

**Título:** El desafío de concebir al proceso de lesividad más como una garantía a favor del administrado en vez de una facultad de la que goza el Estado

**Autor:** Navarro, Gastón A.

**Publicado en:** LLNOA2019 (febrero), 1

**Cita Online:** AR/DOC/94/2019

**Sumario:** I. Declaración administrativa de lesividad y sus características.— II. Albores y desarrollo de la acción de lesividad en la provincia de Catamarca.— III. La acción de lesividad inserta como una derivación impuesta de la garantía del debido proceso bajo una óptica sistémica a favor del administrado.— IV. Conclusiones.

(\*)

### I. Declaración administrativa de lesividad y sus características

El abordaje del tema propuesto merece un desarrollo que implica, como mínimo, la explicación sucinta del mecanismo jurídico que contiene una serie de elementos que, ante su ausencia, tornan invariablemente en carente de todo sentido y efectividad aquella manifestación que formula el Estado [\(1\)](#) con el objetivo de arribar a un resultado que procura le sea ulteriormente "beneficioso".

De esta manera quiero enmarcar que la Declaración de Lesividad es el resultado de todo un esquema que arranca en el seno mismo de la órbita estatal y que como tal debe ajustarse a parámetros legales de los cuales —como veremos a lo extenso de este trabajo— no posee demasiada discrecionalidad en el modo de proceder.

Con la finalidad de dar rienda suelta a la faz explicativa de lo que estoy refiriendo, empezaré por tomar a modo gráfico la siguiente conceptualización del mecanismo que reseñó: "El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación con un acto de la misma que no puede revocar per se. La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida (...) La especialidad del proceso se debe a razones jurídico-materiales dada la imposibilidad de que en ciertos casos una entidad pública revoque per se los actos dictados por ella, vale decir en aquellos casos que sus declaraciones unilaterales han producido un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de un tercero por vía de la llamada 'estabilidad del acto administrativo', más conocida por 'irrevocabilidad o cosa juzgada administrativa'. La acción de lesividad se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos por cuanto la Administración no puede revocar libremente sus decisiones y, en su caso, debe declararlas lesivas. Sin duda, el privilegio justificado de la acción de lesividad es más razonable que el injustificado de la libre y arbitraria revocación de los actos declaratorios de derechos" [\(2\)](#).

Los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último caso se puede impugnar la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad solamente se puede impugnar un acto administrativo irrevocable en sede administrativa. El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que las otras acciones. Es también requisito que tal acto estable cause una lesión jurídica a la Administración, causal de su invalidez y nulidad. Se ha considerado insuficiente el requisito de la pura lesión para entender en la acción, pues necesita además de la violación jurídica una lesión económica. El acto administrativo, en la medida en que interviene en un ámbito social, debe tener una cierta duración; por ello es en principio irrevocable, estable, inamovible, inmutable, o sea que tiene cosa juzgada administrativa, como dicen los autores clásicos.

Apunta Gordillo: "Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), en el derecho administrativo antiguo la administración sí podía hacerlo, revocando los actos ilegítimos que hubiera dictado en tanto no afectara derechos de terceros que se estuvieran cumpliendo. En el derecho comparado existe una acción judicial expresamente creada por el legislador a este efecto: la acción de lesividad; en nuestro derecho se la incluye dentro de los procesos ordinarios como una de las posibles

pretensiones procesales de la administración en juicio, aunque no la usa con la frecuencia que debiera y no abundan los casos en los que el Poder Ejecutivo mismo recurre a la justicia para interponerla (...). En todo caso, ese proceder por sí y ante sí revocando su propio acto que reconoce derechos al particular, viola también el principio de congruencia y no contradicción, siéndole de aplicación aquello de que deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa" (3).

Por ello, y ya sea teniendo al art. 17 in fine (4) de la Ley de Procedimientos Administrativos o el art. 32 del Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Catamarca (5), lo concreto es que cualquiera de tales normas tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos solo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (6). Sobre ello el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que se trata de un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la CN) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, que es el de la seguridad (7).

Es dable advertir que estamos frente a una actividad de la Administración, que implica un despliegue de facultades administrativas, las que, como es regla, han de desarrollarse dentro del cauce de un procedimiento administrativo. De lo expuesto, vemos que el acto irregular pueda ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa (primera parte) o bien que, por las mencionadas razones, su revocación deba instarse ante el Poder Judicial (segunda parte), y han de desenvolverse, en el marco de una interpretación armónica del articulado de la ley procedimental precitada, dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que, en el primer caso, revoque el anterior o bien, para el segundo, declare la lesividad del acto. Así lo ha expresado autorizada doctrina (8), al señalar que el art. 17 de la ley 19.549 ordena a la Administración la revocación del acto irregular "aun" en sede administrativa, y que esa valoración o declaración administrativa de nulidad "esto es, la anulación 'no ejecutoria' como presupuesto lógico de la demanda (...), la ejecución de la pretensión anulatoria solo puede obtenerse mediante la sustanciación del pertinente proceso judicial", agregando que "la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio 'no ejecutorio' o 'declarativo de la lesividad', pues este viene a constituir el presupuesto lógico de la demanda".

En consecuencia, y en lo que al acto administrativo irregular respecta, cabe concluir que aquel debe anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad salvo que se encuentre firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (9), a menos que la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros (10), hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario (11) o que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado (12).

En ese orden, entendemos que tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquella resulte pertinente, como la deducción de la demanda judicial, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen un deber de cumplimiento ineludible que corresponde a la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio.

Así lo ha entendido no solo la doctrina mayoritaria [Comadira (13), Marienhoff (14), García Pullés (15), entre otros (16)] sino, también, el Máximo Órgano Asesor de la Nación al señalar que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es "es una obligación de la administración" (17) y, a su vez, que "esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutar la revocación, o bien —admitida la existencia de la ilegitimidad— deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto" (18).

## II. Albores y desarrollo de la acción de lesividad en la provincia de Catamarca

Ante la ausencia de una previsión legal expresa en la provincia, la figura de la Acción de Lesividad debió configurarse a través de distintos pronunciamientos del Alto Tribunal Local, el cual —valga la salvedad— posee la competencia originaria y exclusiva en materia administrativa según lo dispone el art. 204, Constitución provincial.

