vista práctico, en consecuencia, puede sostenerse que en definitiva la solución al problema esencial puede estar dada (para esto, que es lo más importante) tanto en la clasificación de los actos, como en la clasificación de sus efectos.

O sea admitir que ciertos comportamientos administrativos son jurídicamente inexistentes (o intrascendentes) y por lo tanto no tienen los efectos queridos para los demás actos (no tienen ejecutoriedad); o prever para ciertos actos, efectos distintos que para aquellos que no reúnen, en principio, los caracteres de legalidad que el orden jurídico considera indispensable que deben reunir (su ejecutoriedad se suspende por la interposición de recursos).

Lo que no es admisible es no hacer el distingo ni en uno ni en otro caso, porque en ese supuesto se corre el riesgo de que se color de proteger derechos de particulares, en definitiva se los comprometa, al impedir a la autoridad el ejercicio normal del Poder. De allí que en esto, como en otros asuntos, la interpretación exacta del sistema jurídico, debe ser buscada no solamente en la clasificación de los actos, que haga la ley, sino también de los efectos que se prevean para ellos.

Si, por ejemplo, la ley establece que todos los actos administrativos tienen presunción de legitimidad y que sus efectos no se suspenden automáticamente por la interposición de recursos, deberá admitirse que ciertas decisiones no pueden ser tenidos como actos jurídicamente existentes (son jurídicamente intrascendentes) porque razonablemente a los comportamientos a los que falte requisitos que son considerados como esenciales por la Ley no corresponde la consecuencia que preveé para los actos jurídicamente tipificados como comportamientos legales, aunque sean de legalidad imperfectas; en cambio, si se establece que sólo cuando se reúne un mínimo de requisitos, se puede considerar como existente una decisión un valor jurídico-administrativo, se podrá reservar el efecto suspensivo de los recursos, para un número mucho menor de supuestos.

Claro está que debe tenerse cuidado de no caer en excesos en uno ni en otro sentido; hoy pareciera -en doctrina que debe cuidarse más de no incurrir en error de perjuicio de poder (es decir la ejecutoriedad) que de la libertad (es decir la suspensión).

Es así porque el abuso que se hizo de la ejecutoriedad, tiende a llevar al abuso de la suspensión; y para eso es un camino conveniente no admitir el acto inexistente, con lo que surge la necesidad de admitir para ciertos recursos efectos suspensivos, luego partiendo de esa dividencia, pero pasando por alto que ello se debe sólo a que no se ha admitido la categoría de acto inexistente se afirma la necesidad de otorgar efectos suspensivos a todos los recursos. De allí que la triple caracterización en acto inexistente, nulo y anulable sea la preferible porque es lo que da más fácil solución a este asunto: el acto inexistente carece de ejecutoriedad, cuando se invoca nulidad o anulabilidad, depende de lo que se invoque y del análisis inicial que se haga que se decrete o no - fundadamente - la suspensión de la ejecutoriedad.

4. La Ley 19.549, no menciona, según es sabido, en forma expresa el acto inexistente y de hecho, gran parte de la doctrina se inclina porque esa categoría está totalmente omitida, no solo en la letra expresa sino aún en la implícita: en el sistema completo de los actos viciados. Por nuestra parte entendemos que esa no es la conclusión que corresponde a la interpretación de la ley citada, y que por el contrario el acto inexistente - o, más técnicamente, el acto jurídicamente inexistente - es un supuesto de los art. 9° y 12° de la Ley en primer lugar, y además de los otros que se vinculan con el tema de los vicios, es decir de los artículos 13 a 20.

5. Eso es así porque el obrar administrativo puede seguir dos carriles: la vía del solo hecho (o "vía de hecho") y la vía de derecho.

Vía de hecho es aquella en la cual la Administración realiza un comportamiento, sin que, sin embargo él tenga su causa en un acto jurídicamente válido. Existe, claro está, una decisión pero a la cual no se le atribuyen efectos jurídicos: un acto pero jurídicamente inexistente.

En la vía de derecho, sin embargo, la Administración primero declara jurídicamente su voluntad a través de un acto administrativo y luego la pone en ejecución. Un acto de validez total o de validez comprometida (como es el acto viciado), pero acto administrativo, al fin y al cabo.

6. El artículo 9° de la Ley prevee dos supuestos, estableciéndose en el inciso "B" que la Administración se abstendrá, por un lado (y lo mencionamos en primer lugar, no obstante ser el segundo supuesto del artículo, porque no nos interesa para este análisis), de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo que tenga efecto suspensivo. Es decir, no puede realizar el comportamiento previsto por la norma particular, cuando el efecto de esa norma está paralizado como consecuencia de suspensión decretada a virtud de norma expresa.

El que nos interesa es el inciso a) del mismo artículo 9° que establece que la Administración "se abstendrá de comportamiento materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucional".