De esta manera originariamente la Corte de Justicia tuvo un primer acercamiento allá por el año 1993 cuando dicta la sentencia N° 6 de fecha 21/04/1993 en el caso "Rodríguez" (19) donde se discutía la situación en la cual un agente público designado mediante decreto acuerdo del PEP de 1989 bajo la categoría N° 23 del escalafón, al mes siguiente —también por un decreto acuerdo del PEP— es retrogradado a la Categoría 20. Del fallo en mención se establece la doctrina que reconoce la facultad-deber de la Administración de revocar en su sede los actos administrativos cuando aquellos se encuentren afectados de nulidad absoluta y cuando tal afección fuere de carácter relativo y hubiera habido conocimiento del vicio por parte del administrado beneficiado. Este leading case provincial se completa con la imposibilidad de ejercer tal facultad revocatoria en aquellos casos en que cualquiera fuere el vicio que afecta al acto aquel se encontrare firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos a favor del administrado.

Con posterioridad, y advirtiéndose la carencia de procedimiento específico para la acción de lesividad, la Corte de Justicia de Catamarca entendió que correspondía arbitrar la aplicación de disposiciones necesarias para asegurar que su tramitación no cercene el derecho de igualdad de las partes, de conformidad con lo normado por el art. 39 de la Const. Pcial., concluyendo que a tal fin corresponde aplicar por vía analógica las normas que reglamentan el recurso de plena jurisdicción previsto por el Código Contencioso Administrativo (20).

Siguiendo con la construcción pretoriana de la figura sub examine, allá por el año 1998 emite un fallo que viene a expedirse en torno a la imprescriptibilidad de la acción (21). En tal resolución la Corte sostuvo que la acción de lesividad, si bien no bajo ese título y con una incorrecta incorporación en términos de técnica legislativa, se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Administrativo en el art. 32 cuando dispone: "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa (...) y que la acción propuesta por la actora en opinión pacífica y unánime de doctrina y jurisprudencia es imprescriptible". Vale destacar que aquí también reitera posición sentada en el caso "Rodríguez" al decir que la revocación de los actos viciados de nulidad absoluta cuando han generado derechos subjetivos corresponde en forma originaria al poder judicial, pese a que en rigor de verdad en el caso comentado ratificó la revocación obrada por la administración en su sede.

En el año 2001 se dicta un fallo que viene a marcar un punto de inflexión y que sirve para terminar de moldear la figura de la acción de lesividad; me refiero al caso "Minera Andina" (22). Allí ratifica la doctrina sentada en "Rodríguez" y "Noruzi" —relativa a la competencia originaria del órgano judicial para declarar la nulidad de actos administrativos viciados de nulidad absoluta cuando hubieren generado derechos subjetivos—, mas admite que la administración puede realizar la revocación si el administrado hubiese conocido los vicios que afectan al acto, doctrina que ya se expusiera en "Rodríguez", agregando que para que aquella ejercite tal facultad revocatoria debe garantizar el derecho de defensa del administrado como paso previo —incluyendo como manifestaciones de aquel el derecho a ser oído; a agregar y producir prueba; a obtener una decisión fundada; a ser notificado del procedimiento revocatorio; a tener acceso a información; a que se consideren sus argumentos y razones al momento de resolver—; al tiempo que, declarada tal nulidad, debe acudir ante el órgano judicial a requerir la convalidación de tal decisión rescisoria.

En el mismo año, aunque con una nueva integración, la Corte dicta otro fallo (23) en el que reitera criterios desarrollados en "Minera Andina"; y en este caso hace lugar a la acción declarando ilegítima la revocación obrada por la Administración por no existir el vicio alegado por aquella.

En el año 2002 la Corte de Justicia de Catamarca dicta un nuevo fallo (24) en el que mantiene su doctrina, aunque la nueva integración postula en su voto que la Administración tiene el deber de revocar per se aun cuando el acto se hallare firme y hubiese generado derechos subjetivos, así como el deber de someter tal decisorio a la instancia revisora judicial. En este particular decisorio, el Alto Tribunal ratifica su doctrina relativa a la posibilidad de revocar per se el acto afectado de nulidad que hubiere generado derechos subjetivos (25).

De aquellas épocas a la fecha, la Corte de Justicia siguió robusteciendo su entendimiento respecto del modo en que debe tratarse el instituto sub examine, sobre todo haciendo fuerte hincapié —al punto de formar Doctrina Legal inveterada cuyos puntos destacados infra referiré— sobre la necesidad y esencia de que el procedimiento a trasuntar (tanto en lo que hace a la faz administrativa como a la subsecuente judicial) debe estar siempre cimentado en el apego al respeto de los derechos del administrado (26).

### III. La acción de lesividad inserta como una derivación impuesta de la garantía del debido proceso bajo una óptica sistémica a favor del administrado

Ya reseñé que la Declaración de Lesividad y sus postulados teleológicos requieren —sí o sí— que deba sustanciarse una acción por ante los estrados judiciales para lograr la efectiva privación de los efectos de aquel acto administrativo viciado de nulidad y que el Estado lo reconoce como tal a través de un pronunciamiento en tal sentido. Ya al forzar hincapié en aquella necesidad de impetrar una demanda judicial debemos otorgar relevancia a las peculiaridades del proceso que debe acometerse y lo distinguen del resto de los juicios de naturaleza contencioso-administrativa.

La especialidad del proceso se debe a razones jurídico-materiales dada la imposibilidad de que en ciertos casos una entidad pública revoque per se los actos dictados por ella, vale decir en aquellos casos que sus declaraciones unilaterales han producido un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de un tercero pro vía de la llamada "estabilidad del acto administrativo", más conocida por "irrevocabilidad o cosa juzgada administrativa". La acción de lesividad se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos por cuanto la Administración no puede revocar libremente sus decisiones y, en su caso, debe declararlas lesivas. Sin duda, el justificado de la acción de lesividad es más razonable que el injustificado de la libre y arbitraria revocación de los actos declaratorios de derechos.

Tal como vemos a lo largo de este trabajo, en la acción de lesividad reposa una de las prerrogativas procesales propias del régimen característico exorbitante del Derecho administrativo, inconcebible en el derecho privado.

En efecto, mientras en el derecho privado el actual art. 387 del Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com. de la Nación) (27), expresamente prohíbe que los sujetos que generaron la nulidad absoluta puedan alegar su propia torpeza, en el derecho administrativo sucede todo lo contrario.

Así, si el sujeto emisor de un acto administrativo se percató de que el acto que dictó es gravemente ilegítimo (28) (v.gr.: irregular) (29) pero no puede anularlo (30) con efectos ejecutorios por sí y ante sí, debe alegar su propia torpeza (31) y acudir a la justicia para solicitar que se declare la nulidad judicial de aquel acto, ello, claro está, en aras a proteger el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad (32) pues, en definitiva, esta prerrogativa se justifica en la imperiosa necesidad de restablecer aquella sin dilaciones.

En ese sentido, si se tiene en consideración que el sistema jurídico administrativo está orientado a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público (33), es más que razonable entender, como en su momento lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS), que el sistema de invalidez previsto para el derecho civil se aplica al derecho administrativo "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina".

Ahora bien, y sin ánimo de quitar entidad a lo que vengo exponiendo (34), es importante apuntalar que todo debe realizarse al calor de una premisa absolutamente fundamental (y de la cual ya vengo dando señales precedentemente), siendo —no otra cosa— el respeto de los derechos defensivos del Administrado involucrado, puesto que, al fin y al cabo, la esencia de las limitaciones del Estado de autorrevocarse los actos dictados per se y "ante sí" (con el consecuente forzado de acudir a la justicia) son una manifestación obstaculizante a todo su poderío, erigiéndose así en un valladar inquebrantable el acatamiento a la garantía del debido proceso.

La garantía del debido proceso legal halla sus antecedentes históricos en la Carta Magna de 1215 y en la V y XIV Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, donde se alude a la expresión debido proceso legal (due process of law).

En nuestro ordenamiento positivo surge como una garantía contenida en el Preámbulo, art. 18 e implícitamente en el art. 33 y en el art. 75, inc. 22 de la CN. A nivel supranacional, con recepción en nuestra Constitución a tenor de la norma precitada, también ha sido contemplada en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, en su art. XVIII, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, en art. 10; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, se lo recepta en los arts. 8º y 25.

También consagran este principio otras convenciones del sistema europeo de derechos humanos como es la Convención Europea —art. 13—; y del sistema africano, en el caso, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos —art. 7°—.

Desde una visión omnicomprensiva podemos sostener que proceso es un método de debate dialéctico, concatenado, mediante la bilateralidad de las instancias a las partes, y posee una realidad conceptual, que se compone de las garantías procesales que deben ser respetadas. Ahora bien, al tener la definición de proceso podemos desentrañar la denominación de debido proceso de dos formas o dos perspectivas: la primera; desde su denominación textual, y la segunda, desde su conceptualización como elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, que garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental. Al realizar el análisis desde la primera, deberíamos sostener que la doctrina del debido proceso hace alusión al respeto del proceso, ya que el término debido es un adverbio que indica cumplimiento irrestricto o respeto del proceso. Con lo cual el debido proceso sería el proceso o cumplimiento del proceso.

Adolfo Alvarado, por su parte, sostiene: "Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios (...) y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio (...)" (35). Como se ve, dicha conclusión enunciada ut supra carece de toda alusión normativa sobre la cual sustentarse por cuanto pretende erigirse omnicomprensiva de todos aquellos supuestos que (al decir del propio jurista en la obra aludida), puestos de forma afirmativa y/o positiva, tratan de los vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar.

De allí que podemos extraer del pensamiento alvaradiano que el debido proceso es, entonces, el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional. Así lo exige nuestro principio constitucional de "afianzar la justicia" consagrado en el Preámbulo. Por lo que el principio cardinal en todo procedimiento a través del cual se haya de ejercer el poder sobre un individuo es el del debido proceso o procedimiento legal justo.

Ante esta y otras posiciones que se podrían transcribir, considero que para el presente trabajo, de conformidad a su naturaleza, el debido proceso es uno de los elementos que componen el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto, es el conjunto de principios y reglas que rige todo el proceso, hasta una eventual sentencia con el fin de posibilitar un verdadero acceso a la justicia. Si en algún proceso se vulneran los principios, las reglas, inmediatamente se transforma en un proceso arbitrario, irrumpe su dirección; en consecuencia, su final no será el correcto, la sentencia no tendrá validez por no ser producto o resultado de un proceso.

Para el tema que nos ocupa, la garantía del Debido Proceso debe ser entendida desde dos facetas claramente distinguibles, pero indudablemente vinculadas entre sí: 1) por un lado, la versión procesal —propriadamente dicha— que trasunta por ante el Poder Judicial cuando se entabla la Acción de Lesividad; 2) por el otro, desde la versión procedimental administrativa formadora del Acto Administrativo que declara la lesividad.

### III.1. El debido proceso en el ámbito judicial

Sobre el primero ya vengo efectuando varios comentarios al respecto y, de hecho, es el que en rigor de verdad menor tratamiento requiere aquí, puesto que es propio de todo Sistema Judicial —o por lo menos presumimos así sea— que sus actuaciones y los servicios de justicia que brinda se apeguen y se enrolen en el marco de la garantía del Debido Proceso, situación esta que obra inmersa en la Tutela Judicial Efectiva. O sea, el justiciable que es llevado a los estrados —que en el tema abordado no es otro que el mismo Administrado o aquellos que resultaron beneficiados del acto administrativo que se reputa lesivo al interés público y se busca sea dejado sin efecto— deberá gozar de todos los derechos y herramientas que el sistema jurídico le brinda y garantiza para poder defenderse en dicha instancia litigiosa.

Solo quisiera agregar —a riesgo de pecar de reiterativo— sobre este punto en particular —ya en el ámbito procesal judicial— que, para lograr la traba de la litis, es requisito previo sine qua non que se logre la habilitación de la instancia, o sea, el ejercicio de control que realizan los magistrados para determinar que la acción de lesividad deducida a través de la demanda cumple con todos y cada uno de los requisitos y presupuestos procesales.

La habilitación de la instancia en un juicio de lesividad administrativa (que a falta de una normativa expresa se rige por las regulación procesal propia de los juicios contenciosos administrativos), se otorgará no solo con el apego de las formas y requisitos de la demanda en sí, sino también efectuando un control respecto de quien está demandando como si también poseyera la representatividad del caso; y por sobre todo acreditando —lo que la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria exigen— la existencia del Acto Administrativo que declara la lesividad.

Se erige la imperatividad de este requisito precisamente porque el dictado de aquel Acto que declara la Lesividad es la manifestación por excelencia de la existencia de un vicio jurídico que merece con urgencia su reencauce, y también porque, al exigirse que sea el mismo Organismo del Estado —o uno jerárquicamente superior, salvo, claro está, que hubiere mediado delegación de competencias al inferior— el que dicte el acto administrativo que declara la lesividad, vendría a impedir que cualquier abogado del cuerpo letrado del Estado pueda presentarse por su sola voluntad a requerir judicialmente la nulidad de un Acto del cual no intervino ni recibió instrucción al respecto (36).

En este sentido, Hutchinson (37), en su obra, al analizar los requisitos procesales de la acción, enfáticamente señala la obligatoriedad de la declaración administrativa de lesividad como presupuesto procesal, pues es la que habilita a iniciar el proceso. Y esta declaración debe constituir una manifestación expresa y formal emanada de la Administración, por la cual se reconoce que uno de sus actos resulta lesivo para los intereses públicos, declarándolo así en función de posibilitar su posterior revisión jurisdiccional.