El análisis exegético de este artículo nos señala las siguientes características:

- a) en primer lugar que el comportamiento no es del funcionario sino de la Administración. Si la Ley hubiese dicho que el funcionario se debe

abstener de realizar vías de hecho o de comportamientos materiales, entonces, se hubiese podido sostener una solución distinta. Pero en este caso, en este artículo, no se está hablando del funcionario sino de la Administración, y, obviamente la Administración, por su propia naturaleza esencial no es un sujeto individual, sino que es una persona jurídica, y por lo tanto en ella se distingue claramente el momento de la decisión y el momento de la actuación. Lo que la Ley dice es que la Administración - e insistimos en que es la Administración y no el funcionario- no puede obrar sino cuando previamente hay una decisión válidamente tomada.

Por lo demás es obvio que no podría referirse al funcionario, pues él no puede obrar de ese modo en ningún caso, es decir con independencia de que resulte afectado o no un derecho o garantía constitucional.

Se supone, pues, que en todos los casos ha existido una decisión, porque caso contrario no puede haber un comportamiento imputable a la Administración. La Administración, en cuanto tal, no puede realizar un comportamiento sin una previa decisión tomada por alguien.

No puede concebirse como podría ser posible que una persona ideal -esta persona jurídica- pudiese actuar ella -e insistimos que no es el funcionario- sino existiendo, previamente, tomada una decisión.

- b) en segundo lugar que la Ley utiliza la expresión "vía de hecho", en forma expresa solamente en este supuesto y aunque esa expresión aparece como título del artículo 9º en el desarrollo del mismo su uso se restringe solo al caso previsto en el inciso a).

Es decir que en la concepción de la Ley, en el supuesto del inciso b) existe un acto que es válido, aunque con efectos suspendidos.

En el inciso a) en cambio, se menciona un comportamiento de la Administración que importa vía de hecho, es decir que la Administración no transita por vía la de derecho, sino por la de solo hecho.

Lo que se quiere decir, en consecuencia es que tras ese comportamiento no hay un acto que pueda ser considerado como válido. Pero tampoco puede haber nada porque de ella no puede surgir un comportamiento de la Administración; debe, pues, haber una decisión, pero a la cual no se la tiene como existente en el Mundo Jurídico. Para lo jurídico es - pues - no existente: inexistente.

7. Creemos apropiado mantener la doctrina que afirma que el supuesto de la vía de hecho, es el acto jurídicamente inexistente y que el acto jurídicamente inexistente es uno al cual le falta -al menos como uno de los requisitos necesarios para su caracterización- alguno de sus elementos esenciales.

Solo así existe la posibilidad de una solución lógica en la exégesis de la Ley:

- a) una decisión jurídicamente válida, de la que -posteriormente- deriva un comportamiento ajustado a derecho;
- b) una decisión jurídicamente inexistente, que, si se ejecuta, configura una "vía de hecho";

- c) una decisión válida, pero no vigente, cuya ejecución no constituye específicamente una vía de solo hecho, pero que tampoco puede ser admitida; son vías de derecho, pero groseramente viciadas. Lo que no aparece en la Ley, y no se comprende tampoco como podría configurarse - es un obrar referido a la Administración- "la Administración se abstendrá..." -sin una decisión previa.
8. Es necesario, sin embargo, analizar el resto del articulado vinculado con el sistema de nulidades (es decir los artículos 13 a 20) para determinar si allí están contemplados, como supuestos no de inexistencia, sino de nulidad, algunos casos en que falte un requisito esencial. Esto es así por que si aún faltándole algún requisito esencial, el Derecho le atribuye consecuencias, no podrá ser considerado como acto inexistente; para ello es inevitablemente necesario la decisión del legislador, según ya antes lo dijimos: como consecuencia de faltarle un elemento, se le priva de consecuencias, es tenido como no existente para el derecho.

Es fácil advertir que sí, que están contemplados en esos artículos, supuestos de actos a los que faltan elementos esenciales, y que, sin embargo, gozan de la presunción de legitimidad y de la fuerza ejecutoria a que se refiere el art. 12. No son, pues, actos jurídicamente inexistentes, no obstante que -insistimos- le falten elementos esenciales.

Así resulta del art. 15 en su actual redacción. El establece: "si se hubiere incurrido en una irregularidad u omisión o vicios que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial.

Como el art. 17 establece que la Administración, con la excepción allí establecida debe revocar el acto nulo, y los casos en los que el acto es nulo, la cuestión es a su vez la que se refiere el artículo 14, no puede sino, concluirse que la ley tipifica como causa de nulidad la inexistencia de algunos de los elementos de los mencionados en el artículo 14 en la forma como allí se determina.

En el acto la argumentación es así:

- a) el acto nulo es declarado tal por la Administración (art. 18).
- b) el art. 15 establece, sin embargo que la justicia es la que interviene cuando el vicio no impide la existencia de un elemento esencial. En consecuencia, en el supuesto de "a" se ha impedido la existencia de un elemento esencial, por eso actúa la Administración y no la Justicia.

Un mayor análisis es necesario para determinar cual es el alcance real del término "Existencia" del artículo 15, es decir solo comprende la "falta total" o -también- otros supuestos pero no es ese el tema en examen.

Lo que queremos destacar ahora, solamente, es que para la Ley son nulos algunos actos en que faltan elementos. Algunos, no todos, pues, en primer lugar el elemento que no exista debe ser esencial, sino, en todo caso, se trataría de anulabilidad.