Benigno Ildarraz (38) en su trabajo consigna que la declaración de lesividad consiste en un presupuesto esencial que se conforma con la naturaleza misma de posibilitar la habilitación del proceso; surge de sí. Sin esa declaración administrativa previa no sería procedente incoar el proceso. Como consecuencia de aceptar este principio, si se omitiere la declaración de lesividad o el acto padeciera de algún vicio no quedaría expedita la vía procesal correspondiente.

No puedo dejar de mencionar la existencia de un precedente de la CS dictado allá por el 2013 (llevando la contra al Dictamen de la Procuración General de la Nación —Dra. Laura Monti—, sus propios antecedentes judiciales, el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, doctrina y jurisprudencia), donde el Máximo Tribunal —en forma dividida— pronunció que la LNPA no exige la necesidad del previo dictado del Acto Administrativo que declara la lesividad, a lo cual también agregó que tal postura se ha plasmado en el escrito de interposición de la demanda (39). Pese a lo curioso de tal fallo, no es cuestión menor tener presente que en la actualidad mutó la composición de la CS al punto tal de que se redujo el número de miembros y varios de los ministros que formaron la mayoría hoy ya no están, quedando únicamente sosteniendo tal tesitura Elena I. Highton de Nolasco (1 de 4) mientras que, curiosamente, los que votaron en disidencia —Juan C. Maqueda y Ricardo L. Lorenzetti (2 de 3)— ahora forman una tentativa de mayoría; restando por saber qué postura adoptarán los nuevos ministros Rosatti y Rosenkrantz. Como se ve, esta película aún tiene un final abierto y este curioso fallo no ha sentado ningún criterio sólido.

Amén de tal fallo, afortunadamente, a mi modo de ver, los criterios no han variado en demasía y buena prueba de ello son los posteriores fallos de la Corte de Justicia de Catamarca, como ser autos Corte 097/12 "Estado Provincial (dec. DS 1724/2011) s/ promueve acción de lesividad" mediante sentencia def. 04/17 y autos Corte 065/2008 "Estado Provincial s/ promueve acción de lesividad", bajo sent. def. 19/17 (40), los cuales insisten en la importancia del dictado del Acto Administrativo que declara la lesividad y su acreditación en el pleito.

### III.2. El debido proceso en el ámbito administrativo

La importancia del Acto Administrativo previo que declare la lesividad y a la postre sea un presupuesto procesal de habilitación de instancia, tiene otro sustancial basamento al analizado precedentemente, ya que

conlleva la necesidad de que aquel acto administrativo sea dictado de conformidad a las exigencias legales que imponen los requisitos esenciales que debe poseer todo acto administrativo. Estos requisitos esenciales no son otros que los enunciados por caso en el art. 7º in fine, LNPA y en el art. 27, CPA de Catamarca (competencia, causa, objeto, finalidad, motivación y procedimiento).

Al exigirse el lógico y legal cumplimiento de los requisitos esenciales del acto administrativo, nos lleva invariablemente a destacar —para el trabajo que vengo desarrollando— el inevitable respeto por el procedimiento, o sea aquel despliegue serial, consecutivo y concatenado de pasos rituales administrativos que deben seguirse para lograr el dictado de un acto válido (41).

Mucho se ha discutido en torno a este requisito para lograr entender su encasillamiento dentro los vicios que aparejaría su omisión total o deficitaria. Así tenemos que, sobre el particular, en referencia al vicio del acto dictado en cuanto a la falta del procedimiento, algunos autores como Marienhoff y Cassagne (42) encuadran estos aspectos dentro del "elemento forma", mientras que otros, como Agustín Gordillo (43), en su obra lo incluyen como vicios en "el origen de la voluntad"; disquisición que fuera zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (44), encuadrándolo en la primera de las posturas, siendo este nulo de nulidad absoluta e insanable.

El respeto por el procedimiento reviste una gran trascendencia, ya que es en él donde cobra vida y valor la intervención del Administrado encontrando su espacio por excelencia para hacer valer su postura. Este posicionamiento al que refiero —o, en otras palabras, se puede decir la posibilidad de ejercitar sus derechos— es lo que la doctrina ha dado en llamar el "Debido Proceso Adjetivo".

El Debido Proceso Adjetivo lo encontramos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico interno, receptado en la ley 19.549 nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante LNPA), en su art. 1º, inc. f) y en el Código 3559 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Catamarca, en sus arts. 3º, 27, inc. d), 55 y cc. En ambos casos debe comprenderse que el debido proceso adjetivo comprende el derecho a peticionar, a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada y a poder impugnarla (45). O sea, para que aquel Acto Administrativo que declara la lesividad sea válido, debe —entre otras cosas— haber posibilitado, previo a su dictado, que el Administrado otrora involucrado o los beneficiarios potencialmente afectados por este, tengan la posibilidad de expresar su postura y defenderse al respecto.

Así se tiene dicho que "[e]l orden normativo establece una serie de trámites, formalidades y procedimientos que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa (...). La garantía de la defensa en juicio es aplicable en el ámbito administrativo. Cuando no se da al administrado la oportunidad de exponer razones, de ofrecer y producir prueba, etc. el acto administrativo estará viciado en el elemento voluntad. Antes de la emisión del acto deben cumplirse los procedimientos constitucionales, legales y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Considéranse necesarios: 1) el dictamen previo del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiera lesionar derechos subjetivos; 2) el debido proceso o garantía de defensa; y 3) el informe contable, cuando el acto implique la disposición de fondos públicos" (46).

Pedro José Coviello (47) concluye que la declaración de lesividad es un acto administrativo, puesto que produce efectos en relación con el tercero, que es el beneficiado por el acto que impugna judicialmente la Administración, y aclara que "...deviene de suyo la necesidad del procedimiento administrativo previo, entre ellos la observancia del debido proceso adjetivo, como recaudo insoslayable en el marco de los elementos esenciales del acto administrativo".

El principio que consagra la garantía del debido proceso establecida en el art. 18 de la CN se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración y lo mismo se ha visto, ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva, cuya proyección, en sede administrativa ha sido reconocida por la doctrina más especializada (48).

Y desde tal perspectiva se sostiene, siguiendo a la CS, que las reglas sobre la defensa en juicio emergente del art. 18 de la CN trascienden el campo de lo meramente penal y que sus aspectos sustanciales deben ser observados en todo tipo de procesos, sin que quepa diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos administrativos (49).

En igual sentido, la CS en la causa "Losicer, Jorge A. y otros c. BCRA" de fecha 26/06/2012, sostuvo que

"cualquier actuación de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el 'debido proceso legal', pues 'es un derecho humano' el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con ese deber".

Por ello es importante no perder de vista que las garantías mínimas deben respetarse en cualquier procedimiento —lógicamente, incluido el administrativo— cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (50).

#### IV. Conclusiones

Arranqué este trabajo con una premisa inquebrantable, la cual se infiere desde el mismo título de la obra; y firmemente sostengo la necesidad de proceder a rediseñar determinadas visiones que nos vienen dadas de antaño y que probablemente su revisión termine chocando con algunos prejuicios.

Inicialmente era imprescindible otorgar un marco teórico sobre el cual desarrollar la figura de la declaración de lesividad administrativa con el fin de otorgar una comprensión pormenorizada del tópico abordado y, por sobre todo, ir generando las pautas elementales que posibiliten un mecanismo escalonado de abordaje técnico.

Es indudable que "(...) [t]odo el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra las situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*" (51).

Cuando nos abocamos al estudio de institutos y/o figuras en donde la Administración Pública se ve involucrada, siempre nos encontraremos con una "pared de privilegios" creados a favor del Estado que seriamente ponen en fluctuación hasta donde se están respetando los derechos y garantías de las personas, quienes deben confrontar contra una multiplicidad de situaciones desde una plataforma desigual frente al todo poderoso Estado Público.

En el caso particular de la declaración de lesividad creo haber demostrado que, más allá de los basamentos originarios sobre los cuales se asienta su configuración, esto es como una potestad o prerrogativa de la que goza el Estado para lograr dejar sin efecto sus propios actos administrativos, valiéndose de imprescriptibilidad de la acción por la invocación de la nulidad absoluta y valiéndose de su propia torpeza para buscar la protección del sistema judicial; no obstante, todo ello reposa afortunadamente una situación innegable que tiende a reducir un poco todo aquel desequilibrio y no es otra cosa que la presunción de estabilidad del acto administrativo controvertido que viene a favorecer al administrado.

Así se sostiene que "[l]a revocación del acto administrativo es una medida excepcional verdaderamente anormal. El poder autoimpugnativo de la Administración, revocando sus propias decisiones, ha sido limitado jurisprudencialmente al consagrar la estabilidad administrativa que prohíbe revocar oficiosamente actos administrativos regulares. La fuerza material de la estabilidad sirve al interés del destinatario, lo protege de la sustracción de una situación jurídica que le está garantizada (acto administrativo favorable) o del incremento de las obligaciones que le están impuestas (acto administrativo oneroso). Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones jurídicas favorables del destinatario del acto administrativo" (52). El destacado me pertenece.

A su vez "[l]a jurisprudencia y la doctrina antes, y posteriormente la ley 19.549, consideran que son requisitos esenciales que hacen a la existencia del acto administrativo estable los siguientes: a) que declare derechos subjetivos; b) que haya sido notificado; c) que sea regular; y d) que no haya ley que autorice la revocación. Debe tratarse de un acto administrativo que declare un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, debida con exclusividad por la Administración ante una norma que expresamente predetermina esa conducta. No hay estabilidad de los actos que reconocen un interés legítimo o un simple interés, ni de los actos que crean o declaran deberes de los administrados frente a la Administración. De ello se desprende que la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado, pues el acto es estable y, por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida en que reconoce o declara derechos subjetivos a favor de los administrados, no en la medida que impone sanciones o deberes, o niega derechos tácita o expresamente. Así, la jurisprudencia de la CS sentó el principio de



que un acto estable puede modificarse en beneficio del interesado porque justamente la estabilidad se da en beneficio de los administrados y no de la Administración" (53). El destacado me pertenece.

Así la cuestión, sobre la base de tal estabilidad administrativa, vemos un freno a toda aquella construcción edificada a favor del Estado para que pueda valerse indiscriminadamente de facultades exorbitantes; y, previo a lograr la cesación de los efectos de aquel acto administrativo que se reputaría lesivo a los intereses públicos, se lo constriñe a tramitar todo un conjunto de pasos internos como externos a su propia esfera funcional, en donde para ambos contextos deberá observar el debido proceso en el cual irremediamente deberá posibilitar al administrado que ejerza su derecho de defensa.

De allí que, para culminar este trabajo, vuelvo a insistir en la idea de que se conciba y aborde todo el proceso de declaración de lesividad (entendiéndolo de modo amplio y abarcativo, tanto del procedimiento administrativo que se requiere para dictar el acto que declara la lesividad, como de la posterior iniciación del proceso judicial a través del ejercicio de la acción de lesividad propiamente dicha) más como una garantía a favor del administrado que como un axioma del poderío estatal quien a través de acciones judiciales todo lo puede y tergiversa.

(\*) Abogado Litigante (Univ. Nac. de Córdoba), diplomado en Magistratura y Análisis del Caso Judicial (Escuela de Capacitación Judicial de Catamarca y Fundación para el Desarrollo de las Cs. Jurídicas), magíster en Derecho Procesal (Univ. Nac. de Rosario), aspirante a Doctor en Derecho y Cs. Sociales (Univ. Nac. de Rosario), exasesor legal de la Dirección de Inspección Laboral y de la Subsecretaría de Trabajo de la Pcia. de Catamarca, asesor legal de la Subsecretaría de Asuntos Institucionales de la Pcia. de Catamarca, exdirector de Asesoramiento y Colegislación de la Asesoría Gral. de Gobierno de Catamarca, exvocal de la Junta de Disciplina del Poder Ejecutivo de Catamarca, miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, miembro de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y Altos Estudios Judiciales, miembro de la Cátedra de Derecho Procesal II de la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. de Catamarca, delegado en Catamarca del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático, expresidente de la Comisión de Jóvenes Abogados y actual director del Instituto de Investigación y Formación Jurídica del Colegio de Abogados de Catamarca, disertante y autor de múltiples publicaciones científicas relacionadas con el Derecho Procesal.

(1) Nacional, provincial o municipal.

(2) DROMI CASÁS, José R., "Acción de Lesividad", RAP, 88; artículo consultable en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1059162.pdf>.