9. Pero nuestro objeto es la interpretación correcta del artículo 9º para lo cual debe establecerse su relación con el artículo 15, por un lado y sobre todo con los artículos 14 y 17.

Creemos que sólo es posible encontrarlo de una forma que no es com - partida -insistimos- por la mayoría de los autores de más prestigio en este momento, quienes afirman que en la Ley 19.549, no hay lugar para el acto inexistente.

Entendemos que esa conclusión es inadecuada y que ella se debe, en buena medida a que se tiene en cuenta para la calificación de los vicios un solo aspecto, cuando en realidad la Ley tiene en cuenta a tres fundamentos para determinar cual es la sanción que corresponde a uno u otro vicio.

10. Por un lado tiene en cuenta la gravedad del vicio, según generalmente se ha señalado para distinguir entre nulidad y anulabilidad, a estar de lo que surge principalmente de los arts. 12, 14 y 19. No se aplica aquí, entonces, la clasificación de nulidades manifiestas y no manifiestas sino en cambio otra que tiene en cuenta la gravedad del vicio.

Compartimos ese criterio aunque ello no baste para explicar todo el sistema de nulidades, como luego veremos.

En la Ley 19.549, con respecto a la gravedad del vicio para distinguir entre nulidad y anulabilidad, no se recurre en forma directa a la diferenciación entre lo manifiesto o no del vicio y en su lugar se analiza - junto con otras cosas - la gravedad o no del defecto.

Pero es necesario, aunque ese no es el tema de nuestra investigación de hoy que señalemos que, evidentemente, en muchos casos el vicio es grave cuando aparece manifiesto. Es decir lo manifiesto del defecto hace que el acto deba ser considerado gravemente viciado.

De modo, pues que lo manifiesto o no del vicio, no influye en la Ley 19.549 en forma directa para la distinción de nulidad y anulabilidad, pero, en cambio debe admitirse que influye, sí, entre otras cosas, para determinar si el vicio es grave o leve.

11. Por otro lado la Ley tiene también en cuenta el elemento que resulta viciado. Distinta es la solución si el elemento es esencial que si no lo es (art.15) y -todavía- el vicio en estos elementos no esenciales hará anulable o no el acto según que, siendo cláusula accidental, sea separable y afecte la esencia del acto emitido, o no.
12. Finalmente el tercer aspecto a considerar es el efecto: si siendo el vicio uno del que resulte la inexistencia de un elemento esencial, su cumplimiento, mediante actos materiales resulte lesivo de un derecho o garantía Constitucional o no (art. 9°).
13. Teniendo en cuenta esos tres aspectos se puede iniciar una clasificación del sistema de nulidades; para completarlo deberá tenerse en cuenta que la Ley ha combinado de diversa manera la solución que corresponde tratándose del mismo tipo de vicios, pero referido a elementos que, aunque esenciales son distintos.

En ella aparece al acto inexistente o jurídicamente inexistente, respecto del cual la ley obliga a la Administración a no realizar los comportamientos que él autoriza u obliga.

Se tienen en cuenta para ello, las tres circunstancias que antes mencionamos:

- a) en cuanto al elemento debe ser esencial, pues caso contrario, se trataría de una sola anulabilidad.
- b) el vicio debe ser tal que haga inexistente -lato sensu- el elemento afectado.
- c) la ejecución de la conducta allí impuesta, si se ejecuta, afectaría una garantía o derecho de base constitucional.

Los tres deben concurrir simultáneamente.

La competencia es, en todo caso, de base constitucional, y por ello en primer lugar -según surge a contrario del texto del art. 14- es acto administrativamente inexistente, todo el que se dicte por quién no tenga otorgada competencia. No competencia afectada por materia, territorio, tiempo o grado. Ausencia total. Además, en todo otro caso en que faltando un elemento esencial, si se pone en ejecución el acto, se afecta un derecho o garantía constitucional.

14. Tal es el análisis de la Ley, que es compleja, pero que así ha establecido. En ella, surge claro y evidente, el lugar que ocupa el acto inexistente, que tiene reservado un lugar crítico e inexcusable del obrar administrativo. En ese sector no puede ser de aplicación -de manera alguna- el principio del artículo 12. La presunción de legalidad del acto no puede afectar los derechos o las garantías cuyo reconocimiento o establecimiento son los que dan razón al Estado en lo esencial y los que originan su existencia. Por eso, solo admitiendo los cuatro grados de validez del acto: inexistencia, nulidad, anulabilidad, perfección (o intrascendencia del vicio) se consigue el equilibrio necesario para la doble ecuación: seguridad, legalidad y poder-liber-tad; equilibrio frecuentemente difícil; muchas veces necesitado de apreciar sutil y profundamente las cosas; casi siempre polémico; pero respecto del cual no debe olvidarse que de su correcta implementación, depende, en buena medida, que puedan evitarse brotes de tiranía y abusos de poder y superarse las tendencias anárquicas y egoístas, que tienen algunos integrantes de la comunidad o - tal vez - todos en alguna medida.