(3) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", FDA, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., t. 3, cap. 11-8. Entiendo acertado transcribir las interesantes citas en las que se apoya el jurista para apuntalar las últimas líneas del pasaje transcripto: ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, "Miranda", LA LEY, 1998-E, 197, 202, voto de Tomás Hutchinson, quien cita CS, Fallos: 7: 138, "Arigós", 1869; "California SECPA", 1983, Fallos 305:1402; CNFed. Cont. Adm., sala III, "Casik", 26/11/1985. SC Mendoza, sala I, "Arrigoni", 1990, ED, 141:213, con notas de MAIRAL, Héctor A., "Una aplicación de la doctrina de los propios actos a la Administración Pública" y de BIDART CAMPOS, ED, 141:212; BORDA, LA LEY, 1991-B, 38 y otros citados en "Spampinato", SC Mendoza, sala I, 1998, ED, 181:113. En contra BIANCHI, Enrique T. — IRIBARNE, Héctor P., "El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum proprium non valet", ED, 106: 851.

(4) "Art. 17. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

(5) "Art. 32. El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

(6) CS, Fallos: 250:491; 302:545; 314:322, entre otros.

(7) CS, Fallos: 310:1045.

(8) COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 344 y ss.

(9) La Corte resaltó, en un caso donde buscó especificar que significa que los "derechos subjetivos" reconocidos por el acto irregular "se estén cumpliendo, que: "las constancias de la causa (...) permiten sostener que la disposición SSAyNP 3/2003 no generó en favor de la actora derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo al momento de su revocación, pues es a todas luces evidente que dicho acto no fue ejecutado o, tan siquiera, tuvo principio de ejecución. Esta afirmación no se ve afectada por el hecho de que Astilleros Mestrina SA haya suscripto un requerimiento de pago en títulos de la deuda pues tal conducta solo significó un paso en el procedimiento de cobro que en manera alguna resulta suficiente para tener por consolidada una situación patrimonial en su favor. En razón de ello, la disposición SSAyNP 35/2009 no significó una incursión coactiva de la administración sobre bienes incorporados al patrimonio del particular y, por lo tanto, pudo ser dictada en los términos que autoriza el citado art. 17 de la ley 19.549" (CS, 14/09/2010, "Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c. Estado Nacional - Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero").

(10) Esta excepción es entendible dado que la noción de estabilidad del acto administrativo está concebida como una garantía a favor del particular, tal como en su momento lo fue la construcción jurisprudencial de la teoría de la "cosa juzgada administrativa" (COMADIRA, Julio P., "El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y el reglamento", en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Ed. Astrea - RAP, Buenos Aires, 2015, ps. 497 y ss., especialmente p. 500, nota 11). Ver, también: SPACAROTEL, Gustavo, "La estabilidad del acto administrativo y contrainterésados", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009*, p. 156; GORDILLO, Agustín, ob. cit., t. 3, cap. VI-3 y VI-7; DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 331). Así, la PTN ha señalado que la estabilidad juega en contra de la Administración y a favor del administrado, por lo que le es a esta siempre posible revocar un acto a favor del particular.

(11) Esto que parece una excepción a la inextinguibilidad del acto regular o irregular por razones de ilegitimidad, en rigor, no lo es, pues, como señalaba mi padre, la consistencia jurídica —precariedad o no— de la prerrogativa surgida de un acto, en nada se vincula con la naturaleza de las causales que tornan viable la anulación de dicho acto. Es decir, "el carácter precario con que haya sido dictado un acto no autoriza su anulación de oficio sino cuando con prescindencia de dicha precariedad, concurren, objetivamente, causales idóneas para viciar la legitimidad originaria", en consecuencia, la inclusión de esta causal "constituye, en realidad, un error de técnica legislativa, y que, por tanto, no puede ser valorado como una situación de excepción a la inextinguibilidad del acto" (COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...", ob. cit., p. 380). Dicho en otros términos, la precariedad de un acto administrativo no agrega ni quita nada en materia de anulación de oficio por razones de ilegitimidad. En igual sentido: COMADIRA, Julio P., "El procedimiento de revocación de los permisos otorgados a título precario", en *AA.VV., XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP 361:95*; CANDA, Fabián O., "La revocación del acto administrativo regular", en *AA.VV., Acto Administrativo, TAWIL, Guido S. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014*, ps. 799 y ss. Es que, en definitiva, y tal como surge del pensamiento de los autores citados, la revocación basada en la precariedad deviene de la falta de estabilidad del derecho y no de la existencia de vicios no graves en el acto.

(12) Véase: "... si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados" (Cfr. art. 18 de la ley 19.549). Ocurre que estos supuestos se encuentran incluidos en el art. 18 de la misma ley, el cual regula la revocación del acto regular. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia entendió que los casos allí previstos debían ser igualmente aplicables al supuesto de revocación de actos administrativos irregulares. El fundamento de este criterio consiste en que "... las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18

de la ley 19.549 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17 —primera parte— del mismo cuerpo pues, de lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, en la medida de que una inteligencia meramente literal y aislada de las regulaciones involucradas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave". (CS, 17/02/1998, "Almagro, Gabriela c. Universidad Nacional de Córdoba". En el mismo sentido, CNFed. Cont. Adm., sala IV, 08/04/1998, "Villalonga Furlong SA c. Comisión Nacional de Correos y Telégrafos"). En mi opinión y compartiendo lo vertido por calificada doctrina, la conducta que debe asumir el administrado para configurar el "conocimiento del vicio" como causal de excepción a la estabilidad del acto ha de ser su mala fe, exteriorizada en la falta de comunicación de este a la Administración, y teniendo como pauta de interpretación la especial versación técnica y jurídica del administrado (ver, en este sentido, Dictámenes 183:98; 191:96; 200:133 y, en jurisprudencia, CS, 16/05/2000, "Cadipsa SA c. Estado Nacional y otros, s/ nulidad de acto administrativo", Fallos 323:1146 y CNFed. Cont. Adm., sala IV, 08/04/1999, "Villalonga Furlong SA"). Ampliar en COMADIRA, Julio P., "¿Cuándo el particular 'conoce el vicio' del acto administrativo? A propósito del art. 18 de la LNPA", Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C.

(13) COMADIRA, Julio R., "La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa", Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, 2ª ed. actualizada, p. 181.

(14) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 4ª ed. actualizada, t. II, p. 646.

(15) GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 287.

(16) Desde una posición diferente, Gambier ha señalado que no existe "un mandato imperativo del ordenamiento" para instar la acción de lesividad, toda vez que, a su entender, "la ilegalidad puede subsistir si el interés público es superior e impone mantener el statu quo (...) la Administración puede no iniciar la acción de lesividad por considerarlo inoportuno o inconveniente" (GAMBIER, Beltrán, "La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro)" en AA.VV., 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, Buenos Aires, 1994, ps. 146-162). En igual sentido: LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, ps. 434-435. Ver, también, lo expuesto por Muratorio al analizar la acción de lesividad en materia contractual en: MURATORIO, Jorge, I., "Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)", LA LEY 1995-D, 1205.

(17) PTN, Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

(18) PTN, Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68.

(19) Vale reseñar que, bajo la interpretación analógica de los arts. 32 y 33 del CPA local respecto de los arts. 17 y 18 de la LNPA, "la Corte entiende que se encuentra habilitada la revocación de oficio en sede administrativa de un acto que contenía vicios que lo tornaban nulo y que no habían generado derechos subjetivos en la actora por conocer aquella tales fallas del acto pretendido nulo".

(20) Caso "Nuevo Hospital San Juan Bautista, suscripto por el Ministerio del Interior COMARCO", Sentencia del 24/02/1997, publicado en LA LEY 1998-F-840.

(21) Sentencia 25 de fecha 07/09/1998 en el Caso "Noruzi" donde el Estado Provincial promueve la acción de lesividad persiguiendo la declaración de nulidad del contrato de concesión y convalidación de decreto mediante el cual se revoca el proceso licitatorio.

(22) En Sentencia 7 de fecha 17/05/2001. Tratándose de una acción en donde la empresa acciona contra el Estado Pcial. a los fines de que se declare la nulidad de decretos del Poder Ejecutivo que había revocado contratos que otorgaban derecho a explotación minera. En el fallo la Corte termina por hacer lugar a la acción impetrada por la empresa y declara ilegítimas las revocaciones realizadas por el Estado en sede administrativa por no

conformarse tales decisiones a la garantía del debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo.

(23) Bajo Sent. 21 del 08/11/2001, donde se resolvió un planteo en el cual una empresa constructora inicia un juicio contra el Municipio de Andalgalá para que se declare la nulidad de un decreto que deja sin efecto a otro que había reconocido la recepción provisoria de una obra pública.

(24) Bajo Sent. 16 del 21/06/2002, en autos "Estado Provincial c. SOMICA DEM y Minera Andina SA s/ acción de lesividad", al abordarse la acción entablada por el Estado persiguiendo se declare la nulidad de decreto mediante el cual aquel aporoto (como capital a SOMICA DEM) la zona de investigación geológico-minera Cerra Atajo; al tiempo que solicita se ratifique la legalidad del decreto que declara tal acto de aporte de capital.

(25) Criterio este que se vuelve a reiterar en la Sent. 30 del 18/09/2002 en autos "Municipalidad de Santa Rosa s/ contencioso".

(26) Ver, por ejemplo: Corte 097/12 "Estado Provincial (dec. DS 1724/2011) s/ promueve acción de lesividad" mediante sentencia def. 04/17; Corte 065/2008 "Estado Provincial s/ promueve acción de lesividad", bajo sent. def. 19/17.

(27) Conforme surge del art. 387 del Cód. Civ. y Com., la nulidad absoluta puede ser alegada por el Ministerio Público y por cualquier interesado, "excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho" (similar solución establecía el art. 1047 del antiguo Cód. Civil de la Nación).

(28) En tal sentido, tanto la anulación de oficio del acto administrativo, cuando esta resultare pertinente, como la suspensión administrativa de sus efectos y la interposición de la demanda judicial de nulidad conjuntamente con una medida cautelar, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen, en el caso de actos gravemente viciados, es decir, los actos nulos de nulidad absoluta (irregulares), un deber de cumplimiento ineludible para la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio. En el caso del acto administrativo regular, en cambio, la anulación del acto en sede administrativa o, en su caso, la interposición de la acción de lesividad es una posibilidad de ejercicio meramente facultativa para el sujeto emisor del acto —salvo, claro está, que la no anulación constituya una trasgresión a los límites jurídicos de la discrecionalidad— pues, en rigor, podrá sanarlo en los términos del art. 19 de la LNPA. No obstante, si el sujeto emisor del acto regular estable considerara que el interés público comprometido reviste entidad suficiente para demandar la nulidad judicial de aquel, deberá, además de declararlo lesivo a los intereses públicos en sede administrativa previo a interponer la demanda judicial de nulidad, suspender administrativamente sus efectos. Así, si bien la potestad anulatoria de oficio del acto regular estable es una facultad discrecional, creemos que, si existiera connivencia dolosa entre el particular y el funcionario, la anulación de oficio del acto se impone como un verdadero deber del sujeto emisor del acto (en igual sentido: COMADIRA, Julio P., "¿Cuándo el particular 'conoce el vicio' del acto administrativo? A propósito del art. 18 de la LNPA", Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C; MELAZZI, Luis A., "Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)", RDA 2010-975, especialmente p. 1001).

(29) Si bien escapa al objeto del presente trabajo analizar el régimen de invalidez del acto administrativo, solo diremos ahora que en el marco de la LNPA el acto administrativo irregular es el afectado de "nulidad absoluta" por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave. El acto regular, por su parte, el plenamente válido o el que está viciado con una nulidad relativa.

(30) Seguimos, así, el denominado "criterio objetivo" para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo. En efecto, tal como enseñan quienes adhieren al criterio de base objetiva, corresponde designar como "anulación" a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad "derivadas de vicios o defectos inherentes" del acto y, como "revocación", a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, "derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción" (COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. I, ps. 338/340; FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", Ed.

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, 2ª ed. actualizada, t. I, ps. 544 y ss., entre otros).

(31) Tal como señala García Pullés, la acción de lesividad constituye la típica excepción del Derecho Público a los principios del Derecho Privado, "en cuya esfera rige el principio que veda a quien ha causado la nulidad —o ejecutado el acto a sabiendas de ella— a reclamar su declaración" (GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Tratado de lo contencioso administrativo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 604). Cabe señalar, asimismo, que algunos autores, previo al dictado de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, sostuvieron que por aplicación de los principios generales que dominan en el derecho común, la Administración Pública no puede requerir judicialmente la nulidad de sus propios actos (BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., t. II, p. 105).

(32) Prefiero utilizar el término "principio de juridicidad" toda vez que, tal como ha señalado la doctrina autorizada en la materia, resulta más apropiado referirse a aquella expresión y no simplemente "principio de legalidad" por cuanto la Administración Pública "debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión no solo a la ley en sentido formal —es decir al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes— sino también, al sistema jurídico entendido como unidad", esto es, "con sujeción a los principios generales del derecho —aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas—, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales —que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema—, a la ley formal, a los reglamentos —en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos—, a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad" (COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios", Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 493).

(33) Utilizamos los términos "bien común" e "interés público" como sinónimos, habida cuenta de que este último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el "bienestar general" mencionado en el preámbulo de la Constitución, y este, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el "bien común" de la filosofía clásica (Fallos 179:113). (COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 587, nota 1479).

(34) En cuanto a potestad y deberes de la Administración Pública, el restablecimiento del imperio de la juridicidad, interés público, etcétera.

(35) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El Garantismo Procesal", Ed. Adrus, Arequipa, 2010, ps. 69-70.

(36) "En los litigios donde el particular ocupa el rol del accionante, los presupuestos que habilitan la instancia del proceso administrativo son el agotamiento de la instancia administrativa y la presentación de la demanda dentro de los plazos de caducidad previstos normativamente (si es que existen). Por el contrario, tales recaudos no pueden resultar exigibles cuando tal rol es desempeñado por la propia Administración. Sin perjuicio de ello, tampoco podría concebirse razonablemente que un letrado perteneciente al cuerpo de letrados de algún organismo o ente pudiera deducir, ante la Justicia, la pretensión de declaración de nulidad de un acto irregular, sin otro fundamento que su voluntad subjetiva de así hacerlo. Es por ello que el acto inaugural del pleito debe estar precedido por cierta actuación del órgano de la Administración activa con competencia como para haber revocado dicho acto administrativo por ilegitimidad, de no haber mediado la causal limitante prevista en la LNPA, así como también la intervención del correspondiente órgano de asesoramiento —mediante la emisión de su dictamen jurídico previo" (FURNARI, Esteban C. — FURNARI, Roberto O., "El derecho procesal administrativo y el instituto de la acción de lesividad", <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-furnari.pdf>, p. 111).

(37) HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. III, ps. 639 y ss.

(38) ILDARRAZ, Benigno, "El Proceso de Lesividad", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado General de Derecho Procesal Administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I.

(39) "Que, en primer lugar, corresponde dejar establecido que esta Corte no comparte el criterio expresado en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal en cuanto a que resultaría exigible el dictado de un acto administrativo por parte del organismo recaudador que declare la lesividad del acto precedente como recaudo indispensable para el planteamiento judicial de la acción respectiva. En efecto, ello es así, en tanto la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo no contiene esa exigencia, y tal requisito no puede considerarse implícito cuando, como ocurre en el caso, quien entabla la demanda en representación del organismo administrativo es un funcionario competente para suscribir actos de la naturaleza de aquel cuya nulidad se plantea, en los términos del dec. 1390/2001 (confr. fs. 95 y 163/165). Por lo tanto, no resulta determinante la "falta de un acto administrativo que fije la postura definitiva de la Administración" (confr. fs. 702), pues tal postura se ha plasmado en el escrito de interposición de la demanda, cuyos antecedentes administrativos dan cuenta del procedimiento interno que llevó al Fisco a la convicción de iniciar la presente acción" (CS, "AFIP-DGI s/ solicita revocación del acto administrativo - acción de lesividad").

(40) Particular énfasis quiero poner sobre este fallo el cual inclusive instó a su lectura y del cual se extraen análogas citas y conclusiones a las que postulo, puesto que bajo el enjundioso voto del Ministro Figueroa Vicario —quien lleva el primer orden de análisis y el resto se pliega en mayor o menor medida—, se efectúa una férrea defensa de la obligación del Estado de dictar el Acto Administrativo declarativo de Lesividad, respetando el derecho de defensa del administrado durante el procedimiento formativo del Acto y además abona con algunas características sobre cómo debe ser la presentación de la demanda y la respectiva acreditación probatoria del accionar estatal.

(41) Comadira, sostiene que la garantía contra una anulación arbitraria se halla, precisamente en la debida concurrencia de los requisitos esenciales de la propia Ley Nacional de Procedimientos Administrativos que exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo, por ende, tienen que concurrir, necesariamente para que el acto que plasma el ejercicio de la voluntad anulatoria pueda reputarse válido. (Cfr. COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo...", cit., p. 216).

(42) Citados por Héctor A. MAIRAL en su artículo "Los vicios del Acto Administrativo y su recepción por la jurisprudencia", Revista Jurídica La Ley, t. II, p. 1377.

(43) GORDILLO, Agustín, ob. cit., t. III.

(44) CS, "Sudamericana de Cambio c. Nación Argentina", CS, Fallos: 306:1138.

(45) Por mi parte me permito incorporar dentro del Debido Proceso Adjetivo, el derecho a impugnar los Actos Administrativos que resulten contrarios a los derechos o intereses del Administrado, todo ello a través de los distintos remedios recursivos como lo son la Reconsideración, Jerárquico o Alzada. Esto es una consecuencia obvia, puesto que si tengo derecho a que se emita una decisión fundada, con mayor razón debo tener derecho a impugnar tal decisorio cuando ello no ocurre o este me causa un gravamen.

(46) DROMI, José R., "Derecho Administrativo", Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, t. 1, ps. 176, 178/179.

(47) Ver COVIELLO, Pedro José, "La acción de lesividad y el debido proceso", en ED 2015-770 y ss.

(48) Véase CASSAGNE, Juan Carlos, "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa en el poder judicial". Disponible en [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_prohibicion\\_de\\_arbitrariedad\\_y\\_el\\_control\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa\\_por\\_el\\_poder\\_judicial.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf).

(49) PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción Contencioso-administrativa", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2003-I, Proceso Administrativo I, ps. 257-294.

(50) Ver "Ravi SRL c. SCC y otro", publicado en LA LEY 2001-E-588 de fecha 22/05/2001 donde se sostuvo que "la anulación de oficio fue el producto de la apreciación unilateral de la Administración y que no fue el resultado de una confrontación con la actora en la que esta hubiera podido expresar las razones por las que estimaba que su situación se ajustaba al ordenamiento. En esa inteligencia, cabe recordar que cuando se trata de

anulación de oficio de un acto administrativo, es exigible la observancia del principio fundamental del derecho de defensa del administrado, por cuya razón la previa vista de este constituye un recaudo insoslayable, puesto que aunque la Administración pueda declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo, sin necesidad de recurrir a la instancia judicial, ello no quita que debe llevarse a cabo a través del cumplimiento de los pasos procedimentales fundamentales".

(51) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo I", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª ed. con notas de Agustín GORDILLO, ps. 665 y 668. Es importante decir que tal razonamiento lo hace en el marco del análisis al art. 103, LCP que reza: "Las administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés públicos los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme lo dispuesto en el art. 63 de esta ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo".

(52) FURNARI, Esteban C. - FURNARI, Roberto O., "El derecho procesal administrativo y el instituto de la acción de lesividad". Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-furnari.pdf>, p. 113.

(53) Ibidem, p. 113.

---

## Información Relacionada

**Voces:** ADMINISTRACION PUBLICA ~ PROVINCIA DE CATAMARCA ~ ACCION DE LESIVIDAD ~  
DEBIDO PROCESO ~ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO